

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

**HİZMET AKDİNE DAYANAN SOSYAL SİGORTA
İLİŞKİSİNİN DAVA YOLUYLA TESPİTİ**

Meltem Öztürk

Danışman
Prof.Dr.Ali Nazım Sözer

2010



T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ TESLİM TUTANAĞI
(Başarılı Olan Öğrenciler İçin)

ÖĞRENCİNİN	
Adı, Soyadı	: Meltem Öztürk
Öğrenci No	:
Anabilim Dalı	: GEKO
Programı	:
Tez Sınav Tarihi	: 9./7./2010 Sınav Saati : 13.30
Lisansüstü Kademesi	<input type="checkbox"/> Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Tezsiz Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora
Tezin/Proje Başlığı:	
Hizmet Abdurrahman Dayanan Sosyal Siyasette Mistikizmin Dava Yoluyla Tespiti	
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE	
Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün .../.../20 tarih ve sayılı Yönetim Kurulu kararı ile oluşturulan jürimiz tarafından D.E.Ü.Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.	
Adayın kişisel çalışmasına dayanan ve başarılı bulunan tezinin şekli açısından önerilen düzeltmelerinin yapılarak ciltlenmiş 2 adet tezi ve CD içeriği tarafımdan kontrol edilmiştir.	
Gereğini arz ederim. 28./7./2010.	
Danışman Öğretim Üyesi	: Prof. Dr. Ali N. Söğüt
İmzası	: [Signature]

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “ **Hizmet Akdine Dayanan Sosyal Sigorta İlişkinin Dava Yoluyla Tespiti**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

25/06/2010

Meltem ÖZTÜRK

İmza

ÖZET

Doktora Tezi

Hizmet Akdine Dayanan Sosyal Sigorta İlişkisinin Dava Yoluyla Tespiti Meltem ÖZTÜRK

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Anabilim Dalı
Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Programı

İşverenin en önemli yükümlülüklerinden birisi sigortalıları Kuruma bildirmektir. Bu yükümlülük hem sigortalıya hem Kuruma karşıdır. Sosyal Sigortalar Kurumunun en önemli yükümlülüklerinden birisi de sigortalıların sigortalı olduklarını tespit etmek ve sigortalının haklarını korumaktır. Ancak sigorta primlerinin yüksek olmasının etkisiyle Kurumun denetim mekanizmasının iyi işlememesinden faydalanan çok sayıda işveren çalıştırdıkları sigortalıları Kuruma bildirme yükümlülüğüne uymamaktadır. Bunun sonucunda binlerce sigortalının Kuruma bildirimi yapılmadan çalıştırıldığına rastlanmaktadır.

İş güvencesi hükümlerinin yeterince işlememesi sonucunda Kuruma bildirimi yapılmayan sigortalılar yıllarca bu duruma sessiz kalmaktadır. Bazıları ise kuruma bildirimlerinin yapılmadığını ya da bildirimlerin gerçeğe uygun olmadığını yıllarca fark etmemektedir. Bu kişiler hizmet ilişkisi sona erdikten sonra geçmiş dönemlere ait çalışmalarının tespiti için iş mahkemelerinde dava açmak zorunda kalmaktadır.

Sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespiti Türkiye’de mahkemeleri en çok meşgul eden dava türlerinden birisidir. Bu tezde sosyal sigorta ilişkisi çerçevesinde tarafların yükümlülükleri ve Kuruma bildirimi yapılmayan sigortalılar için hizmet tespiti yöntemleri birlikte incelenmiştir.

Bu yöntemler içinde en sık kullanılan ve en etkili yöntem olan sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespiti, yargı kararları ve öğretilerdeki tartışmalar

esas alınarak değerlendirilmiştir. Yargı kararları üzerinde yaptığımız incelemede çarpıcı olan nokta sosyal sigortaların temel niteliklerinden olan, zorunluluk, vazgeçilmezlik, devredilmezlik gibi özelliklerin bazı kararlarda göz ardı edilmesidir.

