

Prof. Dr. Murat ŞEN

Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hizmet Tespiti Davalarında Asıl İşverenin Taraf Sıfatı

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere sigortalıların, sigortalı olarak çalışmalarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmemesi halinde, sigortalıya, aylık kazanç toplamlarının ve prim ödeme gün sayılarının belli edilmeleri amacına yönelik olmak üzere, eski hizmetlerini mahkeme yolu ile tespit ettirme hakkı tanınmıştır (mülga 506 sayılı SSK.m.79/10; 5510 sayılı SSGSSK.m.86/8)¹. Böylelikle sigortalı, mahkemeden alacağı ilamda belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarını sosyal sigorta haklarının doğumunda ve hesaplanmalarında saydırma olanağı bulmakta ve ilgili belgelerin zamanında verilmesi halinde bulunacağı hukuksal duruma kavuşmaktadır. Buna uygulamada hizmet tespiti davası adı verilmektedir. Bir olumlu tespit davası olan² hizmet tespiti davası ile, kendileri hakkında prim belgeleri Kuruma verilmemiş olan veya çalışmaları Kurumca tespit edilememiş sigortalılara, sigortalı hizmetlerini tespit ettirmesi imkanı sağlanmaktadır³.

Hizmet tespiti davasının davacısı sigortalı; o

ölmüş ise hak sahipleridir. Davalıları ise işverenler ve Kurumdur⁴. Davalı tarafında yer alan işveren bazen bir başka işverenden aldığı işte işçilerini çalıştırdığında asıl işveren alt işveren ilişkisi ortaya çıkmakta, bu gibi durumlarda da hizmet tespiti davası açılacaksa bunda asıl işverene husumet yöneltilmesi gerekip gerekmeyeceği tartışma konusu olabilmektedir.

İşte bu çalışmada asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hizmet tespiti davalarında asıl işverene husumet yöneltilmesi gerekip gerekmeyeceği Yargıtay'ın yeni tarihli içtihatları göz önünde bulundurularak ve öğretide ileri sürülen görüşlere de yer verilerek açıklanacaktır. Çalışmada konu, öncelikle Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin yeni tarihli bir kararı esas alınarak incelenecek, bu karar çerçevesinde Hukuk Genel Kurulu ile 10. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarına ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

II. YARGITAY KARARI

"1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre

davalı Sosyal Güvenlik Kurumunun tüm temyiz itirazlarının reddine,

2-Davalı T. Elektrik Dağıtım AŞ.'nin temyizine gelince; dava, davacının 20.11.1995-30.11.1999 tarihleri arasında davalı işverenlere ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulü ile davacının 20.11.1995-30.11.1999 döneminde üst işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş ile alt işveren E. Elektrik Elektronik Sanayi Ticaret Ltd. Şti'nde asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının kabulüyle davalı Kuruma eksik bildirilen sürelerin tespitine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde bu Yasa'nın uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişilerin "işveren" olduğu bildirilmiştir.

Davacının ücretini, sosyal haklarını, sigorta primlerini ödeyen, kendi adına kapsama alınmış işyerinden işe giriş bildirgesini ve prim bildirelerini veren, ihale suretiyle diğer davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den sözleşme kapsamında tanımlanan işi alan davalı E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'dir.

"Çalıştıran" olgusu, tespiti istenen sürelerle ilişkin hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen "işvereni" ifade etmektedir. Davacı sigortalının taraf olduğu hizmet akdinin davalı alt işveren E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. tarafından düzenlenmiş olması karşısında ise hizmet tespitine yönelik davanın da bu işverene karşı husumet yönelttilerek açılması gerekir.

506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde "bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı" bildirilmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 87. maddesi ile asıl işveren ile alt işveren arasındaki ekonomik ve mali yönden sorumluluk hukukunun sınırlarının belirlendiği, maddede geçen "bu kanunun işverene yüklediği ödevler tanımlamasının asıl işverene, alt işverenin taraf olduğu hizmet sözleşmeleri nedeniyle açılacak hizmet tespiti davalarında" pasif husumet ehliyetini amaçlamadığı anlaşılmaktadır.

506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesinde ifadesini bulan hizmet tespiti davaları kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen işverene karşı açılmalıdır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın davalılardan T. Elektrik Dağıtım A.Ş. yönünden davanın husumet yokluğundan reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalı şirketin diğer itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalılardan T. Elektrik Dağıtım AŞ'ne iadesine, 9.6.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi⁵.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Yerel Mahkemenin Kararı ve Gerekçesi

Karara konu uyuşmazlık, asıl işverene ait işyerinde alt işverenin işçisi olarak çalışan sigortalıların açtığı hizmet tespiti davalarının alt işverenin yanı sıra asıl işverene karşı da açılıp açılmayacağı (husumet yönelttilip yöneltilemeyeceği) ve bunun sonuçlarına ilişkindir.

Dava konusu uyuşmazlıkta davacı sigortalı 20.11.1995-30.11.1999 döneminde asıl (üst) işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş ile alt işveren E. Elektrik Elektronik Sanayi Ticaret Ltd. Şti'nde asgari ücretle sürekli olarak çalıştığını iddia etmiş, yerel mahkeme de davayı kabul etmiş ve hem alt işverenin hem de asıl işverenin pasif husumet ehliyetinin bulunması yönüyle asıl işverenin bundan sorumlu olduğunu belirterek, davalı Kuruma eksik bildirilen sürelerin tespitine karar vermiştir.

B. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin Bozma Kararındaki Gerekçeler

Yerel mahkemenin kararı, davalı asıl işve-

ren T. Elektrik Dağıtım AŞ. tarafından temyiz edilmiştir. Özel Daire (21. HD) de yerel mahkemenin kararını, hizmet tespiti davalarının kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen (alt) işverene karşı açılması gerektiği, asıl işverene karşı açılmayacağı, asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin burada (pasif) husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle oy çokluğuyla bozmuştur.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını bozarken, 506 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde bu Yasa'nın uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişilerin "işveren" olduğunun belirtildiği, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu çalışma ilişkilerinde asıl işverenden iş alan alt işverenin "çalıştıran" olgusunu taşıdığı ve tespiti istenen sürelerle ilişkin hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen "işvereni" ifade ettiği gerekçelerine dayanmıştır. Sonuç olarak da, davacı sigortalının taraf olduğu hizmet akdinin davalı alt işveren E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. tarafından düzenlenmiş olması karşısında hizmet tespitine yönelik davanın sadece bu işverene (alt işverene) karşı husumet yöneltilerek açılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde asıl işveren ile alt işveren arasındaki ekonomik ve mali yönden sorumluluk hukukunun sınırlarının belirlendiği ifade edilmiş ve "bu kanunun işverene yüklediği ödevler" tanımlamasının asıl işverene, alt işverenin taraf olduğu hizmet sözleşmeleri nedeniyle açılacak hizmet tespiti davalarında taraf sıfatını (pasif husumet ehliyetini) amaçlamadığına vurgu yapılmıştır.

C. Özel Dairenin Kararına Karşı Oy Yazısında İleri Sürülen Gerekçeler

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin aldığı karar oy çokluğuyla alınmış olup karara karşı oy yazısında⁶, 506 sayılı Yasanın 87. maddesi ile 5510 sayılı Yasanın 12. maddesindeki düzenlemelerin amacının söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde asıl işvereni alt işverenin işçilerine karşı bütün ödevlerinden sorumlu tutmak suretiyle gerek sigortalıları ve gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hak ve alacaklarını güvenceye almak olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede aylık sigorta primlerinin Kuruma yatırılması, prim bildirelerinin ve aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevlerde bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde asıl işverenin de davalı Kuruma karşı alt işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu ifade edilmiş; davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağı için bunun sonuçta asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği belirtilmiştir.

Bunun dışında, başka bir sigortalının aynı davalılara karşı açtığı Mersin 2. İş Mahkemesi'nin 2009/580 Esas nolu dosyasında görülen davanın 24.12.2009 tarihli kararının Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nce oy çokluğu ile davalı asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye husumet yöneltilmeyeceği gerekçesiyle bozulduğu, yerel mahkemenin direnmesi üzerine HGK'nın 10.11.2010 tarih ve 2010/21-497 Esas ve 2010/590 Karar sayılı kararı ile davalı asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye de husumet yöneltilbileceği sonucuna ulaşılarak onandığı ifade edilmiştir.

D. Konuya İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararında Dayanılan Gerekçeler

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin kararına karşı oy yazısında sözü edilen Hukuk Genel Kurulu kararı, Mersin 2. İş Mahkemesi'nce 19.06.2008 tarih ve 2007/749 Esas, 2008/316 Karar sayılı hizmet tespiti konulu davanın kabulüne dair verilen kararın önce Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nde incelenip bozulması, sonra ise yerel mahkemenin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca incelenip onanması şeklinde gerçekleşmiştir⁷.

Mersin 2. İş Mahkemesi'nin kararı, davalı olan SGK ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri tarafından temyiz edilmiş, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de 28.05.2009 tarih ve 2009/256 Esas, 2009/7449 Karar sayılı ilamı ile yerel mahkemenin hükmünü bozmuştur. Hükmü bozarken davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarını dikkate almış ve uyuşmazlığın sadece hizmet tespitine ilişkin olduğu, ortada asıl işverenin hukuki sorumluluğunu gerektirecek

bir alacak veya tazminat davası bulunmadığı ve asıl işveren yanında eylemli bir çalışmanın varlığının iddia ve ispat edilemediği, HGK ile 21. H.D. ve 10. H.D.'sinin hiç sapma göstermeyen uygulamasının da bu yönde olduğu, onama ile geçen bir Daire kararının emsal içtihat olarak kabul edilemeyeceği gerekçelerine dayanmıştır. Sonuç olarak da davanın sadece davalı alt işveren E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığına tespitine karar verilmesi gerekirken, asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkında da hüküm kurulmasını bozma nedeni görmüştür.

