

HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ADI ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN TESPİTİNE İLİŞKİN ÖLÇÜTLER*

Criteria for Determination of the Partnership Agreement with the Employment Agreement in Action for Fixing of Period of Service

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP**

Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM***

ÖZ

Hizmet tespiti davalarında, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ihtilaflı olması durumunda hukuki ilişkinin hangi sözleşmeden kaynaklandığının tespiti gerekir. Bu bağlamda adi ortaklık sözleşmesi, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ortaklık sözleşmesine değil, iş sözleşmesine dayandığının iddia edilmesi halinde hizmet tespiti davalarına konu olabilecektir. Bu noktada taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve bu niteliğin tespit edilebilmesi için dikkate alınabilecek ölçütler önemlidir. Çalışmamızda aradaki hukuki ilişkinin tespiti, adi ortaklık sözleşmesinin tanımı ve unsurları ile iş sözleşmesi ve unsurları karşılaştırma yapılmak suretiyle açıklanacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak genel anlamda ortakların ve işçilerin sigortalılık statüsüne değinilecek, hizmet tespit davası hakkında genel açıklamalarda bulunulacak, akabinde ise aradaki hukuki ilişkinin tespitine ilişkin faydalanılabilecek ölçütlerden bahsedilip, konuya ilişkin yargı kararlarına yer verilecektir.

ANAHTAR KELİMELEER: *Adi Ortaklık, İş Sözleşmesi, Hizmet Tespiti, Bağımlılık, İş Sözleşmesi.*

ABSTRACT

Action for fixing of period of service, if the legal relationship between the parties is in dispute, it is necessary to determine which contract the legal relationship originates from. In this context, the ordinary partnership agreement may be the subject of action for fixing of period of service if it is claimed that the legal relationship between the parties is based on the employment agreement and not the ordinary partnership agreement. At this point, the quality of the legal relationship between the parties and the criteria that can be taken into consideration in determining this quality are important. In our study, the determination of the legal relationship between them, the definition and elements of the ordinary partnership agreement and the employment agreement and elements will be explained by comparison. In this respect, firstly the insurance status of the partners and workers will be mentioned in general, general explanations will be made about the case of service determination, then the criteria that can be used to determine the legal relationship between them will be mentioned and judicial decisions will be included.

KEY WORDS: *Ordinary Partnership, Employment Contract, Service Detection, Dependency, Employment Contract.*

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 02.04.2019

Kabul Edildiği Tarih: 13.11.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.548222](https://doi.org/10.15337/suhfd.548222)

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: aslihan.kayik@inonu.edu.tr **ORCID ID:** [0000-0003-3146-4636](https://orcid.org/0000-0003-3146-4636)

*** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: bmulayim@erbakan.edu.tr **ORCID ID:** [0000-0002-5472-8414](https://orcid.org/0000-0002-5472-8414)

GİRİŞ

Adi ortaklık, ticaret hukuku konuları arasında yer almakla birlikte, ortaklığı oluşturan kişilerin ortak olmayıp, ortaklığın işçisi olduklarını iddia etmeleri halinde, iş ve sosyal güvenlik hukukunu da ilgilendiren bir konu haline gelmektedir. İşverenler, çoğu zaman iş sözleşmesine bağlanan hukuki sonuçlardan kaçınmak amacıyla işçilerini, şirket ortağı olarak gösterme yoluna gitmektedir. Bazı durumlarda da taraflar, hukuki ilişkinin gerçekte adi ortaklık olmasına rağmen, sosyal güvenlik hukukunda özellikle yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için işçilere sağlanan avantajlı durumdan faydalanabilmek amacıyla, iş ilişkisi olduğu ileri sürülmektedir. Aradaki hukuki ilişkinin ortaklık değil iş ilişkisi olduğunun ileri sürüldüğü durumlarda, sigortalının Kuruma kaydı işçi olarak yapılmamaktadır. Bu nedenle geçmişe dönük olarak hizmetlerin yargı yoluyla tespit edilmesi amacıyla hizmet tespiti davası açılması gerekir. Hizmet tespiti davasının yasal dayanağı, 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesi olup, Kurum kayıtlarına geçirilmeyen çalışmaların tespitine yöneliktir. Bu uyuşmazlıklarda, taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olup olmadığının tespiti önemlidir. Çalışmamızda çeşitli ölçütlerden hareket edilmek suretiyle tespit gerçekleştirilmeye çalışılacaktır.

I. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ TARAFLARININ VE İŞÇİNİN SİGORTALILIĞI

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda iş sözleşmesine tabi olarak bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, m. 4/1-a bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Kanun iş sözleşmesi olarak, Türk Borçlar Kanununda hizmet sözleşmesi ve iş mevzuatında yer alan iş sözleşmesi tanımı kabul etmiştir. Sigortalılık ilişkisinin m.4/1-a kapsamında oluşabilmesi için önem arz eden iş sözleşmesinin var olup olmadığı belirlenirken, iş hukukundaki görüş ve ilkelerden de faydalanılmalıdır¹. 5510 sayılı Kanunun 506 sayılı Kanunda yer alan tanımı aynen tekrarlaması nedeniyle, 506 sayılı Kanun dönemindeki Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında sigortalı niteliğinin kazanma koşullarının hala geçerliliğini koruduğu kabul edilir². Böylece sigortalı niteliğini kazanma koşulları üç başlık altında toplanmıştır; çalışma ya da iş ilişkisinin kural olarak iş sözleşmesine dayanması, işin işverene ait iş organizasyonu içinde yerine getirilmesi, çalışanın sigortalı sayılmayanlar arasında yer almaması³.

¹ GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018, s. 80.

² GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 80, 81.

³ TUNCA, Can/ EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2017, s. 291; SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2017; ARICI, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015; UŞAN, Fatih: Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009; ALPER, Yusuf, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Sistemi, 9. Baskı, Bursa 2018, s. 95; KORKUSUZ, Refik/ UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015, s. 212-214; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; "...506 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların sigortalı sayılacağı belirtilmiştir. Anılan

Kanunun m.4/1-b bendinde bağımsız çalışan sigortalılar düzenlenmiştir. Bu bent kapsamında sigortalı sayılanlar; köy ve mahalle muhtarları, esnaf ve sanatkârlar, gelir vergisi mükellefleri, şirket ortakları ve tarımsal faaliyette bulunanlar. Aşağıda açıklanacağı üzere adi ortaklık sözleşmesinin tarafları olan ortaklar, m.4/1-b bendi uyarınca bağımsız çalışanlar grubunda yer almaktadır.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti sonucu, iş sözleşmesine tabi bir çalışmanın olması halinde 5510 s. Kanun m. 4/1-a bendi, ortaklık sözleşmesine dayalı bir çalışmanın olması halinde ise m.4/1-b anlamında sigortalılık söz konusu olacaktır.

II. GENEL ANLAMDA HİZMET TESPİTİ DAVASI

A. Yasal Dayanağı

Hizmet tespiti davasının yasal dayanağı, 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesidir⁴. Buna göre aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde

Kanun kapsamında sigortalı sayılmanın koşulları; hizmet akdine göre çalışma, sözleşmede ön-görülen edimin (hizmetin) işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde görülmesi, ka-nunda açıkça belirtilen sigortalı sayılmayacak kişilerden olunmamasıdır. 4857 sayılı İş Kanu-nu'nun 8. maddesinde "iş sözleşmesi" tanımına yer verilmiş ise de her iki kanunun amacı, ortaya koyduğu ilkeler ve dayandığı hukuksal normlar farklılık gösterdiğinden, bu tanımın 506 sayılı Ka-nun yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır...Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özelliği, "zaman" ve "bağımlılık" unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma ola-nağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Hizmet akdi, çoğu kez Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan istisna akdi (eser sözleşmesi) ile karıştırılabilmekte, ikisinin ayırt edile-bilmesi bazı durumlarda güçleşmektedir. Çalışan, iş gücünü belirli veya belirsiz bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir. Hizmet akdinde ise çalış-an, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, faaliyetin meydana gelmesi-nin sonucu için değil, bizzat yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir. Öte yandan, 313. madde hükmünün açıklığı gereği, çalışanın kendi aletleri ile çalışması veya götürü hizmet sözleş-melerinde ücretin, yapılacak işe göre toptan kararlaştırılması olanaklı bulunduğundan, taraflar-ın belli bir fiyat üzerinden anlaşmaları istisna akdinin varlığını göstermediği gibi, götürü sözleş-melerde, bir süre için hizmet etme borcunun mu, yoksa önceden belirlenmiş bir sonucun mey-dana getirilmesi borcunun mu yüklenildiğinin şüpheli bulunduğu durumlarda, araştırma yapıla-rak tarafların amacı, durumu ve yaşam deneyimleri gözetilip hukuki ilişki saptanmalıdır...", Y. 10. HD., E. 2006/16493, K. 2007/4738, T. 27.3.2007, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.2.2019.

⁴ Bu doğrultudaki düzenleme, eski 506 sayılı Kanunun 79. maddesinin 10. bendinde bulunmakta idi; Hizmet tespiti davası hakkında detaylı bilgi için bkz. ARAP, Erdal: Hizmet Tespiti Davaları, Ankara 2018; BİLGİLİ, Abbas: Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011.

iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır. Açılacak dava, 5510 sayılı Kanunla kapsama alınmış sigortalı çalışmaların tespitine yöneliktir⁵. Düzenlemenin amacı, sigortasız (kayıt dışı) işçi çalıştırmanın önlenmesidir⁶.

İşyeri bildirgesi, sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet bildirgesinin işveren tarafından verilmesi durumunda kayıt dışı çalışma engellenmektedir. Bu bildirelerin verilmemesi durumunda ise sigortalı, tamamen kayıt dışı kalmaktadır⁷.

Sosyal sigorta ilişkisi, kanundan kaynaklanan bir hukuki ilişki olup, iradi değil, zorunlu bir hukuki ilişkidir. Bu nedenle sosyal sigorta ilişkisinden kaçılmaz ve vazgeçilemez⁸. Sosyal sigorta ilişkisinin yargısal yolla sonradan tespit edilmesi, sosyal sigorta ilişkisinin kurulmamasına ve kesilmesine neden olan kayıt dışılıkla mücadele yollarından birisidir⁹.

B. Konusu

Hizmet tespiti davası, geçmişte var olan ancak kurum kayıtlarına geçirilmeyen çalışmaların tespit ettirilmesi amacıyla açılır¹⁰. Davanın amacı, sigorta primine esas matrah ve prim gün ödeme sayısının belirlenmesidir¹¹. Hizmet tespit davası, yalnızca yurt içi hizmetler bakımından değil yurt dışında geçen hizmet sürelerinin tespiti amacı ile de açılabilir¹².

Dava, olumlu tespit davası niteliğini taşımaktadır¹³. Burada yeni bir durum ortaya konulmayıp, mevcut ve hak kazanılmış bir statünün belirlenmesi söz konusu olduğundan, dava inşai değil izhari nitelik taşımaktadır¹⁴.

⁵ BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2018, s. 460; AYDIN, Ufuk: Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, s. 557-868, Seminer İstanbul 25-26 Kasım 2016, İstanbul 2017, s. 629; SÖZER, s. 476.

⁶ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 276; ARICI, s. 480.

⁷ SÖZER, s.476.

⁸ ARICI, s.481.

⁹ AYDIN, s. 628.

¹⁰ AKPULAT KÖME, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 1. Baskı, İstanbul 2018, s.363; BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018, s.242.

¹¹ SÖZER, s.478; Uygulamada uzun vadeli sigortalı kolları için açılacak davanın açılacağı sigorta dalları bakımından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Konu hakkında bkz. SÖZER, s.478-479; Hizmet tespiti ile işçilik alacaklarının talebine yönelik talebin aynı davada yöneltilip yöneltilenmeyeceğine ilişkin bkz. Arap, s. 69-72.

¹² SÖZER, s.479.

¹³ AYDIN, s.629; ERTÜRK, Şükran, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, 6. Baskı, Ankara 2018, s.475; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 278.

¹⁴ GÜNAY, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.623.

Sigortasız çalışmayı belirleyen husus, sigortalının kurum kayıtlarında gözükmemesidir¹⁵. Bu durum iki şekilde karşımıza çıkabilir. İşyerinin kuruma bildirisi yapılmamış ya da işyeri kuruma bildirilmekle birlikte sigortalının işe giriş bildirgesi ve buna bağlı olarak da aylık hizmet belgeleri verilmemiş olabilir¹⁶.