Bu nedenle bu tür yargı kararlarının yeniden gözden geçirilmesi gerektiği kanaati oluşmuştur. Sosyal sigorta ilişkisini dava yoluyla tespit ettiren sigortalının dava sonucunda izlemesi gereken prosedür de ele alınmıştır. Zira sosyal sigorta edimlerinden yararlanmak için sadece tespit kararı almak yetmemekte bu tespit kararının Kurum tarafından işleme konulmasını ve prim tahsilatının gerçekleşmesini sağlamak da gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler:Sosyal Sigorta,Sosyal Sigorta İlişkisi,Hizmet Tespiti Davaları

ABSTRACT

Doctoral Thesis

**The Establishing Of Social Security Relationship Founded On Service contract
By Lawsuit**

MELTEM ÖZTÜRK

Institute of Social Sciences

**Department of Labour Ekonomisc and Indusrtrial Relations Labour Ekonomisc
and Industrial Relations Programme**

One of the principal liabilities of the employer is to notify the insured to the Institution. It is the liability of the employer both towards the insured and the Institution. As for the Social Insurance Institution, confirming the insurance status of the insured and protecting his rights remain its primary obligations. However, due to high insurance premiums, great numbers of employers, by exploiting the malfunctioning control mechanism of the Institution, fail to comply with the obligation to notify their employees to the Institution. As a consequence, thousands of insured are employed without being notified to the institution.

The insured employees of whom employment reports are not notified to the institution do not object to this situation as the provisions of the job security act are not duly enforced. Certain of them do not even notice for years that they have not been notified or that their employment reports fail to represent the truth. Then, following the termination of service relation, these people have to file a lawsuit before labor courts for the determination of their service relations pertaining to previous periods.

The determination of social insurance relation by means of bringing an action before the court ranks among the most common cases occupying the courts in Turkey. In this thesis, the liabilities of the parties and the methods for determination of service of the insured who has not been notified to the institution are concomitantly examined in the framework of social insurance relation. Remedies standing as the most exhausted and effective method for the

determination of social insurance relation is assessed on the basis of rulings and doctrines in the field. The striking point revealed in our examination on the rulings is the fact that principal characteristics of social insurance such as imperativeness, indispensability, and inalienability are ignored in some decisions.

Hence, a conviction about the requirement of a review on such decisions was developed. The procedure required to be followed at the end of the case by the insured who has his social insurance relation determined via remedy is hereby covered as well. For, having that relation determined proves to be insufficient to be able to benefit from social insurance payments; thus, it is still required to ensure that this declaratory judgment is put in process and the premium is collected.

Key Words: Social insurance, Social Security Relationship, Case Detection Services

HİZMET AKDİNE DAYANAN SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİNİN DAVA YOLUYLA TESPİTİ

İÇİNDEKİLER

TEZ TESLİM TUTANAĞI.....	ii
YEMİN METNİ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR.....	xv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYAL SİGORTALAR HAKKINDA TEMEL BİLGİ

I. SOSYAL SİGORTA KAVRAMI	4
II. SOSYAL SİGORTALARIN DAYANDIĞI İLKELER	7
A.Sosyal Koruma İlkesi:	8
B.Dayanışma İlkesi:	8
C.Zorunluluk İlkesi:	9
D.Sosyal Denkleştirme İlkesi.....	9
III.SOSYAL SİGORTALARIN ÜLKEMİZDEKİ TARİHSEL GELİŞİMİ	9
IV. SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİ	11
A.Genel Olarak	11
B.Sosyal Sigorta İlişkisi Tipleri	12
1.Zorunlu Sosyal Sigorta İlişkisi.....	13
a.Genel Olarak.....	13
b. İlişkinin Tarafları	15
(1)Sigortalı	16
(2)İşveren	16
(3) İşveren Gibi Sorumlu Olanlar	18
i. İşveren Vekili.....	18

ii.Alt İşveren.....	19
(iii).Geçici İş İlişkisi Kurulan İşveren.....	21
(4) Kurum.....	22
2.Serbest Sosyal Sigorta İlişkisi.....	24
a.İsteğe Bağlı Sosyal Sigorta İlişkisi.....	24
(1) Genel Olarak.....	24
(2)İsteğe bağlı sigorta ilişkisinin tarafları	27
(i) Genel Olarak.....	27
(ii) Sigortalı	27
(iii) Kurum	28
b.Topluluk Sigortası İlişkisi.....	28
(1)Genel Olarak	28
(2) Topluluk Sigortası İlişkisinin Tarafları	30
(i) Sigortalı	30
(ii) Kurum	31
c.Yardım Sandıkları	31
3.Şekli Sigorta.....	32
4.Geçersiz Sigorta	35