Yerel mahkeme, önüne bozularak tekrar gelen uyuşmazlıkta, davanın davalılardan asıl işverene de yöneltilmesi gerektiğine yönelik önceki kararında direnmiş ve “görülen dava sonucunda verilecek kararın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği” gerekçesini de ilave etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlıkta sorunun; hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunup bulunmadığı noktasında toplandığına vurgu yapılmıştır.

Öncelikle davanın işveren ve Kuruma karşı açılması gerektiği gerekçelerle açıklanmış; dava ehliyeti ve taraf sıfatı kavramları üzerinde durulmuştur. Medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekil olan dava ehliyetinin, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usulü işlemleri yapabilme ehliyeti olduğu ifade edilmiştir. Dava konusu subjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkiyi anlatan taraf sıfatı hususunda ise, bir hakkı dava etme yetkisinin (dava hakkının) kural olarak o hakkın sahibine ait olduğunu, bir davada davacı sıfatının tamamen maddi hukuk kurallarına göre belirleneceğini, bir davanın davalısının o dava yönünden davacı sıfatına sahip bulunmadığının belirlenmesi halinde, mahkemece dava konusu hakkın mevcut olup olmadığının incelenemeyeceğini ve sıfat yokluğundan davanın reddine karar verilmek zorunda olduğunu; mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esas hakkında bir karar vere-

bilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerektiğini, bir davada taraf olarak gösterilen kişilerden (taraflardan) birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatının bulunmaması halinde, davanın esas hakkında bir karar verilemeyeceğini; davanın, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedileceğini tespit etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, taraf sıfatı konusundaki genel bir değerlendirmeden sonra somut olaya yönelik olarak da 506 sayılı Kanun'un 87. maddesindeki “aracı” kavramı ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesindeki “asıl işveren-alt işveren” ilişkisine ilişkin bir takım tespitlerde bulunmuştur.

“Aracı” olarak nitelenen üçüncü kişinin, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anıldığını; asıl işverenin yanında “taşeron” olarak adlandırılan başka işverenlerden iş alan ve kendi sigortalılarını çalıştıran “asıl işveren-alt işveren” ilişkisinin, 506 sayılı Kanun'un 87. maddesi, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/son ve yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddelerinde düzenlendiği üzere, aracının yanında asıl işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşıdığını belirlemiştir. 506 sayılı Kanun'un “Üçüncü kişinin aracılığı” başlıklı 87. maddesine göre, “Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur. Bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı” denildiğini; bu hüküm ile asıl işvereni bu Kanun bakımından söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde, alt işverenin işçilerine karşı olan bütün ödevlerinden sorumlu tutulmasındaki gayenin de, gerek sigortalıların, gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun hak ve alacaklarını güvenceye almak olduğunu ifade etmiştir.

Bunun yanı sıra, aracı ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinden hareketle, işyerinde asıl iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması koşulu arandı-

ğini, sigortalı çalıştırmayan kimsenin “işveren” sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanların da aracı sayılmayacağını ve anılan madde kapsamında müteselsil sorumluluk doğmayacağını; 4857 sayılı İş Kanunu ile yapılan düzenlemenin ise bu ilişkiyi daraltıcı nitelikte bulunduğunu belirlemiştir.

Bu çerçevede somut olaya ilişkin olarak da değerlendirme yapmış ve davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin asıl işveren, asıl işin bir bölümü olan “elektrik endeks okuma, bim kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme” işini ihale ile alan diğer davalı E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.’nin de alt işveren (aracı) konumunda bulunduğunu; 506 sayılı Yasa’nın (m. 87) yüklediği ödevlerden dolayı, alt işveren (aracı) ile birlikte asıl işverenin de müteselsilen sorumlu olduğunu; asıl işveren konumundaki davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin anılan davada taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunduğunu; T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğine işaret eden Özel Daire bozmasına karşı yerel mahkemenin, her iki davalının işverenlik sıfatlarının asıl işveren-alt işveren olarak kabulü ile tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulmasına yönelik ilk kararında direnmesinin usul ve yasaya uygun olduğunu; ancak davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daire’ye gönderilmesi gerektiğini oyçokluğuyla karara bağlamıştır⁸.

E. Hukuk Genel Kurulu Kararı’na Katılmayan Karşı Oy Yazısında İleri Sürülen Gerekçeler

Hukuk Genel Kurulu’nun oyçokluğuyla aldığı karara karşı oy yazısında ise şu gerekçelere yer verilmiştir: “Yerel mahkeme, davacının 18.02.2000-15.06.2002 döneminde üst işveren T. A.Ş ile alt işveren E. Elektrik Elektronik Sanayi Ticaret Ltd. Şti.’nde aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının tesbitine karar vermiştir.

Dairemizce, Davalı SGK ve E. Ltd. Şti.’nin temyiz itirazları reddedilmiş, hüküm, endeks

okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale ile davalı E. Limited Şirketi’ne veren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile oyçokluğu ile bozulmuştur.

HGK. oyçokluğu ile aldığı kararda, üst işverene husumet düşeceğini kabul ederek direnme kararı doğrultusunda karar vermiştir.

Uyuşmazlık; Hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı T. A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Mahkeme kararı ve Dairemizin bozma kararına karşı yazılan karşı oy gerekçelerinde; 4857 sayılı Yasanın 2. maddesindeki tanımlamalardan yola çıkılarak, “bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi deneceği, bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren ile birlikte sorumlu olacağı, işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği” hususları vurgulanmıştır.

4857 sayılı İş Yasası’nın 2. maddesi hizmet akdi ile çalışan davacının bu hizmet akdi dolayısıyla İş Yasasından doğan kıdem tazminatı, ücret alacağı vs. kaynaklı davalarda uygulanacağından bu hükümlerden yola çıkılarak bir sonuca varılamayacağı açıktır.

Davamız, sadece 506 sayılı Yasa’nın 79. maddesinden kaynaklanan hizmet tespiti davasıdır. O halde, öncelikle bu davada 506 sayılı Yasa’nın ilgili hükümleri var olduğu hallerde, İş Yasası’nın uygulama olanağının bulunmadığını kabul etmek gerektiği kuşkusuzdur. Başka bir anlatımla, burada, davaya konu tarihte yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa’nın 87. mad-

desinde yer alan aracı (alt işveren, taşeron) tanımından yola çıkmak gerekir. İhtilaf konusu dönemde yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde, "sigortalıların üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir" denmektedir.

Sözü edilen 87. maddeyi incelediğimizde; aracı "kendi adına işçi çalıştıran" gerçek veya tüzel kişidir. Hizmet akdinin bir tarafı sigortalı işçi, diğer tarafı da işveren olan aracıdır. Somut olayda, davacıyı işe alan işverenin, aracı (alt işveren) durumunda bulunan E. Ltd. Şti. olduğu açıktır. Bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı aracı ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı aynı maddede vurgulanmıştır. Burada anlaşılması gereken şudur; Kuruma bildirim ödevini aracı yerine getirecek, SGK'ya işçinin bildirim yapılmaması veya bildirim yapılmasına karşın sigorta primlerinin ödenmesi halinde, asıl işveren Kuruma karşı prim borçlarından müteselsil olarak sorumlu olacaktır. Yasa maddesi sorumluluğu getirmekle birlikte, bildirim yükümlülüğünü asıl işverene (üst işverene) yüklememiştir. Aksinin kabulü uygulamada da kargaşaya yol açar.

506 sayılı Yasa'nın 79. maddesine göre, "İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalının sigorta primleri ve destek primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile bu primleri gösteren ve örneği yönetmelikle belirlenen asıl veya ek belgeleri ait olduğu ayı veya dönemi takip eden ayın sonuna kadar Kuruma vermekle yükümlüdür." 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesine göre; "İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek, en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur." Bu madde metinleri bildirim yükümlülüğünü ve primleri keserek ödeme yü-

kümlülüğünü işçinin ücretini ödeyen işverene yüklemiştir. Asıl işveren, alt işverenin sayıç okuma işine hangi işçiyi ne zaman işe aldığını, ne kadar ücret üzerinden sözleşme yaptığını, ne zaman işten çıktığını nereden bilecektir. 506 sayılı Yasa işe giriş bildirgesinin, sigorta primleri bildirgelerinin ve dönem bordrolarının verilmesini işverene yüklemiştir. Bu süreler genellikle çalışmayı izleyen ayın son gününe kadardır. Tek bir bildirgeyi iki yükümlü de mi verecektir? İki davalı aleyhine kesinleşen aynı hizmet söz konusu olacaktır. Hükmün infazı nasıl gerçekleşecektir? SGK kesinleşen mahkeme kararı gereğince aracından bildirgeleri düzenlemesini isteyecektir. Sigortalının ücret bordrosu hatta kimlik bilgileri aracının elindedir. Davalı asıl işveren hakkında doğrudan infaz edilmeyecek mükerrer bir hükmün oluşmasında, davacının hangi hukuki yararının söz konusu olduğu izah edilemez.

Sonuç olarak; hizmet tesbiti davaları doğrudan hizmet akdinin tarafı olan alt işveren ve yasal hasım olan SGK hasım gösterilerek açılmalıdır. Sadece primleri ödemekle müteselsil sorumluluğu bulunan üst işverene husumet düşmemektedir. Üst işverenin primlerden sorumlu olması kendisine husumet yöneltilebileceği şeklinde yorumlandığında başka prim sorumlularına da husumet yöneltilebileceğinin kabulünü gerektirecektir. Örneğin, şirketlerin hatta kamu tüzel kişilerinin 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesine göre primlerden sorumlu üst düzey yöneticileri, 506 sayılı Yasa'nın 84. maddesine göre primleri hak edişlerden keserek ödemekle yükümlü ihale makamı, limited şirketlerin 6183 sayılı Yasa'ya göre primlerden hisseleri oranında sorumlu olan ortakları, işyeri devrinde devralan şirket gibi çok sayıda örnek sayılabilir. Asıl işverenden prim tahsil edilebilmesi için, hizmet tesbiti davasında taraf olması gerekmez. 87. madde gereğince Kurum müteselsil sorumlu olan asıl işverenden her zaman ödenmeyen primleri tıpkı yukarıda sayılan sorumlulardan olduğu gibi tahsil edebilme olanağına sahiptir.