Sigortalılığın tespiti, re'sen kurumun idari bir işlemiyle ya da sigortalının iş mahkemesinde açacağı bir tespit davası ile gerçekleştirilebilir¹⁷. Hizmet tespiti davası açılabilmesi için ilgili yönetmelikte belirlenen işyeri bildirgesi, sigortalı işe giriş bildirgesi, aylık prim ve hizmet belgesinin işveren tarafından kuruma verilmemesi ya da sigortalının adına kurum kayıtlarında rastlanmaması gerekir¹⁸. Bu belgelerden birinin verilmesi halinde, kurumun sigortalıdan haberdar olduğu ve primin yatırılıp yatırılmadığı ya da aylık prim ve hizmet belgelerinin verip vermediğini izleme yükümünün kuruma ait olduğu gerekçesi ile hizmet tespiti davası açılmaz¹⁹.

Sigortalı, kurum kayıtlarında gözüküyorsa yani sigortalının işe giriş bildirgesi verilmiş ancak daha sonra aylık prim ve hizmet belgesi verilmemiş ya da primleri ödenmemişse, hizmet tespiti davası ile sigortalılığın tespitine gerek yoktur²⁰. Ayrıca tespiti istenilen sigortalılık sürelerinin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışma hali istisna

¹⁵ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 264; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 276, 277; Hizmet tespiti davası ile gerek kurum uygulamasında gerekse Yargıtay kararlarında aidiyet davası olarak adlandırılan kuruma bildirilmiş hizmetlerin başkası adına gözükmesi nedeni ile ilgili hizmetlerin kendisine aidiyeti nedeni ile açılan davalar karıştırılmamalıdır. Konu hakkında bkz. AKPULAT, s.243; Ayrıca konu hakkında BOZKURT, s.464 vd.

¹⁶ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 276, 277; TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 264; ERTÜRK, s.474 AYDIN, s.628.

¹⁷ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 275; Kanunun 86/8. maddesi "Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarının işyerinde yaptıkları durum tespiti sırasında, sigortalı, işyerinde çalışan diğer sigortalılar, işyeri mahallinde bulunanlar veya işveren beyanına dayanılarak yaptıkları ve tespit tarihinden önceki bir yıllık süreye ilişkin hizmetler de sigortalılıkta dikkate alınır. **(Ek cümle: RG-17/4/2012-28267)** Bir yıllık süreyi aşan sigortalı çalışmalar ise her zaman düzenlenebilir nitelikte olmayan kanunen geçerli kayıt ve belgeler ile kanıtlanmak şartıyla dikkate alınabilir." şeklinde olup bu madde uyarınca kurum tarafından yapılan idari denetimlerde en fazla geriye yönelik bir yıllık süre dikkate alınır. Ancak bu düzenleme, herhangi bir süre sınırının olmaması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Nitekim Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği 26/2. maddesinde "Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarının işyerinde yaptıkları durum tespiti sırasında, sigortalı, işyerinde çalışan diğer sigortalılar, işyeri mahallinde bulunanlar veya işveren beyanına dayanılarak yaptıkları ve tespit tarihinden önceki bir yıllık süreye ilişkin hizmetler de sigortalılıkta dikkate alınır.", şeklinde düzenleme yapılmıştır. Düzenleme olumlu bulunmakla beraber kanun yerine yönetmelik ile düzenleme yapılması eleştirilmiştir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 275-276.

¹⁸ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 266.

¹⁹ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 267.

²⁰ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 264; ALPER, s. 157; BOZKURT s.358.

olmak üzere, başka işyerlerinde geçen çalışma süreleriyle çakışmaması da gerekmektedir²¹.

Dava sonucunda mahkeme ilamında belirlenen süre ve ücret üzerinden kurum prim alacağını, gecikme cezası ve gecikme zammı ile tahsil eder, ayrıca idari para cezası da uygular²².

İşe giriş bildirgesinin verilmesi yeterli olmayıp, işçinin aynı zamanda eylemli olarak çalışması da gerekir²³. Zira sigortalılık ilişkisi fiili çalışma ilişkisi ile kurulur. Kişinin bildirilmesi, ancak sonrasında çalışmaya başlamaması durumunda sigortalılık ilişkisi kurulmaz²⁴. Çalışma olgusunun, kesin bir biçimde ortaya konulması gerekir²⁵. Zira çalışılmayan süreler için hizmet tespiti davası açılmaz²⁶. Hizmet tespiti davalarında bir işyerinin varlığı da gerekir. Bu nedenle davaya konu hizmetin, başlangıcı ve bitişi, bu işyerinin faal olduğu döneme göre belirlenmelidir²⁷. Tespiti istenen döneme dair kesinleşmiş bir olumsuz mahkeme kararı var ise bu süreler hakkında yeniden dava açılmaz²⁸.

5510 sayılı Kanununun 38/2. maddesi “Bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dâhil edilir.”, şeklinde olup, 18 yaşın altı uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalılık süresi olarak dikkate alınmaz. Ancak 18 yaşın altındaki süreler, prim ödeme gün sayısına eklenir²⁹.

²¹ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 280; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 267.

²² SÖZER, s.480.

²³ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar hakkında bkz. “Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin Yasa’nın belirlendiği biçimde (506 sayılı Yasa’nın 2. maddesi ve 5510 sayılı Yasa’nın 4/a maddesi) eylemli olarak çalışması da koşuldur. Bu yön 506 sayılı Yasa’nın 6. maddesi ile 5510 sayılı Yasa’nın 7/a maddesinde ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1999/21-549-555, 2005/21-437-448 ve 2007/21-306-320 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır. Bu bakımdan davacının işyerinde eylemli olarak çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması gerektiği ortadadır.”, Y. 21. HD., E. 2012/6998, K. 2012/5507, T. 09.04.2012, <https://karararama.Yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.18.02. 2019.

²⁴ UŞAN, s. 125-126; AYDIN, s. 631.

²⁵ ERTÜRK, s. 475; BOZKURT, s. 461; AYDIN, s. 630; GÜNAY, s. 632.

²⁶ SÖZER, s. 476.

²⁷ GÜNAY, s. 632.

²⁸ BULUT, s. 254.

²⁹ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 266.

C. Tarafları

5510 sayılı Kanunda zorunlu sigortalılık esası benimsenmiştir. Kanunun 92. maddesine göre kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir³⁰.

Hizmet tespit davası, 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesinde ifade edildiği üzere aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalılar tarafından açılır. Sigortalının ölümü halinde hak sahipleri de bu davayı açabilir³¹. Tek bir mirasçının dahi dava açabilmesi, sosyal güvenlik ilkesi gereğince kabul edilmelidir³². Ancak bu durumda, mirasçılar açısından hak düşürücü sürenin başlangıcı, sigortalının dava açma süresini sağlığında geçirmemiş olması kaydı ile murisin ölüm tarihidir³³. İşyeri el değiştirmiş ise her iki işverene de dava açılır. Geçici iş ilişkisi ile çalıştırılma halinde de asıl işveren ve ödünç alan işverene birlikte dava açılır³⁴. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde hizmet ilişkisi alt işverenler ile kurulacak olup, davanın bu işverene karşı açılması gerekir³⁵. Ayrı işverenlerin sorumluluk dönemleri için her işverene dava açılmalıdır³⁶.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda, hizmet tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yargı kararları ile işveren ile birlikte Sosyal Sigortalar Kurumuna karşı açılması gereği ortaya konulmuş idi. Böylece Kurum, mahkeme ilamının infazını gerçekleştirecek olması nedeni ile hak alanını ilgilendiren bir davada taraf olmakta idi³⁷. Ancak 7036 sayılı Kanunun

³⁰ UŞAN, s.78.

³¹ UŞAN, s.163; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 281.

³² GÜNAY, s.625.

³³ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 280; BULUT, Mehmet: Sosyal Güvenlik Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2017, s.252.

³⁴ ARICI, s.482.

³⁵ Y. 10. HD., E. 2012/15746, K. 2013/15394, T. 05.07.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/Bilgi/BankasiIstemciWeb/>, E.T.15.03.2019.

³⁶ GÜNAY, s.625.

³⁷ BOZKURT, s.356; AYDIN, s.653; GÜNAY, s.625. "Görüldüğü gibi, işyeri tanımlanırken sigortalı esas alınmıştır. Diğer taraftan, Sosyal Sigortalar Kanununun 79/10. maddesinde sigortalı hizmetin tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Ancak, yargı kararları ile davanın işveren ile birlikte Kuruma karşı da açılması gereği vurgulanmaktadır. Gerçekten, Sosyal Sigortalar Kurumu tespit ilamını aldığı anda işverenden o döneme ait prim belgelerini vermesini ister. Aksi halde, bunlar Kurumca re'sen düzenlenir. Tespit edilen döneme ilişkin primler

4/1. maddesi ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda, iş sözleşmesine tabi çalışmalarını nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulmasının zorunlu olduğu düzenlenmektedir. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan başvuruya altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi nedeni ile hizmet tespiti davalarında dava açmadan önce zorunlu arabuluculukta olduğu gibi kuruma başvuru zorunluluğu da bulunmamaktadır³⁸. İşverenin davalı, kurumun ferî müdahil olduğu davada, Kuruma doğrudan başvuru yolu düzenlenmemiş, doğrudan dava açmaya imkân verilmiştir³⁹. Bu düzenleme ile aynı zamanda ferî müdahil olarak davaya katılan Kurumun, yanında davaya katıldığı taraf başvurmasa bile kanun yoluna başvurabileceği getirilmiştir⁴⁰.

de, gecikme zammı ve faizi ile birlikte Kurum tarafından tahsil olunur. Ayrıca tespit edilen hizmet süresi, prim ödeme gün sayısı ve aylık kazanç toplamları Kurum tarafından yapılacak yardımlarda ve bağlanacak aylıklarda dikkate alınır. Bu yüzden, Kurumun sonucunda alınacak ilamı infaz edeceği ve hak alanını ilgilendiren bir davada taraf olması doğaldır. Dava sadece işverene veya Kuruma karşı açılmışsa, davacıya diğerini de davaya dâhil etmesi için süre verilecektir. Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, sosyal sigorta ilişkisinin ve hizmet tespiti davasının özellikleri göz önünde tutularak bu husus kabul edilmiştir.”, YHGK., E. 2010/10-431, K. 2010/451., T. 06.10.2010, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=33824>, E.T.15.02.2019; Y. 10. HD., E. 2012 /22878, K. 2013/13882, T. 20.06.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasIstemciWeb/>, E.T.15.03.2019.

³⁸ 7036 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 5521 sayılı Kanunun 7. maddesinde de aynı düzenleme bulunmakta idi.

³⁹ AYDIN, s.642.

⁴⁰ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 269; AYDIN, s. 645; 7036 sayılı Kanun öncesinde 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükte idi. 11.9.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikten önce Yargıtay hizmet tespiti davası sonucu verilen ilam neticesinde primlerin Kurumca tahsili gerekeceğinden davanın Kuruma da yöneltilmesi gerektiğini benimsemekteydi. Bu nitelikteki davalarda Kurumun işveren yanında davalı sıfatıyla yer almasına neden olduğundan, sigortalı lehine sonuçlanan hizmet tespiti davalarında Kurum yargılama giderlerine mahkûm edilmekteydi. Bu neticeden dolayı ilgili değişiklik yapılmıştır. Konu hakkında bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLİOĞLU, s. 283; Ancak yapılan düzenleme, ferî müdahalede müdahale edenin kimin yanında yer alıyorsa onun davayı kazanmasını gerektirdiğinden, SGK'nın işverene yardımını ve sigortalının haksız çıkmasına yönelik işlemleri gerektirdiği, oysa kurumun menfaatinin kural olarak sigortalının kazanması ve primlerin tahsilini gerektirdiği, kurumun ferî müdahil olarak davada yer almasının sosyal sigorta hakkı, sigortalının hukuki yararı ve kamu yararı bakımlarından anlamlı olmadığı ileri sürülmektedir. Bu düzenleme yerine SGK'nın sigortalı yanında yer alması ya da da-

Adi ortaklıkta, işveren kavramı önem taşımaktadır. Adi ortaklığın niteliği gereği, hizmet tespiti davasının işveren olarak adi ortaklığı oluşturan tüm gerçek ya da tüzel kişilere yöneltilmesi gerekir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, davada taraf olma ehliyeti de yoktur. Başka bir ifade ile adi ortaklığın dava ve taraf ehliyeti yoktur⁴¹. Bu nedenle adi ortaklığa açılacak davalar, adi ortaklığın kendisine karşı değil, dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına, dava konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esaslı geçerli olduğundan ortakların bir veya birkaçı aleyhine yöneltilmelidir⁴². Hizmet tespiti davası ise konusu para olmadığından adi ortaklığı oluşturan gerçek ya da tüzelkişilerden birine dava açılması durumunda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/4. maddesi uyarınca dava reddedilmeyip taraf teşkilinin sağlanması için davacıya süre verilir⁴³.

vayla ilişkilendirilmemesi üzerinde düşünülmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Konu hakkındaki geniş bilgi için bkz. AYDIN, s. 645 vd; Ayrıca konu hakkında bkz. EKMEKÇİ, Ömer: Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 5-41, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, (Yayına Hazırlayanlar EKMEKÇİ, Ömer/ AKPULAT KÖME, Ayşe/HAKKAKUL YILDIZ, Özge/ AKDENİZ LEDÜN, Ayşe/ NAMLI YAYVAK, İrem/ ÇALIŞKAN, Aslı), İstanbul 2018, s. 22-23.