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL SİGORTALAR İLİŞKİSİNDE HİZMET AKDIYLA ÇALIŞAN SİGORTALI

I. HİZMET AKDIYLA ÇALIŞAN SİGORTALI KAVRAMI.....	38
A.Sigortalı Sayılmanın Şartları	39
1.Hizmet Akdine Bağlı Olarak Çalışma.....	40
a. Hizmet Akdinin Tanımı.....	40
b.Hizmet Akdinin Unsurları.....	42
(1)Hizmetin Sigortalı Hizmet Sayılması.....	42
(2)Bağımlılık Unsuru	44
(3) Ücret Unsuru	46
(4)Süre Unsuru	49
2.Kanunda Sayılan İstisnalar İçinde Yer Almama.....	50

B. Sigortalılığın Zorunluluğu	51
C.Sigortalılığın Başlangıcı	54
D.Sigortalılığın Sona Ermesi	56
II.SİGORTALI SAYILANLAR	57
A.Bütün Sigorta Dallarına Tabi Olan Sigortalılar.....	57
1.Genel Olarak	57
a.Hizmet Akdine Dayanarak Çalışanlar	58
b.Banka Ve Sigorta Sandıkları Personeli	61
c. Hizmet Akdine Dayanarak Çalışanlarla İlgili Hükümlerin Uygulanacağı Diğer Şahıslar	62
(1).İşçi Sendikaları Ve Konfederasyonları Yöneticileri.....	62
(2)Film Tiyatro Ve Sahne Sanatçıları İle Yazarlar	63
(3) Hizmet Akdiyle Çalışan Bazı Yabancılar.....	64
(4) Çiftçi Mallarını Koruma Bekçileri	66
(5) Genel Kadınlar.....	67
(6)Usta Öğreticiler ve Ders Ücreti Karşılığı Görev Verilenler	68
(7) Bazı Geçici ve Sözleşmeli Personeller	68
B.Bazı Sigorta Dallarına Tabi Olanlar	70
1. Bazı Tutuklu Ve Hükümlüler.....	70
2.Aday Çıracak,Çıracıklar Ve Stajyer Öğrenciler	72
3.Vazife Malûllüğü Aylığı Alırken Çalışanlar.....	76
4.Türkiye İş Kurumu Kursiyerleri.....	76
5.Yurt Dışına Gönderilmiş Bazı Türk İşçileri.....	77
6.İş Kaybı Tazminatı Alanlar	79
7.Sosyal Güvenlik Destek Primine Tabi Olanlar	80
II. SİGORTALI SAYILMAYANLAR	82
A. İşverenin Ücretsiz Çalışan Eşi.....	82
B.Aynı Konut İçindeki İşlerde Çalışan Hısımlar	83
C.Ev Hizmetlerinde Çalışanlar.....	85
D.Askerlik Hizmetini Yapmakta Olan Yükümlüler.....	87
E.Yabancı Kuruluşlarca Türkiye’de Çalıştırılan Yabancılar	88
F.Meslek ve Sanat Okullarında Çalışan Bazı Öğrenciler.....	89

G.Sağlık Kurumlarında İşe Alıştırılmakta Olan Hasta Veya Malûller	90
H. Devlet Memuru Olarak Ya Da Bağımsız Çalışanlardan 18 Yaş Şartını Sağlamayanlar	91
I. Kamu İdarelerine Ait Olmayan Tarım Ve Orman İşlerindeki Süreksiz İşlerde Çalışanlar.....	92
III. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALI.....	94