Üst işverene husumetin düşeceği hal sadece, gerçekte üst işverenin hizmet akdinin tara-

fı olduğu halde, prim sorumluluğundan veya başka sorumluluklardan kaçınmak amacı ile gerçekte alt işveren (aracı) olmayan kişinin aracı gibi gösterilerek muvazaalı işlem yapılması halidir.

Ayrıca, somut olayda, davacının hizmeti alt işveren (aracı) ve SGK yönünden tesbit edilmiş ve temyiz itirazları Yüksek 21. Hukuk Dairesince reddedilerek hüküm kesinleşmiştir. Davacı, bu ilamı alarak infaz ettirebilir. Mahkemenin direnme kararı vererek, hizmetin üst işveren yönünden ayrıca tesbit etmesinde davacının hukuki yararı da yoktur.

Yukarıdaki gerekçelerle Yüksek Hukuk Genel Kurulunun kararına esas olan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.”⁹.

F. Taraf Ehliyeti, Dava Ehliyeti, Dava Takip Yetkisi ve Taraf Sıfatı Kavramları

Somut uyuşmazlık açısından sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için taraf ehliyeti, dava ehliyeti, dava takip yetkisi ve taraf sıfatı kavramlarının açıklanması ve bu kavramların asıl işverenin alt işverenle birlikte hizmet tespiti davalarında bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

Bilindiği üzere taraf ehliyeti, davada taraf olabilme, usuli hukuki ilişkinin süjesi olabilme ehliyeti olup bir dava şartıdır (HMK.m. 114)¹⁰. Taraf ehliyetine sahip olmak için medeni hukuktaki hak ehliyetine sahip olmak gerekir¹¹. Belirtmekte yarar vardır ki, tamamen şekli ve usuli bir kavram olan taraf, mahkemenin hukuki korunma talep eden ve kendisine karşı korunma talep edilen kişidir ve maddi hukuktan bağımsız olarak düşünülmalıdır¹². Taraf ehliyeti davanın her aşamasında hakim tarafından incelenebilir, taraflar da davanın sonuna kadar bunu ileri sürebilirler. Bir tarafın o dava yönünden davacı veya davalı olarak taraf ehliyetine sahip bulunmadığının belirlenmesi halinde, dava reddedilir veya verilen hüküm bozulur¹³.

Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usulü işlemleri yapabilme ehliyeti olup medeni hakları kullanma ehliyetinin usul

hukukunda büründüğü şekli olup bir dava şartıdır¹⁴. Medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler¹⁵.

Dava takip yetkisi, dava konusu hak ya da hukuki ilişkinin tarafı olmak, davayı kimin yürütebileceğine ilişkin olarak hüküm alabilmek anlamına gelir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesine göre “Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir.” Dava takip yetkisi sıfattan ayrı olup davanın yürütülmesi ve karara ulaşılmadaki süreci ifade eder. Bu sürecin sonunda maddi hukuka yönelik sonuç ise sıfatı karşılar. Yani dava takip yetkisi usuli, sıfat ise maddi hukuka yönelik sonuçtur. Örneğin iflas masasını ilgilendiren davalarda iflas idaresi davayı takip yetkisine sahiptir. Dava sonunda hüküm davayı takip yetkisine sahip kişi hakkında değil, asıl taraf hakkında verilir¹⁶. Dava takip yetkisinin arandığı hallerde dava takip yetkisi yoksa dava reddedilir; bu sebeple dava takip yetkisi dava şartlarındandır; sıfat ise dava şartlarından değildir¹⁷. Görüldüğü üzere, dava takip yetkisi sıfattan ayrı olup mahkemece resen araştırılması gerekir; tarafların da yargılamanın sonuna kadar her aşamada dava takip yetkisinin bulunmadığını ileri sürme hakkı vardır¹⁸.

Taraf sıfatı ise, belirli ölçüde taraf ehliyeti ve dava takip yetkisi ile de ilişkisi olan bir kavram olup dava konusu subjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkiyi anlatır. Taraf sıfatı bir dava şartı değildir¹⁹; çünkü bir kimsenin hak sahibi veya borçlu olup olmadığı davanın esasına girildikten sonra tespit edilebilir. Bu durumda ise dava esastan ret veya kabul edilebilir. Oysa dava şartları davanın esasına girilmesini engelleyen niteliktedir. Bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine aittir²⁰. Davacı tarafta yer alan taraf için aktif taraf sıfatı, davalı tarafta yer alan taraf için pasif taraf sıfatından söz edilir. Taraf sıfatı yerine uygulamada “husumet” terimi de kullanılmaktadır²¹. Dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilen kişiler şekli taraf kavramına göre o davanın tarafları iseler de bu her

Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir.

zaman o kişilerin taraf sıfatına sahip oldukları anlamına gelmez. Çünkü davacı olarak taraf sıfatına sahip olabilmek için dava konusu hakkın sahibi olmak gerektiği gibi, davalı sıfatına sahip olmak için de dava konusu hakkın süjesi olmak gerekir. Başka bir ifadeyle, bir alacak davasında davacı taraf sıfatına sahip olabilmek için o alacak hakkının sahibi olmak, davalı taraf sıfatına sahip olabilmek için de o alacağın gerçek borçlusu olmak gerekir. Mahkmeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesinin talep edildiği bir tespit davasında da (HMK.m.106/1), davacı veya davalı taraf sıfatına sahip olabilmek için tespiti istenen hukuki ilişkinin tarafı olmak gerekir. Dolayısıyla bir hizmet tespiti davasında taraf sıfatı, kural olarak hizmet ilişkisinin tarafları olan sigortalı (işçi) ile onu çalıştıran işverendedir. Şu halde, taraf sıfatı bir usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olur. Bu nedenle bir def'i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir²².

Görüldüğü üzere, taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir. Bu nedenle bir kimsenin davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı maddi hukuka göre belirlenir²³. Mahkemelerin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olması gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, dava ehliyeti-

ne ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraf sıfatına sahip değillerse (davacı ve davalı sıfatı yoksa), davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava, esastan (sıfat yokluğundan, husumetten) reddedilir²⁴.

G. Sosyal Sigorta Kanunlarının İşverenlere Getirdiği Yükümlülükler ve Bunlardan Sorumluluk

Somut uyuşmazlık mülga 506 sayılı Kanun döneminde gerçekleştiği için söz konusu kanundaki hükümlerin yanı sıra şimdi yürürlükte bulunan 5510 sayılı Kanun hükümlerinin de göz önünde bulundurularak işverenin yükümlülük ve sorumluluklarının belirlenmesi ve asıl işverenin hizmet tespiti davasındaki taraf sıfatının irdelenmesinde hukuka katkı sağlaması açısından yarar vardır.

Burada sosyal sigorta kanunlarının işverene getirdiği yükümlülük ve sorumlulukları incelemeye önce, uyuşmazlığın çözümü açısından sözü edilen Kanunlardaki hükümlerin göz önünde bulundurulması gerektiği ve İş Kanunu'ndaki hükümlerin ise bu uyuşmazlığın çözümü açısından uygulama alanı bulamayacağı hususuna vurgu yapmakta yarar vardır.

Bilindiği üzere mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 9. maddesinde işverene "Çalıştırılan sigortalıları bildirme" yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre "İşveren çalıştıracığı kimseleri, işe başlatmadan önce örneği Kurumca hazırlanacak işe giriş bildirgeleriyle Kuruma doğrudan bildirmekle veya bu belgeleri iade-li-taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür." Aynı şekilde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Sigortalı bildirimi ve tescili" kenar başlıklı 8. maddesinde "İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür." düzenlemesine yer verilmektedir.

Görüldüğü üzere 506 sayılı Kanun'da da 5510 sayılı Kanun'da da Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sigortalıya, işe başlamasıyla tabi

Yargıtay'a göre Kanun'un kullandığı birlikte sorumluluk deyiminden tam teselsülün, müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

olduğu sigorta kollarına ilişkin yardımları yapabilmesi ve üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirebilmesi için sigortalının Kurum'a bildirilmesi öngörülmüştür. Bunların yanı sıra birlikte sorumluluğu gerektiren ödevler arasında işçilerin ücretlerinden primlerin kesilmesi ve Kuruma vaktinde yatırılması, aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi, gerekli kayıt ve defterin tutulması, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemlerin alınması da bulunmaktadır²⁵.

506 sayılı Kanununun 87. maddesinde "Üçüncü kişinin aracılığı" kenar başlığı ile aracı tanımına yer verilmiştir. Buna göre, "Bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işveren iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." ve "Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur." Bilindiği üzere "aracı" olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan gibi adlarla anılmaktadır. 5510 sayılı SSGSSK.m.12/son hükmünde de "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur." denilerek 506 sayılı Kanun'un 87. maddesindeki hükümlerle aynı sonuca ulaşacak bir düzenlemeye yer verilmiştir. Her iki hükümlerde de aracının (alt işverenin) işçilerine karşı bütün ödevlerinden dolayı asıl işverenin de alt işverenle (aracı ile) birlikte sorumlu tutulma-

sındaki gayenin, gerek sigortalıların, gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun (Sosyal Güvenlik Kurumu'nun) hak ve alacaklarını güvenceye almak olduğu açıktır. Başka bir söyleyişle, alt işverenler genellikle teknik ve mali açıdan asıl işverenlerden daha zayıf durumda bulunduğu ve sık sık işyeri değiştirdikleri için bu işlerde çalışan sigortalıların ve Kurumun haklarını korumak amacıyla bu düzenlemeye gidilmiştir²⁶.

Buradaki birlikte sorumluluk müşterek ve müteselsil (dayanışmalı) sorumluluk anlamına gelir. Yargıtay'a göre de "Kanun'un kullandığı birlikte sorumluluk deyiminden tam teselsülün, müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir"²⁷. Sosyal Güvenlik Kurumu da 07.06.2010 tarih ve 2010-71 sayılı Genelgesinde, "birlikte sorumluluk" ifadesinden tam teselsülün dolayısıyla müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerektiğini belirtmiştir²⁸. Buradaki sorumluluk hukuki sorumlulukla sınırlı olup ceza sorumluluğunu kapsamamaktadır. Zira ceza sorumluluğu şahsi olduğundan hiç kimse bir başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Örneğin, süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirim yapılmış olmasından kaynaklanan para cezası, asıl işveren için uygulanmaz²⁹.