⁴¹ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar için bkz. “Adi ortaklığın kendisine ait bir tüzel kişiliği mevcut olmadığından davada taraf olma ehliyeti yoktur. Bir başka ifade ile adi ortaklığın dava ve takip ehliyeti olmadığı gibi, ona karşı da dava açılmaz. Bu bağlamda adi ortaklığa karşı açılacak davalar adi ortaklığın kendisine karşı değil dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına, dava konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esaslı geçerli olduğundan ortaklardan biri ya da birkaçı aleyhine yöneltilmelidir. Hal böyle olunca ve özellikle adi ortaklığı ait olan işyerindeki iş akdine dayalı çalışma nedeniyle işe iade istemiyle açılan davanın konusunun paradan başka bir şey olduğunun belli bulunmasına göre davanın adi ortaklığın ortaklarının tamamına karşı açılması gerekir. Aynı yönde Hukuk Genel Kurulunun 08.10.2003 tarih ve 2003/12-574-564 sayılı kararında vurgulandığı üzere ortak girişim iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık türü olup bu ortaklığın tek başına tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ortak girişimin tüzel kişiliği olmadığından ve dava dilekçesinde her iki şirketin gösterilmesi ve dava dilekçesinin ortak girişimi oluşturan her iki şirkete karşı ayrı ayrı tebliğ edilmesi, taraf teşkilinin sağlanması gerekir.” Y. 7. HD., E. 2015/43819, K. 2016/6033, T. 10.03.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.18.02.2019.

⁴² AKPULAT, s.270.

⁴³ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. “Somut uyumsuzlukta, dava dilekçesinde, davalılar arasında “M.A.C Özel Güvenlik ve Eğitim Hiz. Ltd. Şti-U... Özel Güvenlik ve Koruma Hiz. Ltd. Şti. Adi Ortaklığı” gösterilmiştir. Ne var ki, söz konusu adi ortaklığın tüzel kişiliği ve dolayısıyla taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Adi ortaklığı oluşturan tüzel kişilerin ayrı ayrı davalı olarak gösterilmesi ve taraf teşkilinin sağlanması gereklidir. Eldeki davada, davalı tarafın yanlış gösterilmesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/4. maddesi uyarınca, kabul edilebilir bir yanılığa dayanmakta olup, bu halde, davacı tarafa, adi ortaklık yerine, davalıları “... Özel Güvenlik ve Eğitim Hiz. Ltd. Şti.” ve “... Özel Güvenlik ve Koruma Hiz. Tic. Ltd. Şti.” şeklinde düzelterek değiştirilmesi için uygun süre verilmeli, neticeye göre taraf teşkili sağlanarak davaya devam edilmelidir.”, Yargıtay 22. HD.,24.01.2017 T., 2017/478 E., 2017/813K., Konuya ilişkin diğer bir Yargıtay

Hizmet tespiti davaları ile ilgili diğer bir önemli husus da arabuluculuktur. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile birçok uyuşmazlıkta zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Ancak arabuluculuk, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlemler bakımından elverişlidir. Kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olmalarının zorunluluğu karşısında, 5510 sayılı Kanunun 92/5. maddesi gereğince sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek mümkün olmadığından sigortalılığın tespit edildiği davalarda arabuluculuk kabul edilemez⁴⁴.

D. Deliller

İş ve sosyal güvenlik hukukunda re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı, bu kapsamda zengin bir içtihat birikiminin olduğu ilk alan, sosyal güvenlik hukukudur⁴⁵. Sosyal güvenlik alanındaki bu yargısal denetimde kamu yararı da ön plana çıkmaktadır⁴⁶. Yargıtay içtihatlarında da kabul edildiği üzere, hizmet tespiti davası kamu düzenini

kararı için bkz. *"Husumet yargılamanın her safhasında mahkemece resen nazara alınması gereken bir husustur. Adi ortaklıkta adi ortakların birlikte davalı gösterilmesi gerekir."*, Y.9. HD., E. 2007/8892, K. 2007/17995, T. 05.06.2007, https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay_Bilgi_BankasIstemciWeb/, E.T.18.02.2019; Benzer nitelikli kararlar için bkz. Y.10. HD., E. 2015/15399, K. 2015/18306, T. 02.11.2015, BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları, İstanbul 2017, s.193-194; Yargıtay'ın mecburi dava arkadaşlığında tarafları eksik gösteren davacının bunu tamamlaması halinde esasa girilmesine yönelik kararları yerinde bulunmaktadır. Konu hakkında AYDIN. s. 654 vd.

⁴⁴ AKPULAT, s. 354-355.

⁴⁵ Sigortalılığın hükmen tespitine ilişkin 5510 sayılı Kanundaki hüküm, 506 sayılı Kanundaki hükümle benzer nitelikte olduğundan, Yargıtay'ın geçmiş döneme ilişkin kararlarının yeni dönemde de geçerliliğini koruyacağı ifade edilmektedir. Konu hakkında bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 265.

⁴⁶ AKPULAT, s. 242.

ilgilendirdiğinden re'sen araştırma ilkesi geçerlidir⁴⁷. Bu davalarda çalışma olgusunun ortaya çıkması için hâkim, özel bir duyarlılıkla davayı yürütmelidir⁴⁸.

Sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından dolayı, bu davalarda işverenin kabulü ya da davacı tarafın feragati tek başına hükme etkili olmaz. Hâkim, kabul ya da feragate rağmen delilleri değerlendirmek sureti ile karar verir⁴⁹. Ancak bu davaların takipsiz bırakılması mümkündür⁵⁰. İşçilik hakları ile ilgili davalarda

⁴⁷ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 281; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 273; AKPULAT, s.242; BOZKURT, s.356; GÜNAY, s.623; ARAP, s. 155-161; Hizmet tespiti davalarının re'sen araştırma ilkesine tabi olduğu yönündeki örnek niteliğindeki Yargıtay kararı için bkz. "...Mahkemece, bozma sonrasında davacı avukatının yargılama sırasındaki beyanı da dikkate alınarak ve hizmet tespiti davalarının resen araştırma ilkesine tabi olduğu hususu göz ardı edilerek...", Y. 10. HD., E. 2014/17266, K. 2014/23288, T. 10.11.2014, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.02.2019; Benzer nitelikteki kararlar için bkz. 10. HD., E. 2016/15667 K. 2017/1332 T. 21.2.2017; 10. HD., E. 2012/7216 K. 2012/21093 T. 09.11.2012; 10. HD., E. 2013/1437 K. 2013/16287 T. 16.9.2013; 10. HD., E. 2016/4952 K. 2016/6670 T. 26.4.2016; 10. HD., E. 2016/4957 K. 2016/7623 T. 9.5.2016; 10. HD., E. 2015/15122 K. 2015/17777 T. 26.10.2015; 10. HD., E. 2015/19116 K. 2015/22274 T. 15.12.2015; 10. HD., E. 2015/14217 K. 2015/16601 T. 12.10.2015; 10. HD., E. 2016/1074 K. 2016/11809 T. 29.9.2016, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.02.2019.

⁴⁸ "Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 79/10. ve 5510 sayılı Yasa'nın 86/9. maddeleri bu tip hizmet tespiti davaları için özel bir ispat yöntemi öngörmemiş ise de, davanın niteliği kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir.", Y. 21. HD., E. 2014/8915, K.2015/5843,T.23.03.2015,<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.18.02.2019.

⁴⁹ UŞAN, s.163; GÜNAY, s. 624.

⁵⁰ "Yapılan açıklamalarda da görüleceği üzere, davadan feragat nedeniyle davanın reddi kararı ile, davanın takipsiz bırakılması durumunda verilen davanın açılmamış sayılması kararı sonuçları itibariyle tamamen birbirinden farklı kararlardır. Davadan feragat halinde kesin hükmün hukuki sonuçları doğuracağından hakkın özünden vazgeçilmekte, artık Anayasal hak ve yükümlülük olan Sosyal Güvenlik hakkının mahkemeler önünde ileri sürülme imkânı ortadan kalkmaktadır. Buna karşın 506.sayı Kanunun 79.maddesine göre hizmet tespiti davasının açılması için öngörülen 5 yıllık sürenin geçirilmemesi koşuluyla, açılmamış sayılmasına karar verilen bu tür davaların her zaman yeniden açılabilme imkânı mevcuttur. Feragat nedeniyle davanın reddi kararının aksine, kesin hüküm oluşturmaz. Dolayısı ile hizmet tespiti davasından feragat edilmeme kuralı ile bu tür davaların takipsiz bırakılması durumunda açılmamış sayılması gerektiği kuralı birbiri ile çelişmemektedir. Aksi düşünülse idi, Yerel Mahkemenin de işlem den kaldırma yönünde ara kararı vermemesi gerekirdi. Hal böyle olunca, davadan feragat ile davanın açılmamış sayılması müesseselerinin birbirinden tamamen farklı müesseseler olması, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi halinde kanunlarda öngörülen süreler içerisinde her zaman yeniden dava açılabilmesinin olanaklı bulunması, HUMK.m.409'da açıklanan kuralın emredici bir kural olması ve kanunlarda açıkça bir istisna getirilmemiş olması nedeniyle iki defadan fazla takipsiz bırakılan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devam edilerek davanın esas tan sonuçlandırılması doğru görülmemiştir. Bu durumda, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve

kesinleşen hükümler, hizmet tespiti davasında sadece kuvvetli delil olarak değerlendirilir⁵¹. Bu davalar, söz konusu davalarda taraf sıfatı bulunmayan Kurum yönünden bağlayıcı nitelik taşımaz⁵².

Hizmet tespiti davasında davacı, davalı işyerlerinde sosyal sigorta ilişkisi doğuracak şekilde çalıştığını ispat etmek zorundadır⁵³. Tespit davası açılabilmesi için tespiti istenen döneme ilişkin çalışmanın, işçi sıfatıyla geçmiş olması, bu sürelerin fiilen çalışılmış olması ya da çalışılmış sayılması da gerekir⁵⁴. İşe giriş bildirgesinin neden verilmediği, davada yeterince araştırılmalıdır⁵⁵.

Hâkim, tarafların getirdiği delillerle bağlı olmaksızın sigortalılık ilişkisinin ortaya çıkması için her türlü araştırmayı yapar⁵⁶. Yargıtay, tanığın aynı dönemde aynı işyerinde davacı ile birlikte çalışmış kayıtlı işçilerden olmasını arar⁵⁷. Bu tanığa, bordro tanığı denilir⁵⁸. Bu kişilerin tanıklığı sağlanamadığı takdirde tanıkların, komşu işyeri çalışanı olması aranır⁵⁹. Komşu işyerleri, zabıta marifeti ile belirlenebilir⁶⁰. Komşu işyeri tanıklarının bulunmaması halinde bile komşu işyerlerinde benzer işi yapan işlerle uğraşan işveren ve bu işverenlerin resmi kayıtlarına geçmiş çalışanları tespit edilmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır⁶¹.

yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”, YHGK, E 2008/21-21, K. 2008/222, T. 05.03.2008, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.02.2019.

⁵¹ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar hakkında bkz. “Hizmet tespiti istemi yönünden işçilik alacakları dava dosyası güçlü delil niteliğinde olup kesin delil niteliğinde değildir. Somut olayda; Mahkemece işçilik alacağı dava dosyası içeriğinde yer alan belge ve kayıtlar esas alınmak suretiyle sonuca gidildiği anlaşılınca buna göre kesinleşmiş işçilik alacağı ilamının hizmet tespiti davasında tek başına esas teşkil edemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.”, Y. 21. HD., E. 2016/19742, K. 2018/2740, T. 22.03.2018, Y. 10. HD., E. 2013/3256, K. 2013/4180, E.T. 07.03.2013, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi_BankasistemciWeb/, E.T. 18.02.2019.

⁵² BOZKURT, s. 356.

⁵³ ARICI, s. 482; BULUT, s. 250.

⁵⁴ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 265.

⁵⁵ Y. 21. HD., E. 2015/4718, K. 2015/22528, T. 15.12.2015, BERBEROĞLU/ YENİPİNAR, s. 222-223.