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SOSYAL SİGORTALAR İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I.GENEL OLARAK.....	99
II. SİGORTALININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ	99
A. KENDİNİ KURUMA BİLDİRME	99
B. GEREKLİ SAĞLIK TESİSLERİNE BAŞVURMAK VE TEDAVİ İÇİN GEREKENLERİ YAPMAK.....	100
C.ÜCRETİNDEN PRİM KESİNTİSİ YAPILMASINA RIZA GÖSTERME	101
II.İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	101
A.GENEL OLARAK	101
B.İŞYERİNİ KURUMA BİLDİRME.....	102
1.İşyeri.....	103
2.Asıl İşyeri.....	104
3.Asıl İşyerine Bağlı Yerler	104
4.İşyerinin Eklentileri.....	105
5.Araçlar.....	105
C.KAZAYI BİLDİRMEK VE ACİL SAĞLIK YARDIMLARINI YAPMA	106
D.MESLEK HASTALIĞINI BİLDİRME	108
F.İŞYERİNİN DEVRİNİN KURUMA BİLDİRİMİ.....	109
G.İŞYERLERİNDEKİ DİĞER DEĞİŞİKLİKLERİN BİLDİRİMİ.....	109
H. ALT İŞVERENLERİN KENDİLERİNİ BİLDİRMESİ	110
I. SİGORTALILIĞI KURUMA BİLDİRMEK	111
İ. SİGORTALILIĞIN SONA ERDİĞİNİ BİLDİRME	114
J. AYLIK PRİM VE HİZMET BELGESİNİ KURUMA VERME	115

c.Prim Yükümlülüğü	119
d.Prim Ödeme Yükümlülüğü	121
2.Aylık Prim Ve hizmet Belgesinin Kuruma Verilmesi	122
IV. KURUMUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	125
A.İŞYERİNİ TESCİL ETME	125
1.Kuruma Bildirim Üzerine Tescil.....	129
2.Fiili Tespit Üzerine Tescil.....	130
3.Kayden Tespit Etme	133
4.Kamu Kuruluşlarınca Düzelene Belgelere Göre Tespit Etme	134
5.Sosyal Sigorta İlişkisinin Dava Yoluyla Tespiti	136

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET AKDİNE DAYANAN SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİNİN DAVA YOLUYLA TESPİTİ

I.GENEL OLARAK.....	137
II. DAVANIN NİTELİĞİ	139
III. DAVA AÇMANIN KOŞULLARI	140
A. SİGORTALI HİZMETİN VARLIĞI.....	140
B.SİGORTALI ÇALIŞMANIN KURUMA BİLDİRİLMEMİŞ OLMASI... 144	
C. SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİNİN KURUM TARAFINDAN TESPİT EDİLMEMİŞ OLMASI	145
D.DAVA AÇMADA HUKUKİ YARAR ŞARTI	146
1.Genel Olarak	146
2.Sigorta Dalları Açısından Hukuki Yarar Şartı	147
E.DAVA AÇMA SÜRESİNİN GEÇMEMİŞ OLMASI	148
1.Genel Olarak	148
2.Dava Açma Süresinin Niteliği	150
3-Dava açma süresinin başlangıcı.....	154
4.Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi.....	155
5.Sigortalının Ölümünde Dava Açma Süresi	158
6.Hizmetin Kesintili Geçmesi Durumunda Dava Açma Süresi	160
7. Dava Açma Süresinin İşlemediği Durumlar	162