Diğer taraftan, aracı ile asıl işveren arasında müşterek ve müteselsil sorumluluğun bulunabilmesi için mutlaka sözü edilen hükümdeki şartların gerçekleşmesi yani asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmuş bulunması gereklidir³⁰. Eğer asıl işveren-alt işveren ilişkisinin şartları oluşmamışsa birlikte sorumluluk da doğmaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki birlikte sorumluluk için İş Kanunu'ndaki; 506 veya 5510 sayılı Kanunlardaki aracı-asıl işveren arasındaki birlikte sorumluluğun söz konusu olabilmesi için de sözü edilen kanunlardaki aracı asıl işveren ilişkisinin kurulma şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bilindiği üzere sosyal sigorta hukukundaki alt işverenliğin unsurları İş Kanunu'ndakinden farklıdır³¹. Örneğin İş Kanunu'ndan farklı olarak 506 sayılı Kanun'da alt işveren sayılabilmek için sigortalıların iş alı-

Hizmet tespiti davasında Kurum dışında davalı olarak gösterilen işveren, kural olarak işçiyi çalıştıran, onunla iş sözleşmesi yapan işverendir.

nan işyerinde münhasıran çalıştırılmaları şartı aranmamaktadır³².

Ayrıca Kanundan doğan ve emredici niteliğe sahip müşterek ve müteselsil (birlikte) sorumluluk, asıl işveren ile alt işverenin aralarında yapacakları sözleşme ile ortadan kaldırılamaz³³.

H. Hizmet Tespiti Davasında Kurum ve Asıl İşverenin Taraf Sıfatı

Hizmet tespiti davası, dava sonucunda verilecek kararı icra edecek ve bu doğrultuda gereken hukuki işlemleri yapacak olan ve hak alanını ilgilendiren Kuruma da yöneltilmesi gereken bir davadır³⁴. Bu açıdan Kurumun davayı takip yetkisinin yanı sıra Yasadan kaynaklanan taraf sıfatı (husumet ehliyeti) de bulunmaktadır. Yargıtay'a göre, alt işveren ile Sosyal Sigortalar Kurumu (Sosyal Güvenlik Kurumu) arasında zorunlu dava arkadaşlığı³⁵ bulunmaktadır³⁶.

Hizmet tespiti davasında Kurum dışında davalı olarak gösterilen işveren, kural olarak işçiyi çalıştıran, onunla iş sözleşmesi yapan işverendir. Ancak sosyal sigorta kanunları (506 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun) tarafından prim ödeme yükümlüsü sayılan asıl borçlu ile birlikte müteselsil sorumluluğu söz konusu olan diğer kimselere de bu davanın yöneltilmesi mümkündür. Dolayısıyla işyerinin devri veya intikali halinde (SSGSSK.m.89/I) eski işverenin prim borçlarından dolayı müteselsil sorumlu olan yeni işverenin taraf sıfatı bulunduğu³⁷ gibi alt işverenin prim borçlarından müteselsil sorumlu asıl işverene de (SSGSSK.m.12/son) husumet yöneltilir. Aynı şekilde geçici iş ilişkisinde işçinin ödenmeyen prim borçlarından geçici işverenle birlikte işveren de sorumlu olduğu için (SSGSSK.m.12/II) hizmet tespiti davası geçici işverene de yöneltilir³⁸.

Gerçekten de 506 veya 5510 sayılı Kanunlar

açısından alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin birlikte sorumluluğu, bu kanunların işverene (alt işverene, aracıya) yüklediği yükümlülükler ve ödevler açısından geçerlidir. Sosyal sigorta kanunlarının işverene yüklediği yükümlülüklerden biri de sigortalıyı bildirmek olduğuna ve bildirilmediğinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı asıl işveren alt işverenle (aracı) birlikte sorumlu tutulduğuna göre, bu görevin yerine getirilmemesinden dolayı açılacak hizmet tespiti davasında her iki işverenin de sorumluluğu bulunmaktadır. Sorumlu tutulan kişinin de davayı takip yetkisi ile taraf sıfatının (husumet ehliyetinin) bulunması en tabii hakkıdır³⁹. Hizmet tespiti davası sigortalı açısından olumlu sonuçlandığında tespit edilen çalışma sürelerine ait primlerin her iki işverence Kuruma ödenmesi gerekeceğine göre alt işverenle birlikte sorumlu tutulan asıl işverenin hak alanını da ilgilendiren bu davada asıl işverenlerin de taraf sıfatının bulunduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki davacı sigortalının hizmet tespiti davasını alt işverenle birlikte asıl işverene de yöneltilmesinde subjektif hakkı ve hukuki yararı da bulunmaktadır⁴⁰. Davanın asıl işveren ile alt işverene birlikte açılması durumunda hem zaman, emek ve masraftan kazanılacak hem de yargılama kolaylaşmış çelişkili hükümler verilmesinin önüne geçilecektir⁴¹.

Asıl işverene de husumet yöneltilebileceğine göre, alt işverenle asıl işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı⁴² bulunduğu kabul edilmelidir⁴³. Bu açıdan Kurumla beraber yalnızca aracıya (alt işverene) yönelik açılan davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksikliğin bulunmadığının benimsenmesi, dolayısıyla davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümlünün yüklenmemesi, diğer taraftan her iki işverenin taraf olduğu davalarda yargılama sonunda ku-

Asıl işverene de husumet yöneltilebileceğine göre, alt işverenle asıl işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmelidir.

Kurumla beraber yalnızca aracıya yönelik açılmış davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksiklik bulunmadığı kabul edilmeli, davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümü yüklenmemelidir.

rulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran işveren (aracı - alt işveren) özellikle belirtilip, sigorta primleri yönünden her iki işverenin teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğunun açıklanması gerekir⁴⁴. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de 02.06.2011 tarihli bir kararında “Anılan dava ile sigortalı, çalışma sürelerinin saptanmasının yanı sıra, bu sürelerle ait primlerin de her iki işverence Kuruma ödenmesini amaçladığından ve davada elde edilecek kesinleşmiş hüküm doğrultusunda sigorta primlerinin Kurumca alınması söz konusu olacağından, davanın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği belirgin-dir ve sonuç itibarıyla bu tür hizmet tespiti davalarında sigortalıyı çalıştıran aracı - alt işverenle birlikte asıl işverenin de taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) varlığı kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun yukarıda değinilen 10.11.2010 gün ve 2010/21-497 Esas, 2010/590 Karar sayılı ilamında da aynı görüşten hareketle bu sonuca ulaşılmıştır. Ancak önemle belirtilmelidir ki; Kurumla beraber yalnızca aracıya yönelik açılan davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksikliğin bulunmadığının benimsenmesi, dolayısıyla davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümünün yüklenmemesi, diğer taraftan her iki işverenin taraf olduğu davalarda yargılama sonunda kurulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran işveren (aracı - alt işveren) özellikle belirtilip, sigorta primleri yönünden her iki işverenin teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğunun açıklanması gerekmektedir.”⁴⁵ gerekçeleriyle asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olduğunu

ve asıl işverenin hak alanını da ilgilendirdiği için husumetin asıl işverene de yöneltilebileceğine, dolayısıyla asıl işverenin de pasif taraf sıfatı bulunduğu işaret edilmiştir⁴⁶. Ancak aynı dairenin (10.HD.) 01.04.2003 tarihli bir kararında ise asıl işverenin pasif taraf sıfatı bulunmadığına hükmedilmiştir⁴⁷.

IV. SONUÇ

Görüldüğü üzere, hizmet tespiti davası ile, kendileri hakkında prim belgeleri Kuruma verilmemiş olan veya çalıştıkları Kurumca tespit edilememiş olan sigortalılara, sigortalı hizmetlerini tespit ettirmeleri imkanı sağlanmaktadır. Bu davada davacı sigortalı, eğer o ölmüş ise hak sahipleri; davalılar ise işverenler ve Kurumdur.

Somut uyuşmazlıkta olduğu gibi, eğer davalı tarafında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu ise, alt işverenle birlikte asıl işverenin de davalı olarak gösterilip gösterilmeyeceği tartışma konusudur. Konuya ilişkin olarak öğretide farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi Yargıtay Özel Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu da zaman içerisinde içtihat değişikliklerine gitmiştir.

Yargıtay’ın yeni tarihli içtihatları göz önüne alındığında, 21. Hukuk Dairesi’nin yaklaşımının, aracı-asıl işveren (alt işveren asıl işveren) ilişkisinin bulunduğu hizmet tespiti davalarında, asıl işverenin pasif taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunmadığı, bu nedenle hizmet tespiti için açılmış davada asıl işverenin taraf olarak gösterilmesinin husumet yönüyle bozmaya sebep olacağı yönünde olduğu görülmektedir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise, asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hizmet tespiti davalarında, davanın alt işverenle birlikte asıl işverene de yöneltilebileceği yani asıl işverenin pasif taraf sıfatının bulunduğu, ancak davada taraf olarak gösterilmesinin zorunlu olmadığı, taraf olarak gösterilmemiş ise bunun husumet yönüyle bozma nedeni olamayacağı kanaatindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, sonuç itibarıyla Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin görüşünü paylaşmaktadır. Buna göre, asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hizmet tespiti davalarında asıl işverenin taraf sıfatı (pasif husumet ehliyeti) bulunmaktadır.