⁵⁶ AKPULAT, s. 242; BOZKURT, s. 356; GÜNAY, s. 629.

⁵⁷ Y. 21. HD., E. 2011/7016, K. 2013/10, 14.01.2013 T., https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi_BankasistemciWeb/, E.T.15.03.2019.

⁵⁸ Y.22. HD., E. 2015/12006, K. 2016/1102, T. 04.02.2016, BERBEROĞLU YENİPİNAR, s.192-193.

⁵⁹ BOZKURT, s. 358; GÜNAY, s. 631; BULUT, s. 255.

⁶⁰ Y. 21. HD., E. 2015/14900, K. 2015/18828, T. 20.10.2015, karar için bkz. BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları, İstanbul 2017, s. 221-222.

⁶¹ Konu hakkında Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar hakkında bkz. “Mahkemece yapılacak iş, davacının çalıştığını iddia ettiği dönem kapsayan dönem bordroları davalı Kurum'dan celbedilerek davalı işyerine ait dönem bordrolarından re'sen seçilecek tanıkları dinlemek, davalı işyerinin 506 sayılı Yasa kapsamına alınma tarihi ile tespiti istenen dönem içerisinde Kurum müfettişlerince

Çalışma olgusunun ispatında eşdeğer delille ispat aranır. Ancak işveren bordro düzenlememiş, sigortalının imzasını taşıyan herhangi bir kayda dayanmıyorsa, sigortalı iddiasını yazılı olduğu kadar sözlü olarak da ispatlayabilir. Sigortalının, işverenin belgeleri düzenlemediği ve kuruma vermediğini kanıtlaması gerekmez⁶². Sigortalı davasını mutlaka resmî belge ile kanıtlamak zorunda olmamakla birlikte, eşdeğerdeki delille kanıtama ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır⁶³. Denetim elemanlarına ait tutanak ve raporlar da hizmet tespiti davasındaki en önemli deliller arasında yer alır⁶⁴.

E. Hak Düşürücü Süre

Tespit davası için son şart, hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde hizmet tespiti talebiyle mahkemeye başvurulmuş olmasıdır⁶⁵. Beş yıllık süre

yapılan bir inceleme olup olmadığı sorulmalı, gerek görüldüğü takdirde Kurumdan sorulmak suretiyle veya zabıta araştırması ile tespit edilecek komşu işyerlerinde benzer işi yapan işlerle uğraşan işverenler veya bu işverenlerin resmi kayıtlarına geçmiş çalışanların beyanlarına başvurmak, davacı tarafın bildirdiği tanıkları celbederek dinlemek ve diğer delilleri araştırmak, çalışma olgusunu tarih ve nitelik olarak netliğe kavuşturmak, hizmet akdinin unsurları olan ücret olgusu üzerinde durmak, ücret ödemesine dair delil ve belgeleri araştırmak, davanın nitelikçe kamu düzenini ilgilendirdiği nazara alınıp araştırma genişletilerek tüm deliller birlikte değerlendirilip, sonucuna göre karar vermekten ibarettir.”, Y.21.HD., E. 2014/3625, K. 2014/5037, T. 17.03.2014, Y. 21. HD., 15.01.2013 T., 2011/7817 E., 2013/240 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.15.03.2019; Y. 10. HD., E. 2015/3927, K. 2015/7824, T. 27.04.2015, karara karşı oyda muhalif üye bu durumda soyut tanık beyanları ile karar verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Karar için bkz. AYDIN, s.632-633.

⁶² BOZKURT, s. 359.

⁶³ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 273.

⁶⁴ BULUT, s. 255.

⁶⁵ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 268; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 277; BOZKURT, s. 358; AYDIN, s. 636; GÜNAY, s. 627; ARAP, s. 73-75; Beş yıllık sürenin Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, ancak Anayasa Mahkemesi, bu başvuruyu reddetmiştir. Konu hakkında bkz. Anayasa Mahkemesi 26.01.2011 T., 2008/109 E., 2011/25 K. nolu Kararı, karar için bkz. RG. 02.04.2011/27893.

hak düşürücü süredir⁶⁶. Yargıtay da beş yıllık sürenin hak düşürücü süresi olduğu kanaatindedir⁶⁷. Süre kişinin çalıştığı yılın sonundan başlar⁶⁸. Ancak mülkiyet benzeri bir hak olan sosyal güvenlik hakkının, yasada açık bir hüküm olmamasına karşın hak düşümü süresine tabi tutulması çalışanların yeterli korumadan mahrum bırakıldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir⁶⁹.

Süre, hak düşürücü süre olduğundan kesilmesi ya da durması söz konusu olmaz. Kesintili çalışma halinde hak düşürücü süre işlediğinden aynı işyerine girilse bile ilk çalışmanın bittiği tarihten itibaren beş yıl geçmişse önceki sürelerin tespiti amacı ile dava açılmaz⁷⁰. İşe giriş bildirgeleri, kural olarak sigortalının imzasını da içermelidir. Sigortalı, bildirgeyi hile, hata veya manevi baskı altında imzaladığını ileri sürmemiş veya imzanın kendisine ait olmadığını söylememiş ise, işe giriş bildirgesinin verildiği tarihten önceki çalışmalar, hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde mahkemeye başvurulmazsa hak düşürücü süreye uğrar⁷¹.

⁶⁶ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 270; ARAP, s. 82; Makul bir hak düşürücü sürenin kabul edilmesinin yıllar öncesine ilişkin delillerin toplanmasında, davanın ispatında zorluklar yaşanacağından bu keyfiliğin önlenmesi açısından makul bir hak düşürücü sürenin olması gereği düşünülmektedir. Konu hakkında bkz. GÜNAY, s.625. Aksi yönde ise tespit davalarına ilişkin 5 yıllık dava açma süresinin hak düşürücü süre değil zamanaşımı süresi olduğu yönündeki görüş için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 278.

Yargıtay'ın hizmet tespiti davaları için davanın açılması için öngörülen sürenin hak düşürücü süre olduğu yönündeki örnek bir karar için bkz. *"...Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanunun geçici 7/1'inci maddesi uyarınca uygulama alanı bulan mülga 506 sayılı Kanunun 79'uncu maddesidir. Anılan maddenin 10'uncu fıkrası(eski 8) hükmüne göre; Kuruma bildirilmeyen veya Kurumca tespit edilemeyen çalışmaların, sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesi amacıyla açılacak davaların, tespiti istenen hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde açılması gerekir. 506 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte beş yıl olan hak düşürücü süre 09.07.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3395 sayılı Kanunla on yıla çıkarılmış, ancak 07.06.1994 tarihinde yürürlüğe giren 3995 sayılı Kanunla tekrar beş yıla indirilmiştir..."*, Y. 10. HD., E. 2011/1135, K. 2011/2533, T. 01.03.2011, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.02.2019.

⁶⁸ UŞAN, s. 162; SÖZER, s. 477; BULUT, s. 251.

⁶⁹ SÖZER, s. 476; Söz konusu sürenin zamanaşımı süresi olarak yorumlanmasının sosyal güvenlik hakkının korunması amacına uygun düşeceği hakkında bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 278.

⁷⁰ UŞAN, s. 162. Yargıtay'ın eski uygulaması ise aksi yönde idi. Aynı işyerine 5 yıl geçmeden girmesi durumunda eski sürelerin tespitinin yapılabileceği kabul edilmekte idi. Konu hakkında bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 279-281.

⁷¹ Y. 21. HD., E. 2014/6010, K. 2014/9621, T.09.11.2004, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBanKasilstemciWeb/>, E.T.15.03.2019. Kararda, *"Ancak, işe ilk giriş bildirgesindeki imzanın davacıya ait olmadığını saptanması halinde diğer deliller hep birlikte değerlendirilerek çalışmanın tespitine karar verilebilir."* şeklinde görüş belirtilmekle imza incelemesi yapılmak sureti ile imzanın davacıya ait olmadığı durumlarda ise hak düşürücü sürenin söz konusu olamayacağı da ifade edilmektedir.

İşçilik, müfettiş raporları ile tespit edilmiş, asgari işçilik tespiti yapılmış, işverenin sigorta primini kestiğini gösteren ücret tediye bordrosu mahkemeye sunulmuş, işveren tarafından işe giriş bordrosu verilmiş, ancak sigorta primi SGK'ya ödenmemiş ise ya da işçilik haklarına dair kesin hüküm niteliğinde olan bir mahkeme kararı olduğunda hizmet tespiti davasında sürenin geçtiği kabul edilmez⁷².

6. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Hizmet tespiti davasında görevli mahkeme, uyuşmazlığın 5510 sayılı Kanunun uygulanmasından doğması nedeniyle Kanunun 101. maddesine göre belirlenir. Bu doğrultuda iş mahkemesi, hizmet tespiti davalarında görevlidir⁷³. 7036 sayılı Kanunun 5/1-b maddesi gereğince 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara iş mahkemelerinin bakması öngörülmektedir.

5521 sayılı Kanunda 6552 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce Kuruma karşı açılacak davalarda yetkili mahkemelerin belirlenmesinde sorunlar yaşanmıştır⁷⁴. Ancak 6552 sayılı Kanunla Kurum davalı olmaktan çıkarılıp ferî müdahil haline getirildiğinden, 7036 sayılı Kanunun iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme; davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir⁷⁵. Hizmet tespiti davasında, birden fazla davalı var ise davalılardan birinin ikametgâhında dava açılabilir⁷⁶.

III. TARAFALAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN TESPİTİ

A. Genel Olarak Adi Ortaklık Sözleşmesi ve İş Sözleşmesi

Adi ortaklık sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre adi ortaklık sözleşmesi; iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Diğer bir anlatımla, kural olarak herhangi bir şekle tabi olmayan sözleşmesel bir ilişki olmak üzere tüzel kişiliği bulunmayan, en az iki gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelmesi ile kurulabilir⁷⁷.

⁷² ERTÜRK, s. 477; BOZKURT, s. 359; UŞAN, s. 162; SÖZER, s. 478; AYDIN, s. 637; GÜNAY, s. 627.

⁷³ AYDIN, s. 655; ARAP, s. 96-98.

⁷⁴ AYDIN, s. 656.

⁷⁵ ARAP, s. 107; Konu hakkında geniş bilgi ve 5521 sayılı Kanun dönemindeki kararlar için bkz. AYDIN, s. 655-659.

⁷⁶ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 285; BULUT, s. 251; ARAP, s. 98-102.

⁷⁷ BADAĞ AYBAR, Zehra: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler ve Değişiklikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12 Sayı:24 Güz 2013/2, s. 127-147, s. 128.

Adi ortaklığın bir sözleşme olması nedeniyle, tarafların ortaklık kurma niyetiyle oluşan iradelerini birbirlerine yönelmeleri, açık veya örtülü olmak üzere dışa vurmaları gerekir⁷⁸. Adi ortaklık sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi yaratan niteliğe sahip olup, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme değildir⁷⁹. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmamasının nedeni, sözleşme taraflarının menfaatlerinin birbirine zıt olmayıp bilakis ortak menfaate ulaşmak amacıyla aynı yönde olup, birlikte borç altına girmeleridir⁸⁰. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler, adi ortaklıkta uygulanabilme imkânı bulmaz. Ancak ortak sayısının iki olması halinde katılım payı açısından ödemelik definin ileri sürülebilmesi mümkündür⁸¹.

Adi ortaklık sözleşmesinin aynı bir sözleşme olmaması nedeniyle, sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için ortakların kendilerine düşen katılım payını ifa etmemiş olmaları, sözleşmenin kurulmuş sayılmasını engellemez⁸². Adi ortaklık sözleşmesi, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe, herhangi bir şekle tabi olmaksızın yapılabilir⁸³. Devri kanunen resmi şekle tabi bazı değerlerin adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesi söz konusu ise sadece sermaye maddesinin resmi yazılı şekilde düzenlenmesi gerekir⁸⁴.

Adi ortaklığa ilişkin tanımdan hareket edildiğinde, adi ortaklık sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için şu unsurlara sahip olması gerekir; sözleşme, kişi, amaç, katılım payı, müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma⁸⁵. Tanımdan anlaşılacağı üzere, adi ortaklığın bir sözleşme olduğu, kişilerin bir araya gelmesi, katılım payı olarak emek yahut mal konulabilmesi, ortak amaç unsurları vurgulanmaktadır⁸⁶.

⁷⁸ BARLAS, s. 51; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 45; PULAŞLI, s. 14; ŞENER, s. 5.

⁷⁹ PULAŞLI, s. 13; ŞENER, s. 3, 4.

⁸⁰ PULAŞLI, s. 13; ŞENER, s. 4.

⁸¹ ŞENER, s. 5.

⁸² ŞENER, s. 3.