F.KESİN HÜKÜM OLMAMASI.....	169
IV. DAVANIN KONUSU	170
V.GÖREVLİ MAHKEME.....	172
VI. YETKİLİ MAHKEME	175
VII. SÖZLÜ YARGILAMA USULÜNÜN GEÇERLİLİĞİ.....	179
VIII. DAVANIN TARAFLARI.....	180
A.DAVACI TARAF	180
1.Sigortalı	180
2.Sigortalının Geçindirmekle Yükümlü Olduğu Kişiler	183
B. DAVALI TARAF.....	186
2. İşveren Gibi Sorumlu Olanlar	189
a.Taşeronlar	189
b. İşveren Vekillileri,Kamu İdarelerinin Ödeme Görevlileri Ve Üst Düzey Yöneticiler.....	190
c .Geçici İş İlişkisi Kurulan İşveren.....	191
d.İşyeri Devirlerinde Davalı Taraf	192
3. Kurum	194
IX. İSPAT YÖNTEM	200
A. EŞDEĞERDE BELGELERLE KANITLAMA İLKESİ	201
B.HAKİMİN RESEN ARAŞTIRMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	202
C.DELİLLER	203
a . Tanık.....	203
b.Yazılı Deliller.....	206
(1).İşverence Kuruma Verilecek Belgeler.....	206
(2). Müfettiş Tutanakları	207
(3).İşçilik Haklarına İlişkin İlamların Delil Niteliği	208
X. DAVAYA SON VEREN TARAF İŞLEMLERİ	211
A. DAVANIN KABULÜ.....	211
B. DAVADAN FERAGAT	211
C.DOSYANIN TAKİPSİZ BIRAKILMASI	213
XI. DAVANIN HUKUKİ SONUÇLARI	215
A.GENEL OLARAK	215

B.SİGORTALILIK SÜRESİNİN TESPİTİ.....	216
C. PRİME ESAS KAZANÇ TUTARLARIN TESPİTİ	223
E.TALEPLE BAĞLILIK	235
XII.KANUN YOLLARI	235
A.GENEL OLARAK	235
B.TEMYİZ	236
C.KARAR DÜZELTME YOLUNUN KAPALI OLMASI.....	237
SONUÇ	238
KAYNAKÇA.....	253

KISALTMALAR

AKT	Aktaran
A.Ş.	Anonim Şirket
AYMK	Anayasa Mahkemesi Kararı
BAĞ-KUR	Esnaf ve Sanatkârlarla Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu
BKZ.	Bakınız
E.	Esas
E.S.	Emekli Sandığı
H.D.	Hukuk Dairesi
YARG.	Yargıtay
ILO	Uluslar arası Çalışma Örgütü
K.	Karar
LTD.	Limited
M.	Madde
S.	Sayfa
SGK	Sosyal Güvenlik Kurumu
SSK	Sosyal Sigortalar Kurumu
SSIY	Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	Türk Ceza Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİSK	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TÜİK	Türkiye İstatistik Kurumu
HGK	Hukuk Genel Kurulu
Vd	Ve diğerleri
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

İnsanlar çok eski zamanlardan bugüne kadar sosyal risklerden korunma ihtiyacı hissetmiştir. Kişinin bedeninde, malvarlığında, ailesinde istenmeyen sonuçlar yaratan risklerin oluşturacağı zararları en aza indirmek için bireysel ya da grup olarak bir takım önlemler almışlardır.

Riskler, ortaya çıkış nedenlerine ve sonuçlarına göre tanımlanabilir. Bunların bir kısmı, hastalık, sakatlık, yaşlılık gibi fizyolojik kökenli risklerdir. Söz konusu riskler bir takım sağlık harcamalarını zorunlu kılar. Kişi bu risklerle karşılaştığında çalışmadığı için gelir elde edemez .

Bazı riskler ise yapılan meslekle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. İş kazaları ve meslek hastalıkları böyle risklerdendir ve kişiyi geçici ya da sürekli bir gelir kaybına uğratar. Bir de toplum, aile ve işletme hayatında oluşan riskler vardır. Bunlar işsizlik, kişiyi gelir kaybına uğratan evlenme, çocuk sahibi olma gibi olaylardır. Tüm sosyal risklerin bireylerin ekonomik durumlarını etkileme özelliği vardır.

Sosyal sigortaların önceden belirlenmiş risklere karşı güvence sağlamak, ekonomik bakımdan güçsüz kişileri korumak ve onların geleceğini garanti altına almak gibi bir hedefi vardır. Bu sistem, kişilerin insan onuruna yaraşır bir geçim seviyesine ulaşmasını da amaçlar . Günümüzde sigortaların koruma altına aldığı fizyolojik riskleri; hastalık, analık, sakatlık, yaşlılık ve ölüm olarak gruplara ayırabiliriz. Mesleki riskler de kişinin yaptığı meslekten kaynaklanan risklerdir. Bunlar iş kazaları ve meslek hastalıklarıdır. Sosyo ekonomik riskler ise kişinin işsiz kalması, evlenmesi, malvarlığına zarar gelmesi gibi gelir kaybına uğradığı hallerdir. Bu risklere karşı insanların kendilerini güvence altına alma çabaları sigorta kavramının oluşmasına kaynaklık etmiştir.