Kanaatimizce, aracı-asıl işveren ilişkisine yönelik şartların gerçekleştiği hizmet tespiti davalarında Kurum ve alt işverenle birlikte hukuki yarar bulunduğu için asıl işverene de husumet yöneltilebilir. Ancak Kurumla beraber yalnızca aracıya (alt işverene) yönelik açılmış davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksiklik bulunmadığı kabul edilmeli, davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümü yüklenmemelidir. Şayet her iki işveren de taraf olarak gösterilmiş ise, yargılama sonunda kurulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran işveren (aracı - alt işveren) özellikle vurgulanmalı, sigorta primleri yönünden her iki işverenin müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunduğu açıklanmalıdır.

Davacı sigortalı her iki işverene husumet yöneltirse, dava sırasında aracı-asıl işveren (alt işveren asıl işveren) ilişkisinin kurulup kurulmadığı veya muvazaa gibi sorunların davanın uzamasına sebep olduğu durumlarda hizmet tespiti davası açma süresini kaçırma gibi bir ihtimalden kurtulmuş olacağı gibi asıl işveren bakımından alınan kararın icra edilebilirliğini de kolaylaştırmış olur. Ayrıca ortaya çelişkili kararların çıkması da bu yolla önlenir.

DİPNOTLAR

- 1 Mülga 506 sayılı Kanun'un 79/10 hükmüne göre, "Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır." 5510 sayılı SSGSSK.m. 86/8 hükmüne göre de, "Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır."
- 2 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesine göre, "Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır." Davacının tespitini istediği hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının hemen tespitinde, güncel hukuki bir yararı bulunmalıdır. Hukuki yararın varlığının kabul edilebilmesi için, tehlike yakın ve tehdit

ciddi olmalı, tehdit zarar doğurabilecek nitelikte bulunmalı ve tespit hükmü tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olmalı, davacının da hali hazırda hukuken korunma ihtiyacı bulunmalıdır. Tespit davasındaki hüküm kesin hüküm halini aldığı anda herkese karşı hüküm ifade edebilmektedir. Bkz. Bkz. Mehmet Bulut, "Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (97), s. 94; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 275-285; Y7HD., 25.03.2010, E. 2009/7998, K. 2010/1637, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

- 3 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, s. 627-628, 630; Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. B., İstanbul 2010, s. 271, 272. Ayrıca bkz. Erkan Ertürk, Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, Ankara 1999, s. 509-510.
- 4 Çenberci, s. 629.
- 5 Y21HD., 09.06.2011, E. 2010/4477, K. 2011/5287.
- 6 Karara karşı oy yazısında asıl işveren konumundaki davalı şirket T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin de hizmet tespiti davasında pasif husumet ehliyeti bulunduğu şu gerekçelere dayandırılmıştır: "Dava, davacının 20.11.1995-30.11.1999 tarihleri arasında davalı E. Ltd. Şirketi'nin diğer davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den ihale ile aldığı "elektrik endeks okuma, BIM kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme" işinde hizmet akti ile çalıştığının tespiti istemine ilişkin olup husumet T. Elektrik Dağıtım A.Ş. ve E. Ltd. Şirketi ile birlikte SGK. Başkanlığı'na yöneltilmiştir.

Mahkemece davanın kabulü ile davacının üst işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren E. Ltd. Şirketinde 20.11.1995-30.11.1999 tarihleri arasında asgari ücretle çalıştığının tespitine karar verilmiştir.

4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren -alt işveren ilişkisi deneceği, bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren ile birlikte sorumlu olacağı, işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği, ihtilaf konusu dönemde yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde sigortalıların üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı deneceği, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa'nın 12. maddesinde bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin bir işte veya işin bölümü veya eklentilerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren deneceği sigortalıların üçüncü kişiler aracılığıyla işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işve-

renin bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı bildirilmiştir.

Yasanın 87.maddesindeki 5510 sayılı Yasanın 12.maddesindeki düzenlemelerin amacı asıl işvereni bu Kanun bakımından söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde, alt işverenin işçilerine karşı olan bütün ödevlerinden sorumlu tutmak suretiyle gerek sigortalıların gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Güvenlik Kurumunun hak ve alacaklarını güvenceye almaktır.

Somut olayda davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. asıl işinin bir bölümü olan "elektrik endeks okuma, BIM kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme" işini ihale ile diğer davalı şirketler E. Ltd. Şirketine vermiş olup gerek 4857 sayılı gerekse 506 ve 5510 sayılı Yasa karşısında asıl işveren konumunda olup aylık sigorta primlerinin kuruma yatırılması, prim bildiregilerinin verilmesi, keza aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevlerde bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde davalı Kuruma karşı alt işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Hizmet tespiti davası ile davacı işçi sonuç olarak tespitini istediği hizmet süresinin primlerinin de alt ve asıl işverence davalı Kuruma yatırılmasını amaçladığının ve bu davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olmakla dava sonuçta asıl işvereninde hak alanını ilgilendirdiğinden 506 sayılı Yasa'nın 79. ve 87. maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde mahkemece her iki davalının işverenlik sıfatlarının asıl işveren-alt işveren olarak kabul edilip tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulması usul ve yasaya uygundur.

Başka bir sigortalının aynı davalılara karşı açtığı Mersin 2.İş Mahkemesinin 2009/580 esas nolu dosyasında görülen davada mahkemece verilen 24.12.2009 tarihli karar Dairemizce oyçokluğu ile davalı T. Elektrik Dağıtım AŞ.'ne husumet yöneltilemeyeceği gerekçesiyle bozulmuş, Mahkemece verilen direnme kararı HGK'nun 2010/21-497 Esas,2010/590 K sayılı 10.11.2010 günlü kararı ile onanmıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçeye göre Mahkeme kararının onanması görüşünde olduğumdan Sayın Çoğunluğun söz konusu işi ihale ile diğer davalı şirkete veren davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki hizmet tespiti davasının pasif husumet ehliyeti yokluğundan reddedilmesi gerektiği yönündeki bozma kararına katılmıyorum.", Y21HD., 09.06.2011, E. 2010/4477, K. 2011/5287.

- 7 "Dava: Taraflar arasındaki "Hizmet tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Mersin 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.06.2008 gün ve 2007/749 E. - 2008/316 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar SGK. ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 28.05.2009 gün ve 2009/256 E. - 7449 K. sayılı ilamı ile;

(...1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçelere göre SGK. vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine,

2- Davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava, 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalılardan E. Ltd. Şti.'in ihale ile aldığı endeks okuma işlerinde davalı

işyerlerinde geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kabulü ile davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında üst işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'de aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının tesbitine, Kuruma bildirilen sürelerin dışlanmasına karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 23.06.2000 tarihinde eski unvanı İçel E. İnşaat Nakliyat Pazarlama Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi, yeni unvanı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olan davalı işyerinde işe girdiğine dair işe giriş bildirgesinin 22.06.2000 tarihinde Kuruma verildiği, 23.06.2000-22.12.2000 tarihleri arasındaki çalışmasının Kuruma bildirildiği, davacının hizmet tesbitini talep ettiği dönemde T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den endeks okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale yoluyla aldığı anlaşılan E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığının bordro tanıklarının beyanları ile kanıtlandığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık sadece hizmet tespitine ilişkin olup, ortada asıl işverenin hukuki sorumluluğunu gerektirecek bir alacak veya tazminat davası bulunmadığı gibi asıl işveren yanında eylemli bir çalışmanın varlığı iddia ve ispat edilemediğine HGK ile 21. H.D. ve 10. H.D.'sinin bu yöndeki hiç sapma göstermeyen uygulamasının da bu yönde olmasına onama ile geçen bir Daire kararının emsal içtihat olarak kabul edilemeyeceğine göre söz konusu işi ihale ile davalı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne veren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilerek, davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalı işveren E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığının tesbitine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı T. EDAŞ vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.) gerekçesiyle bozularak, bozma nedenine göre T. EDAŞ vekilinin öteki itirazları incelenmeksizin, dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davalı SGK ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

K.Dava, 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalılardan E. Ltd. Şti.'in ihale ile aldığı endeks okuma işlerinde davalı işyerlerinde geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmaların tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin, davalı İçel E. İnş. Nak. Paz. Tic. San. Ltd. Şti.'nin T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den (eski adıyla Tedaş Mersin Müessesesi Müdürlüğünden) aldığı endeks okuma ve kesme-bağlama ihaleleri işlerinde 18.02.2000 ila 15.06.2002 tarihlerinde kesintisiz olarak sürekli iş akdi ile çalıştığını, davalı şirketin eski ismini E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. olarak değiştirdiğini, müvekkilinin E. firmasında çalıştığı dönemde hizmet akdine dayalı çalışmalarının Kuruma eksik bildirildiği gibi işe giriş ve çı-

kış tarihlerinin de gerçeği yansıtmadığını, davalı işverenin 15.06.2002 tarihinde hiçbir gerekçe göstermeden müvekkilini işten çıkardığını belirterek, müvekkilinin 18.02.2000 ile 15.06.2002 tarihleri arasında sigortalı sayılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (Devredilen Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü) vekili; davacının, davalı işyerine 23.06.2000 tarihinde kendi imzasını taşıyan işe giriş bildirgesiyle girdiğini, 2000 yılında 179 gün çalıştığını, başkaca bir çalışmasına rastlanmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini dilemiştir.

Davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekili; davacının, müvekkil kurumun yaptığı endeks okuma ihalesi uhdesinde kalan diğer davalı şirket/müteahhit firma sigortalı olduğunu; müvekkil kurum ile davacı arasında hizmet ilişkisi bulunmadığını, davanın müvekkili kurum yönüyle husumet yokluğu nedeniyle reddi gerektiğini, zira davacının ücretini, sosyal haklarını, sigorta primlerini ödeyen, kendi iş yerinden işe giriş bildirgesini ve prim belgelerini veren, ihale suretiyle müvekkil kurumdan sözleşme kapsamında tanımlanan işi alan diğer davalının işveren olduğunu; ilgili sayaç okuma ihalesi ve eki şartnamelere göre müvekkil kurumun sorumluluğunun, sayaç okuma ihalesi uhdesinde kalan firmanın sayaç/endeks okuma işini taahhüt ettiği şekilde yerine getirip getirmediğini denetleme ve kontrol olduğunu; 506 Sayılı Yasa'nın 4. maddesinde işverenin tanımlandığını, "çalıştıran" olgusunun hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen işvereni ifade ettiğini, aynı Yasanın 79/10. maddesine göre de, bu tür davanın sigortalıyı fiilen çalıştıran işverene yöneltilmesi gerektiğini, anılan Yasanın 87. maddesindeki yüklenen ödevin bu tür davada asıl işverene pasif husumet ehliyetini amaçlamadığını belirterek, esas yönüyle de davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. temsilcisi; davacı tarafın iş yerinde 2001 yılının sonuna kadar çalıştığını, bu tarihte firma ihaleyi kaybettiği için işine son verildiğini, bu durumda davanın hak düşürücü süreye uğradığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece; istemin kabulü ile "davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında üst işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'de aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının tespitine, Kuruma bildirilen sürelerin dışlanmasına" karar verilmiştir.