⁸³ PULAŞLI, s. 13, 22; ŞENER, s. 5; BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, 4. Basım, Bursa 2015, s. 22; BAHTİYAR, s. 27; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 45.

⁸⁴ PULAŞLI, s. 14; ŞENER, s. 10; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 46; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22.

⁸⁵ POROY, Reha (Tekinalp/Çamoğlu): Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 40; PULAŞLI, Hasan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016, s. 12.

⁸⁶ KÜRŞAT, Zekeriya: Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İÜHFMD, C. LXX, S. 1, s. 301 - 318, 2012, s. 303.

İş sözleşmesi ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlenmiş olduğu sözleşmedir⁸⁷. İş sözleşmesi iş, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmakla birlikte, bağımlılık unsuru bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır⁸⁸.

⁸⁷ İş sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 73 vd.; ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s. 73 vd.; ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978. s. 126; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, 145-157; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 301; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015, s. 27; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 231-240; KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008. s. 202 vd.; GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2013, s. 190 vd.; ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 523 vd.; CANBOLAT, Talat: "4857 sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri", 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016, s. 28.

⁸⁸ Bağımlılık unsuru, Anayasa Mahkemesinin 1967 tarihli bir kararından (AYM, 26-27.9.1967, 336/29, RG, 19.10.1968, S. 13031) bu yana iş sözleşmesini, diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran bir unsurdur. İlk kez Anayasa Mahkemesinin bu kararında yer alan bağımlılık unsuru, İş Kanununun 8. maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesine ilişkin kısmında yer almıştır; Bağımlılık unsuru hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜZEL, Ali: "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Denetleme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 96 vd.; Esener, s. 69; SÜMER, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Yıl 5, Sayı 19, s. 63-73; BAŞTERZİ, Süleyman: "Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s. 178 vd.; TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 69; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 310-318; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 150-156; SÜZEK, s. 233-239; EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 26; SENYEN KAPLAN, s. 53-54; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, İstanbul 2016 s. 124; DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2016; ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 58; YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul 2012, s. 390; YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 39-42; İş sözleşmelerinin diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran en önemli özelliğinin "bağımlılık unsuru" olduğu pek çok Yargıtay kararına konu olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir olaya ilişkin verilen karara bakacak olur isek, "...Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, hizmet aktinin ayırt edici ve belirleyici özelliği, "zaman" ile "bağımlılık" unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise her an ve durumda çalışana denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene taniyan,

B. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Tespitine İlişkin Öneriler

1. Tacir Sıfatı ve Ticaret Unvanı

Adi ortaklıkta ortaklar şartların mevcudiyeti halinde, tacir sıfatına sahip olurlar. Tacir sıfatından bahsedebilmek için bir ticari işletmenin mevcut olması ve ticari işletmenin kısmen de olsa o kişi adına işletilmesi gerekmektedir⁸⁹. Bu iki şartın mevcudiyeti halinde ilgili kişi tacir sıfatını kazanabilecektir. Ticari işletme şirket işlerini yöneten ortak tarafından kısmen kendi adına kısmen de diğer ortaklar adına işletildiğinden, bir ticari işletmeyi işletmek amacıyla adi şirket sözleşmesi şeklinde bir araya gelen ortakların tümü tacir sayılır⁹⁰. Adi ortaklıkta yer alan her ortağın ticari işletmeyi kendi adına ayrı ayrı ticaret siciline tescil ettirmesi gerekir. Ortakların ortak bir ticaret unvanı altında faaliyette bulunması mümkün olmayıp, adi ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulması halinde her biri ayrı ayrı tacir sayılan ortakların kendi ad ve soyadından oluşan bir ticaret unvanı alarak ticaret siciline tescil ettirmeleri gerekir⁹¹. Aynı zamanda bu unvana "ortakları" ibaresini ekleyebilmelerine de bir mâni yoktur⁹². Ortaklığın ticaret sicili, vergi dairesi ve kurum kayıtlarında mevcut olup olmadığı taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti noktasında faydalı olabilir. Dolayısıyla hizmet tespiti istenen kişi tarafından tescil ettirilmiş bir ticaret unvanının bulunması ya da alınmış

çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır...", Y.HGK., 05.02.2014, E. 2013/10-2280, K. 2014/65, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 01.09.2019. "...818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 313/1 maddesinde hizmet sözleşmesi; "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermediği taahhüt eder." şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda sadece hizmet ve ücret unsurları belirginken, 4857 sayılı yeni İş Kanununda, daha önce Anayasa Mahkemesi ve öğretinin de kabul ettiği gibi "bağımlılık" unsuruna da yer verilmiştir...", Y. 10. HD., 15.04.2014, E. 2014/ 3068, K. 2014/8788, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 4.8.2015; Aynı yönde benzer kararlar için bkz. Y. 22. HD., 28.02.2014, E. 2014/ 3432, K. 2014/4317; Y. 22. HD., 21.02.2014, E. 2013/ 5135, K. 2014/3338; Y. 7. HD., 20.02.2014, E. 2013/ 16395, K. 2014/4192; Y. 9. HD., 21.01.2014, E. 2011/ 50648, K. 2014/775; Y. 10. HD., 02.06.2014, E. 2014/7502, K. 2014/13563, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 1.9.2019.

⁸⁹ ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s. 114, 115; SUMER, Ayşe: Ticaret Hukuku, İstanbul 2015, s. 26; ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer, KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016, s. 258 vd.; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2015, s. 128 vd.; AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Rıza: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Ankara 2015, s. 203 vd.; BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Bursa 2014, s. 79 vd.

⁹⁰ SUMER, s. 27; BAHTIYAR, s. 28; ARKAN, s. 115; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 259.

⁹¹ ARKAN, s. 257; PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 21; SUMER, s. 45; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 394, 395.

⁹² ARKAN, s. 257; ŞENER, s. 21; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 395.

bir vergi levhasının mevcut olması, aradaki ilişkinin ortaklık ilişkisi olarak değerlendirilmesine sebep olabilir.

2. Ücret

Ücret, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir⁹³. Dolayısıyla ücret söz konusu olmaksızın, iş sözleşmesinin varlığından bahsedilemez⁹⁴. İş sözleşmesinde ücret, işçinin iş görme borcu karşısında yer alan, işverenin asli borçları arasındadır⁹⁵. İş Kanunu'nun 32. maddesine göre; "Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır". Ancak ücret, sigortalı olmanın bir unsuru olarak kabul edilmemektedir⁹⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 401. maddesinde işverenin, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde

⁹³ SÜZEK, s. 232; AKYİĞİT, s. 126; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 306; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 58.

⁹⁴ AKYİĞİT, Ercan: İhtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara 2008, s. 1476, 1480; SÜZEK, s. 232; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 307, 557; "...İş sözleşmesinin varlığı için gerekli ikinci unsur "ücret" olup, bu unsur iş sözleşmesinin esaslı öğelerindedir. Bir işin görülmesi, karşı tarafın ücret ödemeyi vaat etmesi karşılığında olur. Bu nedenden ki, ücret karşılığı olmadan yapılan çalışmalar iş sözleşmesi sayılmaz. Burada hemen belirtelim ki, ücret miktarının açıkça kararlaştırılması gerekli olmayıp, işin bir ücret karşılığı yapılacağına gerekli ve olağan görüldüğü hâllerde ücret kararlaştırılmış sayılır...", YHGK, E. 2015/9-3561, K. 2018/77, T. 24.1.2018, Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.02.02.2019; 5510 s. Kanun'a göre sigortalılık niteliğinin kazanılabilmesi için ücret unsuru önemli değildir, bkz. m. 82/2.

⁹⁵ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 292; SÜZEK, s. 362; AKYİĞİT, Şerh, s. 1476; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 129; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 307; AKYİĞİT, s. 126; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 478; ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 2148; ÇOPUROĞLU, Çağlar: Ücret ve Korunması, Ankara 2013, s. 11; EVREN, Öcal Kemal: İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007, s. 21; "İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır", Y. 22. HD., E. 2016/23515, K. 2017/28384, T. 11.12.2017, Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.05.02.2018.

⁹⁶ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar hakkında bkz. "Bilindiği gibi çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla sigortalı olurlar (506 SK. m. 6, 5510 SK. m.7/a). maddenin "çalıştırılanlar" sözüne yer verip, aksine, hizmet akdi ile çalıştırılanlar ifadesine yer vermemesi karşısında, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmiş ise ücret koşulu gerçekleşmese de, kişi, sigortalı sayılmalıdır. Gerek (mülga) 506 sayılı Kanununun 78/2. maddesinde, gerek ise 5510 sayılı Kanununun 82/2. maddesinde günlük kazanç sınırları düzenlenirken "ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanır." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde, maddenin, ücretsiz çalışanların prim kesintilerinin belirlenmesi amacıyla kaleme alınmış olduğu belirtilmektedir.

belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Adi ortaklıkta, ortaklar arasında kural olarak, bir ücret ödenmesi söz konusu değildir. Ancak yükümlü olmadığı halde şirket işleri nedeniyle emek harcayan ortak, hakkaniyet gereği karşılık olarak ücret isteyebilir⁹⁷. Aynı zamanda sözleşmede kararlaştırılması halinde yönetici ortağın ücret isteme hakkı da mevcuttur⁹⁸. Buradaki ücret, iş sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli olan ücret unsurundan farklıdır. Zira adi ortaklıkta ücret ödenmesinin sebebinin diğer ortaklardan farklı olarak yükümlü olmadığı halde şirket işleri nedeniyle emek harcamak ya da yöneticilik yapmak oluştururken, iş ilişkisinde bağımlı olarak iş görme edimini yerine getirmek oluşturur. Taraflar arasındaki hukuki ilişki tespit edilirken ücret ödenip ödenmediğine ilişkin işyerine ait bordrolar incelenebilir. Aynı şekilde banka kayıtlarından ücret niteliğinde bir ödemenin yapılıp yapılmadığı kontrol edilebilir. Ancak bu ücretin, iş sözleşmesini meydana getiren ücret olarak mı ödendiği, yoksa adi ortaklık sözleşmesinde ücret ödenmesine imkân veren durumlar için mi yapıldığı incelenmelidir. Zira şirket işleri nedeniyle emek harcayan ortağa ödenen ücret, ne aradaki hukuki ilişkiyi iş sözleşmesi ne de ortağı işçi yapacaktır. Bu nedenle tek başına ücret ödenmiş olması, aradaki hukuki ilişkiyi tespit açısından tek başına yeterli değildir.

3. Bağımlılık

Özünde bir sözleşme olan adi ortaklığın meydana gelebilmesi için en az iki kişinin mevcut olması gerekir⁹⁹. Şahıs ortaklığı olması nedeniyle en önemli unsur, birbirini tanıyan ve güvenen, eşit ve aynı durumda olan ortaklardır¹⁰⁰.

506 sayılı Kanunda ve 5510 sayılı Kanunda hizmet akdine dayalı çalışmanın ücretsiz de olabileceğinden söz edilmesinin nedenine gelince, 506 sayılı Kanunun ve 5510 sayılı Kanunun sistematiği dikkate alındığında, yasa koyucunun, Sosyal Sigortalar Kanunu bakımından ücreti hizmet akdinin zorunlu bir unsuru olarak öngörmediği, bu anlamda, 506 sayılı Kanunda ve 5510 sayılı Kanunda anılan hizmet akdinin, Borçlar Kanununda tanımlanan şekliyle hizmet akdine göre özellikler gösteren bir (hizmet) sözleşme biçiminde olduğu söylenebilir. Konu doktrinde de ele alınmış ve ücret almadan yapılan çalışmalarında sigorta kapsamına alınması gerektiği genel olarak kabul görmüştür. ...” , Y. 10. HD., E. 2015/1000, K. 2015/2972, T. 24.02.2015, https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay_Bilgi_BankasIstemciWeb/, E.T: 15.03.2019. Ayrıca karar için bkz. AYDIN, s.639-641.

⁹⁷ POROY/ TEKİNALP (Çamoğlu), s. 58; PULAŞLI, s. 31; BAHTİYAR, s. 32.

⁹⁸ BAHTİYAR, s. 36; PULAŞLI, s. 31.

⁹⁹ ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015, s. 1; BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2008, s. 1; PULAŞLI, s. 17.

¹⁰⁰ ŞENER, s. 1.

Adi ortaklık tüzelkişiliğe sahip olmadığı için ortaklar, ortaklık işlemlerinden dolayı birinci derecede ve müteselsilen sorumludurlar. Bu durum uygulamada ortak sayısının çok olmamasına ve ortaklığın birbirini tanıyan, güvenen kişiler arasında meydana gelmesine yol açmıştır¹⁰¹. Ancak bu durum gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de adi ortaklığa ortak olabilmesine mâni değildir¹⁰².