Davalı SGK. ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekillerinin temyizleri üzerine Yüksek Özel Dairece; yukarıda açıklanan gerekçelerle SGK vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, diğer davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. yanına husumet yönüyle karar oyçokluğuyla bozulmuş; mahkemece, önceki karar gerekçelerine ilaveten; "görülen dava sonucunda verilecek kararın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği" gerekçesi ile önceki hükümde direnilmiştir.

Direnme hükmünü, davalı SGK ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında işin esasına geçilmeden önce, davalı SGK vekilinin bozma ilamında tüm temyiz itirazlarının reddine karar verilmesi karşısında,

direnme hükmünü temyizde hukuki yararının bulunup bulunmadığı, ön sorun olarak tartışılıp değerlendirilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmede, Yüksek Özel Dairece davalı Kurumun tüm temyiz itirazlarının reddine karar verilmiş olmasının, davacı işçinin hizmet tespiti davasına konu sigortalı çalışma olgusunu kapsadığını; diğer taraftan hizmet tespiti davası ile davacı işçi sonuç olarak tespitini istediği hizmet süresinin primlerinin alt ve asıl işverence davalı Kuruma yatırılmasını da amaçladığından ve bu davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağından, direnme kararını temyizde hukuki yararının bulunduğu sonucuna yapılan görüşmede oyçokluğuyla varılmış ve ön sorun da bu şekilde aşıldıktan sonra, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince;

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, hizmet tespiti davası hakkında genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır: Geçmiş dönem çalışmalarının tespitini isteyen kişi, söz konusu dönemler içinde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu (SSK) anlamında, sigortalı niteliği taşımaktadır. SSK'nın 2. maddesi, "sigortalı sayılanlar" başlığı altında kimlerin sigortalı olacağına esaslarını belirtmiştir. Anılan maddede sigortalı; "bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan kimse" olarak tanımlanmıştır. Böylece sigortalı olmak için kural olarak, çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayanması gerekir.

Bilindiği gibi, çalıştırılanlar SSK. 2. ve 6. maddelerinde öngörülen koşulların oluşmasıyla birlikte kendiliğinden sigortalı sayılırlar. Ancak bu kimselerin SSK'nın 3. maddesinde sayılan istisnalar kapsamında bulunmaması gerekir. Çalıştırılanların, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın sigortalı niteliğini kazanacakları Yasa gereğidir (SSK. m. 6/1).

İşe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı sayılan çalışanlar, sahip oldukları hak ve yükümlülüklerden vazgeçemezler (SSK. m. 6/1).

Ne var ki, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sigortalıya, işe başlamasıyla tabi olduğu sigorta kollarına ilişkin yardımları yapabilmesi ve üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirebilmesi için sigortalının Kurum'a bildirilmesi gerekir. İşverenler, yanında çalıştırdıkları sigortalıları Kurum'a bildirmekle yükümlüdür (SSK. m. 9).

İşverenler, yanında çalıştırdığı işçileri Kurum'a hiç bildirmeyerek, çalışma gün sayısını eksik bildirerek veya prime esas kazanç düzeyini eksik göstererek veyahut hiç çalışmadığı halde eşini dostunu sigortalı göstererek "kayıt dışı işçilik" veya "kaçak işçilik" olgusunun ortaya çıkmasına neden olmakta; deyim yerindeyse uygulamadaki ifadesiyle "kaçak veya gizli sigortalı" çalıştırmaktadırlar (Aslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, sahife 701; Çenberci, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, sahife 627; Duman, Barış:506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002, sahife 33).

İşte SSK'nın 79/10. maddesi, bu duruma karşı bir önlem olarak sigortalıya -aylık kazanç toplamlarının ve prim ödeme gün sayılarının belli edilmeleri amacıyla yönelik olmak üzere- eski hizmetlerini mahkeme yolu ile tespit ettirme hakkını tanımaktadır. Böylece sigortalı, mahkemeden alacağı ilamda belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarını sosyal sigorta haklarının doğumunda ve hesaplanmalarında saydırma olanağını bulmakta ve anılan belgelerin zamanında verilmesi halinde bulunacağından ayrımsız bir hukuksal duruma kavuşmaktadır.

Hizmet tespiti davasının davalısı, kural olarak işverendir. Söz konusu davanın, tespiti istenilen dönemdeki işveren aleyhine açılacağı doğal ise de, dava sonucunda verilecek kararı icra edecek ve bu doğrultuda gereken hukuki işlemleri yapacak olan Kurumdur. Öyleyse, anılan davanın Sosyal Sigortalar Kurumunun da hak alanını ilgilendireceğinden husumetin yasal hasım olan Kuruma da yöneltilmesi gerekir.

Bu arada, dava ehliyeti ve taraf sıfatı kavramları üzerinde de durulmalıdır:

Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usulü işlemleri yapabilmeye ehliyetidir. Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildedir; dolayısıyla, medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler.

Taraf sıfatına gelince: Bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine aittir. Bir hakkın sahibinin kim olduğu, dolayısıyla o hakkı dava etme yetkisinin kime ait olduğu, (o davada davacı sıfatının kime ait olacağı) tamamen maddi hukuk kurallarına göre belirlenir. Ancak, bir davanın davacısının o dava yönünden davacı sıfatına sahip bulunmadığının belirlenmesi halinde, mahkeme dava konusu hakkın mevcut olup olmadığını inceleyemeyeceği ve sıfat yokluğundan davanın reddine karar vermek zorunda olduğu için, taraf sıfatı usul hukukunun da düzenleme alanındadır.

Eş söyleyişle, Sifat, dava konusu subjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu subjektif hakka ilişkindir (Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, 7.baskı, s.231).

O halde, dava konusu şey üzerinde kim veya kimler hak sahibi ise, davayı da bu kişi veya kişilerin açması gerekir. Davayı açabilmek için gerekli sıfat, dava konusu şey üzerinde hak sahibi olan kişiye aittir. Bir kimsenin davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı tıpkı hakkın mevcut olup olmadığının tayininde olduğu gibi maddi hukuka göre belirlenir (Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder: a.g.e., s.231-232; Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997, s.307).

Mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, ta-

raflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa, davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir. Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu subjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için def'i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 gün ve 2004/4-371 E. 2004/375 K.; 18.04.2007 gün ve 2007/5-233 E., 2007/221 K.; 04.03.2009 gün ve 2009/10-34 E. 2009/104 K.; 04.11.2009 gün ve 2009/2-402 E., 2009/484 K.; 03.02.2010 gün ve 2010/4-4 E., 4 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Buraya kadar ki, açıklamalardan sonra "taraf sıfatı"na etkisi bakımından 506 Sayılı Kanununun 87. maddesi ve ilgili kavramların irdelenmesinde yarar vardır.

506 Sayılı Kanununun 87. maddesinde "aracı", 4857 Sayılı İş Kanununun 2/6. maddesinde ise "asil işveren-alt işveren" ilişkisinin tanımına yer verilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, "aracı" olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anılmaktadır.

Bunlardan; asil işverenin yanında "taşeron" olarak adlandırılan başka işverenlerinde işyerinden iş almaları ve kendi sigortalılarını çalıştırmaları ile uygulama kazanmış olan "asil işveren-alt işveren" ilişkisini Sosyal Sigortalar Kanunu açısından ele alan 506 Sayılı Kanununun 87.maddesi hükmü, tıpkı mülga 1475 Sayılı İş Kanununun 1/son, 4857 Sayılı İş Kanununun 2/6. maddelerinde olduğu gibi, aracının yanında asil işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşımaktadır.

506 Sayılı Kanunun "Üçüncü kişinin aracılığı" başlıklı 87. maddesi; "Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asil işveren de sorumludur. Bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." hükmünü içermektedir.

Bu hüküm ile asil işvereni bu Kanun bakımından söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde, alt işverenin işçilerine karşı olan bütün ödevlerinden sorumlu tutulmasındaki gaye, gerek sigortalıların, gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumunun hak ve alacaklarını güvenceye almaktır.

506 Sayılı Kanununa göre, aracıdan söz edebilmek ve asil işvereni, aracının borçlarından ötürü sorumlu tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Aracı kavramı her şeyden önce "asil işveren"in varlığını, bir başka işverenin asil işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmesini ve nihayet, asil işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmasını gerektirir. Asil işverenle, aracı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asil işverene ait işin aracı tarafından yapımının sağlanmasıdır.

Aracının asıl işverenenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, aracı kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır.

İşveren kavramı ise; 506 Sayılı Kanununun 4/1. maddesinde, "... bu Kanunun 2.maddesinde belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek yada tüzel kişi...", 4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinde "Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi, yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar..." olarak tanımlanmakta olup, işveren niteliği işçi çalıştırmanın doğal sonucudur. Yasanın tanımından hareketle, "asıl işveren-alt işveren" ilişkisi için, işyerinde iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması koşulu aranır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında müteselsil sorumluluk doğmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanununun 2/6. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi "Bir işverenenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." şeklinde tanımlanmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yasa koyucu konuyu işçi yararı yönünden ele almıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin en önemli sonucu her iki işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmaları ise de, 4857 sayılı İş Kanunu ile yapılan düzenleme bu ilişkiyi daraltıcı niteliktedir.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 2.6.2004 gün ve 2004/21-326 E., 2004/328 K.; 20.12.2006 gün ve 2006/21-796 E., 2006/812 K. sayılı ilamlarında da benimsenmiştir.

Açıklanan bu maddi hukuk kurallarının somut olay ortaya konularak değerlendirilmesi gerekir.

Davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş., asıl işinin bir bölümü olan "elektrik endeks okuma, bim kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme" işini ihale ile diğer davalı E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'ne verdiği anlaşılmalıdır.

Bu durumda, gerek 4857 Sayılı Yasa, gerekse 506 Sayılı Yasa karşısında davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. asıl işveren, diğer davalı E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. ise, alt işveren (aracı) konumundadır.

506 Sayılı Yasanın (m. 87) yüklediği ödevlerden dolayı, alt işveren (aracı) ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olduğu belirtildiğine göre, davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.(asıl işveren), aylık sigorta primlerinin kuruma yatırılması, prim bildirelerinin verilmesi, keza aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevler yönünden, bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde, davalı Kuruma karşı, diğer davalı E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. (alt işveren) ile müteselsilen sorumludur.

Hizmet tespiti davası ile davacı işçi (sigortalı) sonuç olarak tespitini istediği hizmet süresinin primlerinin de alt ve asıl işverence davalı Kuruma yatırılmasını amaçladığından ve bu davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olmakla, davanın sonuçta asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği, belirgindir.

Öyleyse, asıl işveren konumundaki davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin anılan davada taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunduğu kabulü ile husumetin bu davalıya yöneltilmesinde de usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur.

Öte yandan, asıl işverenenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işverendir. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 Sayılı Yasa uygulaması yönünden aracıdan söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacağından, hizmet tespiti davasında husumetin asıl işverene değil, hizmet akdinin tarafı olan bağımsız işverene yöneltilmesi gerekecektir.

Dosya kapsamına göre; davacının 23.06.2000 tarihinde eski unvanı İçel E. İnşaat Nakliyat Pazarlama Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi, yeni unvanı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olan davalı işyerinde işe girdiğine dair işe giriş bildirgesinin 22.06.2000 tarihinde Kuruma verildiği, 23.06.2000-22.12.2000 tarihleri arasındaki çalışmasının Kuruma bildirildiği, davacının hizmet tespitini talep ettiği dönemde T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den endeks okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale yoluyla aldığı anlaşılmalı. E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığı bordro tanıklarının beyanları ile kanıtlandığı anlaşılmaktadır.

506 sayılı Yasa'nın 79 ve 87. maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hizmet tespitine konu olan işi ihale ile davalı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne veren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğine işaret eden Özel Daire bozmasına karşı, yerel mahkemenin, her iki davalının işverenlik sıfatlarının asıl işveren-alt işveren olarak kabulü ile tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulmasına yönelik ilk kararında direnmesi usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, Yüksek Özel Dairece bozma nedenine göre, davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 21.HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE 10.11.2010 gününde, oyçokluğu ile karar verildi." YHGK., 10.11.2010, E. 2010/21-497, K.2010/590, Sinerji.

- 8 YHGK, 10.11.2010, E. 2010/21-497, K.2010/590, Sinerji.
- 9 YHGK, 10.11.2010, E. 2010/21-497, K.2010/590, Sinerji.
- 10 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu "dava şartları"nın 114. maddesinde saymıştır. Bunlardan biri de "d" ben-

- inde belirtilen “Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları”dır.
- 11 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “taraf ehliyeti” kenar başlıklı 50. maddesine göre, “Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir.”. Ayrıca bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 245; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. B., Ankara 2011, s. 206, 207.
- 12 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 205.
- 13 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 207.
- 14 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114/d. maddesine göre “Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları” da dava şartıdır.
- 15 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Dava ehliyeti” kenar başlıklı 51. maddesine göre, “Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir.” Ayrıca bkz. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. B., Ankara 2011, s. 208, 209; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 247.
- 16 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 211.
- 17 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114/e maddesine göre “Dava takip yetkisine sahip olunması” da dava şartlarındandır.
- 18 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 211-212.
- 19 Üstündağ, s. 256; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 212-213.
- 20 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 213; Üstündağ, s. 256.
- 21 “Sıfat” yerine “husumet” sözcüğünün kullanılması, husumet kelimesinin taraf ve dava ehliyeti için de kullanılması nedeniyle kanışıklığa yol açabilmektedir. Hatta “sıfat” yerine “aktif veya pasif dava ehliyeti” kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir. Oysa ki dava ehliyeti dava şartı olan usulî bir durumu, sıfat ise işin esasına ilişkin bir hususu ifade eder. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 212.
- 22 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 212-213.
- 23 Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 7. B., Ankara 1995, s. 231-232; Üstündağ, s. 362; YHGK, 10.11.2010, E. 2010/21-497, K. 2010/590, Sinerji.
- 24 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 213; YHGK., 03.02.2010, E. 2010/4-4, K. 4; YHGK., 04.11.2009, E. 2009/2-402, K. 2009/484; YHGK., 04.03.2009, E. 2009/10-34, K. 2009/104; YHGK., 18.04.2007, E. 2007/5-233, K. 2007/221; YHGK., 23.06.2004, E. 2004/4-371, K. 2004/375.
- 25 Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku’nun Esasları, İstanbul 2008, s. 245; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 192.
- 26 M. Zafer Erdoğan, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı”, Kamu-İş, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, S. 3, C. 7, 2004, s. 387; Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 14. B., İstanbul 2011, s. 266; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 187-188; Çenberci, s. 702.
- 27 YHGK, 25.05.2011, E. 2011/21-290, K. 2011/361; “...So-
- mut olayda davalı Petkim A.Ş. asıl işinin bir bölümü olan “merkez bakım ünitesi çeşitli bakım onarım, basınçlı su ile temizlik izalasyon ve taşıma işlerini ihale ile diğer davalı Ruhan Bayındır’a vermiş olup gerek 4857 sayılı gerekse 506 ve 5510 sayılı Yasa karşısında davalı Petkim AŞ. Asıl işveren konumunda olup aylık sigorta primlerinin kuruma yatırılması, prim bildirelerinin verilmesi, keza aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevlerde bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde davalı Kuruma karşı alt işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. (Y21HD, 26.10.2009, E. 2008/16060, K. 2009/13674); “Davanın yasal dayanaklarından olan 506 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin 1 inci fıkrasında “... bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur” şeklindeki hükmün kapsamı içinde, sigortalıların işe giriş bildirelerinin Kuruma verilmesi, aylık sigorta primlerinin Kuruma yatırılması ve prim bildirelerinin verilmesi, keza 4 aylık sigorta bordrolarının Kuruma verilmesi gibi ödevler yer almakta olup, bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde; aracı ile birlikte asıl işveren de müteselsilen sorumlu olmaktadır.”, Y10HD., 15.09.2008, E. 2008/11651, K.2008/10601.
- 28 Mehmet Bulut, Hizmet Tespit Davaları, Ankara 2011, s. 139-140.
- 29 Y10HD., 14.09.1998, 5238/5445, YKD, Şubat 1999, s. 197-198; Tuncay/Ekmekçi, Dersler, s. 266; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 193. Ancak Kurum’un 07.06.2010 tarih ve 2010/71 sayılı Genelgesinde, asıl işverenin ödemesi gereken idari para cezasından da Kuruma karşı birlikte sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da asıl işverenin alt işverenin idari para cezasından da sorumlu olduğu ifade edilmiştir (YHGK, 12.06.1991, E. 10-277, K. 359). Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 193.
- 30 Çenberci, s. 706-707.
- 31 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 189.
- 32 M. Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s. 123; Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, s. 243-244.
- 33 Çenberci, s. 708; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 192.
- 34 Coşkun Erbaş, “Hizmet Aktiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları ve Yargılama Süreci”, Kamu-İş, C. 7, S. 3/2004, s. 6; Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s. 755-756.
- 35 “Bilindiği üzere dava konusu olan hukuki ilişki birden fazla kişi arasında ortak olup da, bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. HMK.m.59’a göre “Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.”; Yargıtay’a göre, “Hizmet tespiti davaları sonuçta, tesbiti istenilen süreye ilişkin sigorta primlerinin tahsili istemini de içerdiğine göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 80. maddesinin açık hükmü de dikkate alındığında, bu yolda yapılacak işlemin sonradan işverenin hak alanını da ilgilendireceği açıktır.

Bu durumda, bu tür davalarda işverenin de taraf bulunması doğal ve hatta zorunludur. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu doğrultudadır. Nitekim, Hukuk Genel Kurulu'nun 04.10.2000 gün ve E. 2000/21-1241, K. 2000/1236 sayılı kararı da aynı esasları içermektedir.", Y21HD., 22.02.2007, E. 2007/1980, K. 2007/2529, Sinerji.

"Mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder (HMK.m.60/1). Başka bir anlatımla "davalılar arasında (pasif) mecburi dava arkadaşlığı bulunması halinde, davacı bütün davalılara karşı birlikte dava açmak zorundadır. Dava bütün mecburi dava arkadaşlarına karşı değil de bunlardan birine veya bir kaçına karşı açılmış ise bu halde, dava sıfat yokluğundan reddedilemez. Mahkemenin, davayı diğer mecburi dava arkadaşlarına da teşmil etmesi için davacıya bir süre vermesi, davacı bu süre içinde davayı diğer mecburi dava arkadaşlarına da teşmil ederse davaya devam etmesi gerekir. Davanın teşmili müessesesi uygulamada "dahili davalı" olarak nitelendirmekte olup, davayı teşmil eden davacının bu işlem için ayrı bir başvuru harcı ödemesi gerekir. Gerekli harç ödenmez ise mahkeme davacının davanın teşmili talebini inceleme konusu yapamaz ve davanın teşmil edildiği kişi ihbar olunan üçüncü kişi olarak kabul edilir, aleyhine hüküm kurulamaz.", Y21HD., 12.10.2010, E. 2009/13017, K. 2010/9776, Sinerji.