İş sözleşmesinde işverene karşı bağımlı olarak iş görme edimini yerine getiren işçi söz konusudur¹⁰³. Adi ortaklıkta sözleşme tarafları ortaklar arasında eşitlik söz konusu iken¹⁰⁴, iş sözleşmesinde işverene karşı kişisel ve ekonomik yönden bağımlılık söz konusudur. Bu nedenle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti açısından iş sözleşmesinin baskın unsuru olan bağımlılık unsurunun tespiti önem arz etmektedir. Yargıtay'ın bağımlılık unsuruna ilişkin vermiş olduğu bir karara göre, *"...İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukukî-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukukî bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil etmez. İşçinin işve-*

¹⁰¹ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 40; ŞENER, s. 1.

¹⁰² POROY/ TEKİNALP (Çamoğlu), s. 46; PULAŞLI, s. 17; ŞENER, s. 2.

¹⁰³ EKONOMİ, s. 40 vd.; ÇELİK, s. 33 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 150; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 46; ÇELİK/ CANİKLIÖĞLU/ CANBOLAT, s. 70; AKYİĞİT, s. 64; SÜZEK, s. 141; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 24; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAN, s. 26 vd.; SENYEN KAPLAN, s. 27; GÜNAY, s.165 vd.; CANBOLAT, s. 27, 28; Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar için bkz. *"... bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak tanımlanmıştır. İşçi ve işveren sıfatları aynı kişide birleşemez. Aynı kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasına göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici öğeleridir..."*, Y. 22. HD., E. 2013/19399, K. 2014/1630, T. 07.02.2014, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 25.03.2019; 3008 sayılı Kanunda yer alan işçi tanımına bakıldığında; *"Bir iş akdi dolayısıyla başka bir şahsın işyerinde bedenlen yahut bedenlen ve fikren çalışan kimseye işçi denir."*, burada işçi sıfatının tayininde görülen işin niteliği esas alınmıştır, 1475 sayılı İş Kanununa göre işçi, *"Bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığında çalışan kişiye işçi denir."*, EŞENER, s. 46, 48.

¹⁰⁴ POROY (Tekinalp/ Çamoğlu), s. 25; PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 8.

renin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması ve işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, karar verme özgürlüğüne sahip bulunup bulunmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir...¹⁰⁵.

İş ilişkisinde işçi işverenin talimatlarına göre hareket etmekte, iş süreci ve sonuçları işveren tarafından denetlenmekte ve kontrol edilmektedir. Hâlbuki adi ortaklık sözleşmesinde taraflar alt-üst ilişkisi olmaksızın ortak bir amaca ulaşmak için eşit bir şekilde faaliyet göstermektedir¹⁰⁶. Kontrol ve denetim ise tek taraflı olmayıp bilakis bütün ortaklar birbirini denetim ve kontrol yetkisine sahiptir. Oysa iş ilişkisinde işçi iş görme edimini yerine getirirken işveren tarafından kendisine yetki verilmediği sürece karar verme yetkisine sahip değilken, ortaklar ortaklık amacına zarar vermemek üzere karar verme özgürlüğüne sahiptir. İş ilişkisinde işçinin bizzat inisiyatif kullanarak belirlediği bir çalışma düzeni kural olarak bulunmaz. Çalışma saatlerini belirlemesi, işlerini bu kapsamda herhangi bir talimat almaksızın kendisinin takip edip sonuçlandırması söz konusu değildir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Y. 7. HD., E. 2013/25282, K. 2014/232, T. 14.01.2014, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 17.2.2019. "Otobüs sahibi davacının eşidir ve dosya kapsamından davacının otobüse eşi ile malik olduğu, ancak sadece eşi adına tescil edildiği anlaşılmaktadır. Davacının özel halk otobüsünü eşi ve diğer ortak Ahmet ile birlikte işlettikleri anlaşılmaktadır. Aksi halde sigortasız çalışan birinin kendi eşine karşı uzun yıllar sigortalılık talep etmemesi hukuka aykırıdır. Otobüsün gelir gider ve muhasebe kayıtlarını idare eden davacının kendini sigorta hakkında yoksun bırakması da düşünülemez. Davacının çalışma şekline bakıldığında hizmet akdinin en önemli unsuru olan bağımlılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeni ile davanın reddi yönünde yerel mahkeme kararının onanmasına.", Y. 10. HD., E. 2015/13265, K. 2015/14125, T.07.09.2015, karar için bkz. AYDIN, s. 637-638.

¹⁰⁶ POROY (Tekinalp/ Çamoğlu), s. 25; PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 8.

¹⁰⁷ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı hakkında bkz. "Somut olayda yukarıdaki esaslara göre davacının mali müşavir olarak çalıştığı, davalı şirkete ve diğer şirketlere muhasebe ve mali müşavirlik hizmeti verdiği ve bu işyerlerinde ki çalışmasını işverenin yönetim ve sorumluluğu altında ve onun kontrolü içinde sürdürmediği, kendisine verilen iş ve işlemleri aldıktan sonra, kendi belirlediği iş organizasyonu ve çalışma programı içerisinde, işverenin çalışma dönemi, mesai ve iş konusunda herhangi bir talimatı olmadan takip edip sonuçlandırdığı, belirlenen herhangi bir çalışma saatinin olmadığı, işverenin davacı üzerinde denetim olgusunun olmadığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasında yapılan imzalanmış bulunan 31.12.2002 tarihli protokolle muhasebe işlerini yapması karşılığında %30 payın davacıya devrinin verilmesi yönünde ki anlaşma karşısında aralarında normal işveren-işçi ve ücret ilişkisinin olmadığı belirlenmiştir. Davacı tanıklarının her ne kadar dava konusu ihtilaf dönemin yalnızca bir kısmına ilişkin tanıklık ettikleri anlaşılrsa da, buna göre davacının ayrı muhasebe bürosunun olduğu başka ticari şirketlerin muhasebe işlerine baktığına dair beyanları mevcuttur. Taraflar arasındaki bu ilişkide iş sözleşmesi unsurları olan bağımlılık, işi görme ve ücret unsurları gerçekleşmemiştir. Davacının davalıya ait işyerine bağımlı olmadan kendi inisiyatif alabileceği bir çalışma düzeni olduğu anlaşıldığından taraflar arasında iş akdi yoktur. Bu halde taraflar arasındaki hukuki ilişkide iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan hukuki

Bağımlılık ilişkisinin tespiti açısından kâr ve zarara katılmanın da önemli bir ölçüt olarak değerlendirilmesi gerekir. İşçilerin, işyerinin zarar etmesi halinde zarara katlanma gibi bir yükümlülükleri olmamakla birlikte şirketin kâr etmesi şartına bağlı olarak prim ya da ikramiye adı altında ödeme almaları mümkündür. Ancak kâra katılma ile işyerinin kâr etmesi durumunda dolaylı olarak bu kârdan ödeme alma halleri birbirinden farklıdır. Örnek vermek gerekirse ücret ekleri arasında yer alan prim işçinin çalışmasının nitelik ve nicelik bakımından başarılı olması halinde, teşvik amacıyla işveren tarafından performans dayalı olarak ödenen, ücrete ek bir ödemedir¹⁰⁸. Prim ödenmesi için iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olması, kararlaştırılmaması halinde de işyeri uygulamasına dönüşmüş olması gerekir¹⁰⁹. Dolayısıyla iş sözleşmesinde işçilere dolaylı olarak ödenen kâr şarta bağlı bir

ve kişisel bağımlılığın varlığından söz edilemeyeceği açıktır.”, Y. 22. HD., E. 2013/7568, K. 2014/13812, T. 21.05.2014, https://muhasebelenler.com/yargitay-kararlarinda-smmm/#_Toc477507269, E.T.15.03.2019.

¹⁰⁸ PREIS, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Verlag C.H.Beck, München 2013, Rn. 395, s. 1458; WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012, Rn. 197, s. 85; FISHINGER, S. Philipp/ RICHARDI, Reinhard: Arbeitsrecht Kommentar, Studinger Praxis Edition, Berlin 2012, § 611, Rn. 779, s. 581; SÜZEK, s. 379; AKYİĞİT, s. 106; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 486; Prim hakkında detaylı bilgi için bkz. KAYIK AYDINALP, Aslıhan: “İş Hukukunda Prim”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2018, S. 36, Y. 9, s. 53-72; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; “...4857 Sayılı İş Kanununun 32. maddesinin ilk fıkrasına göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin eklerinin neler olduğu müstakilen düzenlenmemiş olmakla birlikte, değinilen maddenin ikinci fıkrasındaki “...banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının..” ibaresi gereğince, ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörüldüğünden, “prim” ve “ikramiye” ücretin eki olarak İş Kanununda ifadesini bulmuştur. Prim, işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödemeler şeklinde tanımlanabilir. Prim ödemesinden amaç, işçinin dava verimli bir şekilde çalışmaya özendirilmesidir. Pirimin kişiye özgü olması sebebiyle ikramiyeden farklı olarak prim ödemelerinin genel bir nitelik taşıması gerekmez. Bununla birlikte, işveren tarafından ayırımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece prim uygulaması yönünden de işverenin eşit davranma borcu söz konusudur...”, Y. 7. HD., E. 2015/2788, K. 2016/12030, T. 1.6.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, E.T.25.3.2019.

¹⁰⁹ PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 395, s. 1458; SÜZEK, s. 366; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 136; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 566; WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 300; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. “...Prim uygulaması, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan prim ödemesi “işyeri şartı” niteliğindedir. Her durumda uygulamanın tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması doğru değildir. Prim uygulaması yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 Sayılı Kanun’un 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen primler yönünden değişiklik ise, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş

ödeme olup, primin belirtilen yöntemlerle belirlenmiş olması gerekir. Hâlbuki ortaklık sözleşmesinde ortaklar, ortaklıktan elde edilen kâr ve zararı paylaşmakla yükümlüdürler¹¹⁰. Aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe, katılım payı olarak emeğini sunan ortak da dâhil olmak üzere, kâr ve zararın paylaşılması bakımından ortaklar arasında, katılım payı oranları dikkate alınmaksızın, eşitlik söz konusudur¹¹¹. Ancak bir oranın taraflarca belirlenmiş olması halinde dahi aslan payı olarak nitelendirilen durum adi ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilemez¹¹². Zararın paylaşılması konusunda kanunda ortaklığa katılma payı olarak sadece emeğini koyan ortağın zarardan muaf olacağına ilişkin hüküm yer almaktadır¹¹³. Dolayısıyla kâr ve zarara katılma durumu varsa iş sözleşmesinin değil, adi ortaklık ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir¹¹⁴.

sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder..., Y. 7. HD., E. 2015/6315, K. 2016/6457, T. 16.3.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.3.2019; Konuya yönelik bir diğer Yargıtay kararı için bkz. "...Satis temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleştirilmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler...", YHGK., E. 2016/9-571, K. 2017/1454, T. 29.11.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.3.2019.

¹¹⁰ ŞENER, s. 40; BARLAS, s. 27.

¹¹¹ BAHTİYAR, s. 31; PULAŞLI, s. 28; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 52; ŞENER, s. 41, 42.

¹¹² POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 52; PULAŞLI, s. 19; ŞENER, s. 43.

¹¹³ ŞENER, s. 44; BAHTİYAR, s. 31; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 52.

¹¹⁴ Konu hakkında Yargıtay'ın bir kararı için bkz. "*Davacı; davalı işyerinde çalışmakta iken iş sözleşmesinin haksız olarak fesih edildiğini belirterek ihbar ve kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı; davacı ile aralarında iş sözleşmesi ilişkisinin bulunmadığını, kar zarar ortaklığı şeklinde çalışmanın söz konusu olduğunu savunmuştur. Mahkemece; savunmaya değer verilerek; davacı ile davalı arasında işçi-işveren ilişkisinin bulunmadığı kar-zarar ortaklığı niteliğinde bir hukuki ilişkinin bulunduğu gerekçesi ile davanın esastan reddine karar verilmiştir. Karar davacı tarafça temyiz edilmiştir. Uyuşmazlık; taraflar arasında iş sözleşmesi ilişkisinin bulunup bulunmadığı buna göre iş mahkemesinin görevli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir. İşçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde iş mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir. Somut olayda, davacı ile davalı arasında adi ortaklık ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.*", Y. 9. HD., E. 2010/11131, K. 2010/11839, T. 21.4.2010, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=11594>, E.T.15.03.2019.

Taraflar arasında gerçekte iş sözleşmesi değil, adi ortaklık sözleşmesi olduğunu ortaya koyan durumlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin işyeri kapatılırken müşteri çevresinin paylaşılması, işçi olduğunu ileri süren kişi tarafından aynı işyerinde yeni bir işyeri açılması gibi hususlar, aslında taraflar arasında iş sözleşmesi değil, adi ortaklık ilişkisi olduğunu ortaya koyar¹¹⁵.

4. Katılım Payı

Adi ortaklığı meydana getiren unsurlardan bir diğeri de katılım payıdır. TBK m. 620' ye göre her ortak para, alacak veya başka bir mal ya da emeği ortaklığa katılım payı olarak koymakla yükümlüdür. Katılım payı olarak konulabilecek değerler, düzenlemenin lafzından anlaşıldığı üzere bunlarla sınırlı değildir¹¹⁶. Ortaklardan birinin katılım payı getirmediği bir sözleşme, adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemez¹¹⁷. Ancak burada taahhüdün yapılmış olması önemli olup¹¹⁸, katılım payının sözleşmenin kurulduğu anda ya da daha sonraki bir tarihte ifa edilmesi önemli değildir¹¹⁹. TBK m. 621/2' ye göre, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ortaklar, adi ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte, birbirine eşit katılım payı taahhüt etmiş sayılırlar¹²⁰. Taahhüt edilen katılım payının ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi halinde, katılım payının türüne göre kıyasen uygulanacak hükümler farklılık arz etmektedir. TBK m. 621/3'e göre katılım payını bir şeyin kullanılması oluşturuyorsa adi kira sözleşmesine ilişkin, bir şeyin mülkiyeti oluşturuyorsa hasara, ayıp ve zapttan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır¹²¹. Kanaatimizce katılım payı olarak emeğin

¹¹⁵ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar hakkında bkz. "Mahkemece, her ne kadar davacı adına ...'ya bildirimde bulunulup aynı zamanda prim ödemesi yapılmış ise de, tarafların çalıştığı muhasebe bürosunun davalı üzerine yapıldığı, tüm yapılan işlerde giderler çıktıktan sonra gelir kısmını aralarında paylaştıkları, yasal manada kurulmuş bir hizmet akdinin mevcut olmadığı, dinlenen tanık anlatımlarından da davacının ofise geliş saatleri ortaklık bitince mükellef listelerinin bölüşülmesi, davacının aynı işyerinde kendisine başka bir iş kurmasının da ortada bir adi ortaklık olduğunun varlığını gösterdiği, adi ortaklığın ispatı açısından herhangi bir yazılı veya resmi şekil şartı bulunmadığı, adi ortaklığın sözlü olarak dahi herhangi bir şekilde kurulabileceği, tanıkla dahi ispatının mümkün olduğu, tüm bu anlatılanlar sebebi ile ortada adi ortaklık mevcut olduğundan ortaklar arasında hizmet akdi ilişkisi bulunamayacağından bu sebeple de işçilik haklarının da söz konusu olamayacağından davanın reddine karar verilmiştir.", Y9. HD., E. 2014/37135, K. 2015/714, T. 15.01.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.15.03.2019.

¹¹⁶ BAHTİYAR, s. 30; PULAŞLI, s. 19 vd.; ŞENER, s. 28 vd.

¹¹⁷ ŞENER, s. 27.

¹¹⁸ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 47.

¹¹⁹ ŞENER, s. 27.

¹²⁰ BAHTİYAR, s. 31; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 51; ŞENER, s. 28.

¹²¹ PULAŞLI, s. 25; BAHTİYAR, s. 31; ŞENER, s. 30; BARLAS, s. 48; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 52.

sunulması durumunda da vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır.

Uygulamada şirket ortağı olarak vasıflandırılan kişilere sembolik paylar verildiği zaman zaman görülmektedir. Ancak bu gibi durumlarda eğer iş sözleşmesi unsurlarının varlığı ağırlık kazanıyorsa, iş sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Pay verilerek şirket ortağı olduğu ileri sürülen kişinin, şirket içerisindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret ve ekonomik yaşamını ne şekilde sürdürdüğü birlikte değerlendirilmelidir¹²².

Katılım payı olarak emeğin taahhüt edilmiş olması halinde ise emek karşımıza bedeni ya da fikri çalışma şeklinde çıkabilir¹²³. Sunulan emeğin katılım payı değil, iş görme edimi olduğunun iddia edilmesi halinde taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin özellikle incelenmesi gerekecektir. Emeğini katılım payı olarak sunan ortak emeğini sunarken karar verme özgürlüğüne sahip olmayıp diğer ortaklardan aldığı emir ve talimatlar doğrultusunda hareket ediyorsa, diğer ortakların kontrol ve denetimine tabi oluyorsa, taraflar arasında eşitlikten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ortaklık ilişkisinden bahsedebilmek için tarafların eşit bir katılım ile işin yürütümüne ortak bir şekilde karar vermeleri gerekir. Bu durum sadece katılım payı olarak emek değil, diğer hususların sunulması halinde de mevcut olmalıdır.

¹²² *Konuya ilişkin bir karar için bkz. "Uyuşmazlık; anonim şirket işyerinde çalışan ve %1 pay ile şirket ortağı olan davacının, hukuksal konumu itibarıyla, İş Kanunu'na tabi olup, olmadığı ve buna bağlı olarak işçilik haklarından yararlanıp yararlanmayacağına ilişkindir. Bir kimsenin işçi sayılabilmesi için iş sözleşmesi ile çalışması koşuldur...Buna karşın kendi adına bağımsız çalışıp kazanç sağlayan kişiler ise işçi statüsünde kabul edilemezler. Bu kişiler herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmayan esnaf ve sanatkârlar, kolektif, komandite ve limited şirket ortakları, anonim şirket kurucu ortakları, yönetim kurulu üyeleri gibi kimselerdir. Hukuksal olgu belirtilen şekilde olmakla birlikte, iş hayatında ayrı durumlardan ortaya çıkması mümkündür. Bir kimsenin biçimsel anlamda anonim şirket ortağı gözükmemesine karşın, bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücret, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskınsa bu takdirde salt ortaklık statüsünden hareketle sonuca gidilemez. Hukuksal statüsü belirlenmek istenilen kişinin şirket içerisindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret birlikte değerlendirilerek ekonomik yaşamının ne şekilde sürdürüldüğü ortaya konularak sorun çözümlenir. Somut uyuşmazlıkta, dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacının %1 payının sembolik nitelikte olduğu ve özellikle iş akdinin İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince ihbar tazminatı ödenerek feshedildiği anlaşıldığından, davacının işverene bağımlı, onun denetimi altında ve ücret karşılığı çalışmasının baskın olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda taraflar arasında işçi işveren ilişkisinin varlığı kabul edilmeli ve dosya içeriği değerlendirmeye tabi tutularak davaya konu istekler hakkında bir karar verilmelidir. Yazılı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.", Y. 9. HD. E. 2016/23468, K. 2016/19543, T. 8.11.2016, <http://www.kazanci.com.tr/qunluk/9hd-2016-23468.htm>, E.T.15.03.2019.*

¹²³ YONGALIK, Aynur: Adi Ortaklıklarda Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 53.

Taşınmaz bir malın mülkiyetinin sermaye olarak eklendiği durumlarda, ortaklık sözleşmesinin mevcut olup olmadığı tespit edilirken tapu sicilindeki kayıttan faydalanılabilir. Ancak tapu sicilindeki kayıtlar bile, bazı durumlarda tek başına adi ortaklık sözleşmesinin varlığını ortaya koymaz. Zira ortaklığın işçiyeye ait gayrimenkulde faaliyet göstermesi, ilgilinin aynı yerde iş ilişkisi kapsamında çalışmasına engel olmaz. Özelikle emeğini ortaklığa koyan kişi, ortaklık adına işlem yapmadan hukuki ve kişisel olarak ortaklığa bağlı çalışıyor ise aradaki ilişkinin, iş ilişkisi olduğu kabul edilmelidir¹²⁴.

5. Müşterek Amaç ve Bu Doğrultuda Birlikte Çalışma

Müşterek amaç, adi ortaklığın unsurlarından bir diğeridir. Ortakların müştereken aynı amacı takip etmeleri gerekir¹²⁵. Adi ortaklığın amacının iktisadi nitelik taşımasının zorunlu olup olmadığı ise öğretilerde tartışmalıdır¹²⁶. Ortaklıktaki müşterek amacın ticari işletme işletmek olması da mümkündür¹²⁷. Ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulması halinde, ortaklar tacir sıfatını da kazanacaklardır¹²⁸. Ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulması halinde, adi ortaklığın ticaret siciline tescili gerekli olmayıp, tacir olan ortağın ticaret siciline yazılması adi ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesi gerektiğini göstermez¹²⁹.

¹²⁴ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı hakkında bkz. “Dosya içeriğine göre davacının davalıya ait kuafor salonunda güzellik uzmanı olarak çalıştığı, tanık anlatımlarında davacının işyerine ortak çalıştığı ve 2012 yılından itibaren de işyerinin bulunduğu gayrimenkule yarı oranında ortak olduğunun belirtildiği, ancak davacının ortak olduğuna ilişkin katılım payı olarak emek veya malını (sermayesini) koyduğuna ve bu konuda sözleşme yapıldığına dair delil sunulmadığı, davacının işyerinde ortak sıfatı ile bağımsız çalıştığı somut olarak ortaya konmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca davacının işyerinin bulunduğu gayrimenkule ortak olması davalı ile ortaklık sözleşmesi kapsamında çalıştığı anlamına gelmediği gibi, açıklandığı gibi davacı ortak olsa bile iş sözleşmesi ile çalışmasına engel bir hüküm bulunmadığından, hukuki ve kişisel olarak bağımlılık unsuru ağırlık kazandığında iş ilişkisi kapsamında çalışmasının kabulü gerekecektir. Somut olayda, dosyada yer alan bilgi belgeler ve tanık beyanına göre davacının iddia ettiği dönem boyunca davalı işveren emrinde hukuki ve kişisel olarak bağımlı bir şekilde iş ilişkisi kapsamında çalıştığı, ortaklık sözleşmesinin unsurlarını gösteren bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesiyle bozulmuştur.”, Y. 9. HD., E. 2017/21670, K. 2018/23781, T. 20.12.2018, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci_Web/, E.T.15.03.2019.

¹²⁵ PULAŞLI, s. 18; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 48; ŞENER, s. 7.

¹²⁶ Yazarlar için bkz. BARLAS, dipnot 77a-77b, s. 31.

¹²⁷ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 49.

¹²⁸ ŞENER, s. 8; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 49.

¹²⁹ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 50.

Amacın sadece birkaç ortak için aynı olması ya da amaçların farklı olması halinde adi ortaklıktan bahsedilemez¹³⁰. Bu unsur adi ortaklığı, iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır¹³¹. Adi ortaklıkta müşterek amaç öne çıkarken, iş ilişkisinde müşterek amaç unsuru bulunmamaktadır. Adi ortaklıkta amaç ortakların ekonomik alanda ulaşmak istedikleri hedef olup, uygulamada karşımıza daha ziyade kâr ve zararın paylaşılması şeklinde çıkmaktadır¹³². Her somut olayda diğer unsurlar ile birlikte bu kapsamda bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Örneğin karı-kocanın birlikte işlettiği bir otobüsün varlığı durumunda, eşlerden birinin diğerinin işçisi gibi gösterilmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Eşlerden birinin, diğerinin işçisi olarak uzun yıllar çalışması beklenmez. Zira eşlerin birlikte işletmek sureti ile müştereken amaçladıklarının kazanç elde etmek olduğu açıktır¹³³.

Türk Ticaret Kanununun 622. maddesinde ortakların, niteliği gereği ortaklığa ait olan bütün kazançları aralarında paylaşmakla yükümlü olduğu, 623. maddede ise sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değeri ve niteliğine bakılmaksızın eşit olduğu, sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından biri belirlenmişse bu belirleme, diğerindeki payı da ifade ettiği, bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerli olacağı düzenlenmiştir. İş sözleşmesinde ise işçi ve işveren arasında, kazanç ve zarara katılma gibi ortak bir amaç söz konusu değildir.

Adi ortaklıktan bahsedebilmek için sadece müşterek amaç yeterli olmayıp, ortakların müşterek amacın gerçekleşmesine yönelik faaliyetlerde bulunmaları da gereklidir¹³⁴. Ortakların ortaklık amacının gerçekleştirilmesi için, eşit durumda ortaklık faaliyetlerine katılma ve bu suretle diğer ortaklarla işbirliği yaparak, aralarında altlık

¹³⁰ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 48.

¹³¹ PULAŞLI, s. 18; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 48.

¹³² PULAŞLI, s. 18.