- 36 Aslanköylü, s. 756; "Kurumun, işverenle birlikte zorunlu dava arkadaşı ve yasal hasım konumunda olduğu doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmiş bir ilkedir...", Y10HD., 26.01.2012, E. 2010/10921, K. 2012/1010; "...5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86. maddesinin 8. fıkrasına dayalı hizmet tespiti istemine ilişkin olup, hizmet tespiti davalarında işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında (pasif) mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır...", Y10HD., 24.10.2011, E. 2011/11992, K. 2011/14535, Sinerji; "... Hizmet tespiti davalarında, davacının tespitini istediği çalışmanın geçtiği işyerinin sahibi olan gerçek ya da tüzelkişi işveren, Sosyal Güvenlik Kurumu ile zorunlu dava arkadaşıdır...", Y21HD., 06.02.2012, E. 2010/6170, K.2012/1113, Sinerji; Aksi yönde bkz. Saraç, s. 465.
- 37 Aksi yönde bkz. Aslanköylü, s. 758.
- 38 Karş. Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. B., İstanbul 2010, s. 276.
- 39 Ayrıca bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 275-276.
- 40 İşe iade davalarının asıl işverene yöneltilip yöneltilmeyeceği hususunda da benzer tartışmalar yaşanmaktadır. Sübjektif hak ve hukuki yarar bulunmadığı için asıl işverene husumet yöneltilmeyeceğini ileri sürülen olduğu gibi aksi kanaatte olanlar da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağatay Akyol, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Kapsamında İşe İade Davalarında Taraf Sıfatı (Husumet)", Legal İSGHD, C. 8, S.30, 2011, s. 1053-1058.
- 41 Coşkun Saraç, "Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti", Os-

man Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010, 460-462.

- 42 Dava arkadaşlığı zorunlu ve ihtiyari dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır. Alacaklı işçinin, müteselsil borçlu olan asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte dava açabilir fakat buna mecbur değildir, borçlulara ayrı ayrı da dava açılabilir için, burada ihtiyari dava arkadaşlığı vardır. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 349, 354-359. Ayrıca bkz. Üstündağ, s. 298-302. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesi "ihtiyari dava arkadaşlığı"ni düzenlemiştir. Buna göre, (1) Birden çok kişi, aşağıdaki hallerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir: a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması. b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri. c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması."
- 43 "...506 Sayılı Kanunun 79/10 uncu maddesinde ifadesini bulan hizmet tespiti davaları kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen işverene karşı açılmalıdır. Ancak, şayet varsa onunla birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverene karşı da dava açılabilir. Burada asıl işveren yönünden ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur...". Y10HD., 15.09.2008, E. 2008/11651, K. 2008/10601. Yargıtay'ın 2003 tarihli bir kararında da aynı görüş ifade edilmiştir. Bkz. Y10HD., 28.02.2003, E. 2002/8427, K. 2003/1323. Saraç, s. 461; Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında isabetsiz olarak (Y10HD. 18.6.1991, 4108/6529, YKD., 1991/12, s. 1824-1825; Y10HD., 29.12.1992. 4320/13317, YKD., 1993/4, s. 536-538; Y.21.HD. 26.1.2004, E. 2003/10564, K. 2004/451) asıl işverenle alt işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu belirtilmiştir. Bkz. Saraç, s. 462.
- 44 "...Davada çözümlenmesi gereken bir sorun da, Kurum dışındaki davalılar arasındaki ilişkinin türü ve niteliği ile davalı T... Tarım San. ve Tic. A.Ş.'nin taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır...506 sayılı Kanunun 79'uncu maddesinin onuncu fıkrasına dayalı hizmet tespiti davaları yönünden taraf sıfatı (husumet) konusuna gelince; 506 sayılı Kanunun 87'nci maddesinde, bu Kanunun işverene (aracıya - alt işverene) yüklediği ödevlerden dolayı asıl işverenin de sorumlu olduğu belirtildiğine göre, aylık sigorta primlerinin Kuruma yatırılması, aylık sigorta prim bildirelerinin, dört aylık sigorta primleri bordrolarının, aylık prim ve hizmet belgelerinin Kuruma verilmesi gibi ödevlerin yasal süresi içerisinde yerine getirilmemesi durumunda, Kuruma karşı her iki işverenin de teelsül hükümleri gereğince sorumlu tutulacağı açıktır. Anılan dava ile sigortalı, çalışma sürelerinin saptanmasının yanı sıra, bu sürelerle ait primlerin de her iki işverence Kuruma ödenmesini amaçladığından ve davada elde edilecek kesinleşmiş hüküm doğrultusunda sigorta primlerinin Kurumca alınması söz konusu olacağından, davanın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği belirgindir ve sonuç itibarıyla bu tür hizmet tespiti davalarında sigortalıyı çalıştıran aracı - alt işverenle birlikte asıl işverenin de taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) varlığı kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda değinilen 10.11.2010 gün ve 2010/21-497 Esas, 2010/590 Karar sayılı ilamında da aynı görüşten

hareketle bu sonuca ulaşılmıştır. Ancak önemle belirtilmelidir ki; Kurumla beraber yalnızca aracıya yönelik açılan davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksikliğin bulunmadığının benimsenmesi, dolayısıyla davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümünün yüklenmemesi, diğer taraftan her iki işverenin taraf olduğu davalarda yargılama sonunda kurulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran işveren (aracı - alt işveren) özellikle belirtilip, sigorta primleri yönünden her iki işverenin teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğunun açıklanması gerekmektedir..Yukarıdaki açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde; davalı T... Tarım San. ve Tic. A.Ş. tarafından asıl işin yürütülmesi için sigortalı çalıştırılmakta olup, diğer davalı yüklenici tarafından sözleşme hükümlerine göre yürütülen işler, anonim şirketçe yerine getirilen asıl işin bir parçası niteliğindedir ve dolayısıyla söz konusu davalılar arasında gerek 506 sayılı Kanununun 87., gerek 4857 sayılı Kanununun 2'nci madde hükümleri kapsamında ilişki kurulduğu, davalı anonim şirketin "asıl işveren", davalı limited şirketin "alt işveren - aracı" konumunda yer aldığı belirgin olduğu gibi, taraf sıfatına sahip olan anonim şirket hakkında yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda hüküm kurulması zorunludur.", Y10HD., 02.06.2011, E. 2009/14455, K. 2011/8131, Sinerji; Y10HD., 15.09.2008, E. 2008/11651, K. 2008/10601, Sinerji.

- 45 Y10HD., 02.06.2011, E. 2009/14455, K. 2011/8131, Sinerji.
- 46 Aynı dairenin 15.09.2008 tarihli kararına göre de "...506 Sayılı Kanununun 79/10 uncu maddesinde ifadesini bulan hizmet tespiti davaları kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen işverene karşı açılmalıdır. Ancak, şayet varsa onunla birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverene karşı da dava açılabilir. Burada asıl işveren yönünden ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur. Zira, hizmet tespiti davası sonunda verilen ilam doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağından ve 87 nci maddenin açık ve buyurucu hükmü karşısında; prim ödeme yükümlüsü olarak asıl borçlu olan aracı ile birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverenden de bu primler istenebileceğinden hizmet tespiti davalarında husumetin asıl işverene de yöneltilmesi mümkün olup, sonucu itibarıyla bu dava asıl işverenin de hak alanını ilgilendirmektedir. Kaldı ki bu yaklaşım çelişkili kararların verilmesini önleyeceği gibi, usul ekonomisi ilkesi yönünden de fayda sağlayacaktır." Y10HD., 15.09.2008, E. 2008/11651, K. 2008/10601.
- 47 "Davacı, davalılardan K... Dilligham Ortak Girişimi taşeronu kalemci Yapı A. Ş.'de 26.07.1996-30.03.2001 tarihleri arasında sigortalı olarak sürekli çalıştığının tespitini istemiştir. Mahkeme, davalılar hakkında yazılı şekilde hüküm vermiştir. Ancak, 506 sayılı kanununun 4 üncü maddesi hükmüne göre, işveren; sigortalıyı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına giren işlerde hizmet akdine dayalı olarak çalıştıran gerçek yada tüzel kişilerdir. Bu davada ihale ile İzmir Çevre Yolu Aydın Otoyolu inşaatını alan davalı ortak girişimdir. Bu işin Köprü-Menfes inşaatı kısmını davalı K... Yapı A. Ş.'i üstlenmiştir. Davacıyı çalıştıran ve bir kısım çalışmalarını Sosyal Sigortalar Kurumuna bildiren Kalemci A. Ş.'dir. Yani 506 sayılı kanununun 87 nci maddesi anlamında aracı durumundadır. Asıl işveren ortak girişimle davacı arasında bir çalışma ilişkisi yoktur. Hal böyle olunca K... A.Ş. ile davacı arasında gerçek işveren işçi ilişkisi aşkar

olup bu bağlamda mahkemenin Kalemci A. Ş.'i hakkında verdiği karar doğrudur. Fakat hizmet tespiti davasının pasif husumet ehliyeti bulunmayan ortak girişim yönünden de kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Y10HD., 01.04.2003, E. 2003/1308, K. 2003/3004. Karara karşı oy yazısında ise "...Burada asıl işveren yönünden ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur. Zira, hizmet tespiti davası sonunda, verilen ilam doğrultusunda primlerin kurumca tahsili söz konusu olacağından ve 87. maddenin açık ve buyurucu hükmü karşısında prim ödeme yükümlüsü olarak asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverenden de bu primler istenebileceğinden hizmet tespiti davalarında husumetin asıl işverene de yöneltilmesi mümkündür. Zira sonucu itibarıyla bu dava asıl işverenin de hak alanını ilgilendirmektedir. Kaldı ki bu yaklaşım çelişkili kararların verilmesini önleyeceği gibi, usul ekonomisi yönünden de fayda sağlayacaktır." gerekçelerine yer verilerek asıl işverenin de pasif taraf sıfatı bulunması gerektiği ifade edilmişti. (Y10HD., 01.04.2003, E. 2003/1308, K. 2003/3004).