¹³³ Konuya ilişkin bir hakkında bkz. "Otobüs sahibi davacının eşidir ve dosya kapsamından davacının otobüse eşi ile malik olduğu, ancak sadece eşi adına tescil edildiği anlaşılmaktadır. Davacının özel halk otobüsünü eşi ve diğer ortak Ahmet ile birlikte işlettikleri anlaşılmaktadır. Aksi halde sigortasız çalışan birinin kendi eşine karşı uzun yıllar sigortalılık talep etmemesi hukuka aykırıdır. Otobüsün gelir gider ve muhasebe kayıtlarını idare eden davacının kendini sigorta hakkında yoksun bırakması da düşünülemez. Davacının çalışma şekline bakıldığında hizmet akdinin en önemli unsuru olan bağımlılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeni ile davanın reddi yönünde yerel mahkeme kararının onanmasına.", Y. 10. HD., E. 2015/13265, K. 2015/14125, T.07.09.2015, karar için bkz. AYDIN, s.637-638.

¹³⁴ BARLAS, s. 35; PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 8.

üstlük ilişkisi olmaksızın birlikte çaba sarf etme niyet ve iradesine sahip olması gerekir¹³⁵. Bu unsurun olmaması halinde adi ortaklık sözleşmesinden bahsedilemez. Taraflar arasındaki eşitliğe değil bilakis bağımlılık ilişkisine dayanan iş sözleşmesinde ise tarafların eşit bir şekilde faaliyetlere katılması söz konusu değildir. Bu husus da taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti noktasında fayda sağlayacaktır.

6. Eşit İşlem ve Sadakat

Adi ortaklık sözleşmesinin en önemli özelliklerinden biri, iç ilişkide karşılıklı güven ve iyiniyete dayanmasıdır¹³⁶. Bu özelliği neticesinde taraflar sadakat (bağlılık) ve eşit işlem (davranış) olmak üzere iki yükümlülük altındadır¹³⁷. Sadakat yükümü ile ortakların müşterek amaca ulaşmak amacıyla ellerinden gelen gayreti fiilen göstermeleri ve müşterek amacı gerçekleştirmeyi engelleyen her türlü davranıştan kaçınmalarını ifade edilir¹³⁸. İşçinin borçları arasında yer alan sadakat borcu ise kaynağını dürüstlük kuralından almakla birlikte işçi, işverene zarar vereceği her türlü davranıştan kaçınmak ve işverenin menfaatlerini korumak için gerekli davranışlarda bulunmakla yükümlüdür¹³⁹.

Eşit işlem ilkesi ortaklara ortaklık ilişkilerinde iradi olarak eşit olmayan bir şekilde davranılmamasını ifade eder¹⁴⁰. İş ilişkisinde işverenin borçları arasında yer alan eşit davranma borcu ise, işverenin farklı davranmasını gerektirecek nedenler olmadıkça işçilere karşı farklı muamelede bulunmaması, haksız ayrımlara neden olacak keyfi davranışlardan kaçınması olarak ifade edilir¹⁴¹. Dolayısıyla sadakat yükümü ve eşit işlem ilkesi, ortaklık ve iş ilişkisinde farklı anlamlara sahiptir.

¹³⁵ PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 8.

¹³⁶ ŞENER, s. 18.

¹³⁷ ŞENER, s. 19.

¹³⁸ Detaylı bilgi için bkz. NOMER, N. Fusun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 10; ARKAN, Sabih: "Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları", BATİDER, Y. 2001, C. XXI, S. 2, s. 21.

¹³⁹ İşçinin sadakat borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010; ERTAŞ, Kudret: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982; TUNCAY, A. Can: "İşçinin Sadakat Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domanic'e ARMAĞAN, Cilt II, İstanbul 2043 vd.; ESENER, s. 156; Yavuz, s. 567, 568; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 98; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 538; SENYEN KAPLAN, s. 113.

¹⁴⁰ ŞENER, s. 19.

¹⁴¹ Eşit davranma borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008; SÜZEK, Sarper Süzek: "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, s. 27; YUVALI, Ertuğrul: İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 654.

7. Tespite Yönelik Diğer Öneriler

Tespit yapılırken diğer bir ölçüt olarak adi ortaklıkta olağanüstü işlerde bütün ortakların oybirliği ile karar alması, işyerinin kapsamı, kapasitesi ve niteliği dikkate alınabilir. Tespite konu işin niteliği de bu aşamada faydalı olabilir. Ancak bu ölçütler de tek başına her zaman aydınlatıcı olmayabilir. Bu nedenle yukarıda bahsedilen bütün ölçütler birlikte değerlendirilmeli, hayatın olağan akışına uygun olan durumlar, iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde dikkate alınmalıdır¹⁴².

IV. SONUÇ

Sosyal sigorta ilişkisi kanundan kaynaklanan, zorunlu bir hukuki ilişkidir. Sosyal sigorta hakkından kaçınmak veya vazgeçmek mümkün olmayıp, hizmet tespiti davası sosyal sigorta ilişkisinin yargı yolu ile kurulmasıdır. Hizmet tespiti davalarında taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin tespiti önemlidir. Zira taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, bu tespite bağlı olarak doğacak sonuçlar açısından önem taşımaktadır. Adi ortaklık ve iş sözleşmesinin tanımı ve unsurlarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu tespitin yapılabilmesi için tek bir ölçüt, çoğu kez yeterli olmadığından, birden fazla ölçüt birlikte kullanılmak suretiyle değerlendirme yapılmalıdır.

Bağımlılık unsuru, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin tespitinde en önemli ölçütlerden biridir. İş ilişkisinde, işçinin kendisinin inisiyatif kullanarak belirlediği bir çalışma düzeni bulunmaz. Bilakis işçi, işverenin talimatlarına göre hareket etmekte, iş süreci ve sonuçları işveren tarafından denetlenmekte ve kontrol edilmektedir. Adi ortaklık sözleşmesinde ise taraflar alt-üst ilişkisi olmaksızın ortak bir amaca ulaşmak için eşit bir şekilde faaliyet gösterirler. Ortaklar, ortaklık amacına zarar vermemek kaydı ile karar verme özgürlüğüne sahiptir.

Adi ortaklıkta katılım payı, emek ya da mal olarak konulabilir. Katılım payının aynı olarak sunulmasında aradaki hukuki ilişkinin tespiti açısından, tapu sicilinde yer alan kayıtlardan faydalanılabilir. Devri kanunen resmi şekle tabi bazı değerlerin adi ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi halinde, tapu sicilindeki kayıtlar, bir ölçüt olarak değerlendirilebilir. Emeğin katılım payı olarak sunulması durumunda ise kişinin emeğini sunarken karar verme özgürlüğüne sahip olması gerekir. Eğer bu kişi, diğer ortaklardan aldığı emir ve talimatlar doğrultusunda emeğini sunmakta ve diğer ortakların kontrol ve denetimine tabi ise taraflar arasında eşitlik ve ortaklık ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir. Kâr ve zarara katılma da bu kapsamda değerlendirilmeli,

¹⁴² Örneğin yukarıda dipnot 115'teki kararda da belirtildiği üzere hayatın olağan akışına aykırı olan durumlarda değerlendirme yapılırken bu husus da dikkate alınmalıdır. Nitekim söz konusu uyuşmazlıkta kimsenin eşinin işçisi olarak uzun yıllar sigortasız çalışmasının beklenilemeyeceğine işaret edilmektedir.

taraf lar arasında kâr ve zarara katılma ilişkisi bulunmamakta ise taraflar arasında eşitlik ve ortaklık ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Adi ortaklıkta, adi ortaklar ücret almadığından, ücret ödenip ödenmediğine ilişkin işyerine ait bordrolar da taraflar arasında iş sözleşmesi olduğunu ortaya koymak açısından önemlidir.

Adi ortaklığın ticaret sicili, vergi dairesi ve kurum kayıtlarında mevcut olup olmadığı yapılacak değerlendirmelerde önemlidir. Hizmet tespiti talep eden kişi tarafından tescil ettirilmiş bir ticaret unvanının bulunması ya da alınmış bir vergi levhasının mevcut olması, aradaki ilişkinin ortaklık ilişkisi olarak değerlendirilmesine sebep olabilir. Ancak taraflar arasında bir ortaklık sözleşmesinin bulunması, taraflar arasında adi ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan bir ortaklık ilişkisi bulunduğunu her zaman ortaya koymaz. Adi ortaklık sözleşmesi bulunmasına rağmen gerçekte taraflar arasındaki ilişki, adi ortaklık ilişkisi olmayabilir. Herhangi bir uyuşmazlık durumunda iş sözleşmelerinin unsurları arasında yer alan bağımlılık unsuru açısından da değerlendirme yapılmalıdır. Bağımlı bir çalışma olduğunda diğer unsurların da olması durumunda aradaki ilişki, iş sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

Adi şirketin unsurları arasında yer alan amaç unsuru açısından ise amacın tüm ortaklar için aynı olması gerekir. Amacın sadece birkaç ortak için aynı olması ya da amaçların farklı olması halinde adi ortaklıktan bahsedilemez. Bu unsur, adi ortaklığı, iş sözleşmesinden ayırmaktadır. Gerek adi şirket sözleşmesinde, gerekse iş sözleşmesinden doğan sadakat yükümü ve eşit işlem ilkesi, yukarıda açıklandığı üzere her iki sözleşme türü için farklı anlamlara sahiptir. Dolayısıyla anlam farklılığı gözetilmek sureti ile değerlendirme yapılması gerekir. Tespit yapılırken diğer bir ölçüt olarak işin niteliği, işyerinin kapsamı, kapasitesi ve niteliği de dikkate alınmalıdır.

Çalışmamızda açıklanmaya çalışıldığı üzere, tespitin yapılabilmesi için tek bir ölçüt yeterli olmayıp, yukarıda da tekrar mahiyetinde değindiğimiz birden fazla ölçütün bir arada değerlendirilmesi gerekir.

KAYNAKLAR

- AKPULAT KÖME, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, İstanbul 2016.
- AKYİĞİT, Ercan: İctihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara 2008.
- ALPER, Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Sistemi, 9. Baskı, Bursa 2018.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- ARAP, Erdal: Hizmet Tespiti Davaları, Ankara 2018.
- ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012.
- ARKAN, Sabih: “Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları”, BATİDER, Y. 2001, C. XXI, S. 2.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- AYDIN, Ufuk: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, s. 557-868, Seminer İstanbul 25-26 Kasım 2016, İstanbul 2017.
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Rıza: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Ankara 2015.
- BAŞTERZİ, Süleyman: “Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010.
- BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2008.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları, İstanbul 2017.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI: Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, 4. Basım, Bursa 2015.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Bursa 2014.
- BİLGİLİ, Abbas: Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011.
- BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018.
- BULUT, Mehmet: Sosyal Güvenlik Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2017.
- CANBOLAT, Talat: “4857 sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri”, 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016.

- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010.
- ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- ÇOPUROĞLU, Çağlar: Ücret ve Korunması, Ankara 2013.
- DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2016.
- EKMEKÇİ, Ömer: Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, s.5-41, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, (Yayına Hazırlayanlar EKMEKÇİ, Ömer/ AKPULAT KÖME, Ayşe/HAKKAKUL YILDIZ, Özge/ AKDENİZ LEDÜN, Ayşe/ NAMLI YAYVAK, İrem/ ÇALIŞKAN, Aslı), İstanbul 2018.
- EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.
- ERTAŞ, Kudret: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
- ERTÜRK, Şükran: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, 6. Baskı, Ankara 2018.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- EVREN, Öcal Kemal: İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- FISHINGER, S. Philipp/ RICHARDI, Reinhard: Arbeitsrecht Kommentar, Staudinger Praxis Edition, Berlin 2012.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2013.
- GÜZEL, Ali: "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Denetleme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997.
- GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018.
- KAYIK AYDINALP, Aslıhan: "İş Hukukunda Prim", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2018, S. 36, Y. 9, s. 53-72.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008.
- KORKUSUZ, Refik/ UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

- NOMER, N. Füsun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.
- POROY, Reha (Tekinalp/Çamoğlu): Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2015.
- PREIS, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Verlag C.H.Beck, München 2013.
- PULAŞLI, Hasan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2017.
- SUMER, Ayşe: Ticaret Hukuku, İstanbul 2015.
- SÜMER, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Yıl 5, Sayı 19, s. 63-73.
- SÜZEK, Sarper Süzek: "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015.
- TUNCAY, A. Can: "İşçinin Sadakat Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e ARMAĞAN, Cilt II, İstanbul.
- TUNCAY, Can/ EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2017.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- UŞAN, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.
- ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer, KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016.
- WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul 2012.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- YUVALI, Ertuğrul: İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012.

YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.