İnsanlar ilk olarak bireysel bir takım yöntemlerle kendilerini bu risklere karşı güvence altına almışlardır. Bu amaçla en sık başvurulan yöntem, ileride kullanılmak üzere para biriktirilmesi olmuştur. Diğer bir yöntem de gelecek için yatırım yapmaktır. Örneğin sahip olunan çocukların ileride eğitim masraflarını karşılamak amacıyla ya da yaşlılıkta gelir kaynağı olarak kullanılmak üzere gayrimenkuller satın almak bir yatırım yöntemi haline gelmiştir. Ancak kişilerin her

tür riske karşı bireysel olarak kendisini tamamıyla garanti altına alması neredeyse imkânsızdır.

Bütün bu riskleri tek başına göğüslemek zor olduğu için insanların, bireysel davranmak yerine grup halinde bu tehlikelere karşı koyması zaman içinde daha çok tercih edilen bir koruma yöntemi olmuştur. İşte bu amaçla geliştirilen sistemler sigorta sisteminin temelini oluşturmuştur. Sosyal güvenlik fikri yükün dağıtılmasını yani başkalarının işe karışmasını zorunlu kılmıştır . Başlangıçta daha çok sosyal risklerin bireyler üzerindeki zararlı etkilerini ortadan kaldırma yönünde çaba göstermeyi hedefleyen bu sistem kısa sürede riskleri önlemeyi de hedef olarak belirlemiştir .

Sigorta kavramının bir çok tanımı yapılmıştır. Sigortayı; en geniş anlamda; olası zararların karşılanması amacı ile taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile hukuksal bir kurum altında faaliyet gösteren, belirli bir prim karşılığında aynı rizikonun tehdidi altında bulunan kişileri ya da kuruluşları bir araya getirerek, sosyo-ekonomik zararları dağıtan ve önleyen, yatırımlara aktarılan fonları ve ikrazları ile ekonomiye kaynak sağlayan işlemler bütünü olarak tanımlamak mümkündür .

Sigorta,aynı türde tehlikelere maruz kalan kişilerin,sadece bu tehlikelere uğrayanların zararlarının karşılanmasında kullanılmak üzere belirli bir miktar para toplamak amacıyla oluşturdukları gruplaşmayla ortaya çıkan bir sistemdir. Bu tanımlar günümüzde özel sigorta ve sosyal sigorta olarak ayrılan her iki sistemi de kapsamaktadır.

Sosyal sigortalar,kişileri toplum,aile ve çalışma yaşamında karşılaştıkları risklere karşı koruyan en önemli araçlardan birisidir. Toplumun bütün bireyleri bu tür risklerle karşılaşabildiğinden,tüm dünyada devletler bu amaçla örgütlenmiş ve kamusal önlemler almışlardır. Ülkemizde de sosyal sigorta örgütü olarak Sosyal Güvenlik Kurumu kurulmuş olup bu Kurum,sosyal sigortacılık ilkelerine dayalı bir sosyal güvenlik sistemini yürütmek için faaliyette bulunmaktadır.

Yıllarca ülkemizde çalışanlar ve onların yakınları,çalışma şekillerine göre farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi tutulmuştur. Genel hatlarıyla ifade etmek gerekirse,hizmet akdine dayalı olarak çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna,bağımsız çalışanlar Bağ-Kur'a,devlet memuru olarak çalışanlarsa Emekli Sandığı rejimine bağlı olmuşlardır. 5502 Sayılı Kanun,Kurumları birleştirerek Sosyal

Güvenlik Kurumu adıyla sosyal güvenlikte tek bir Kurum oluşturmuştur. Ardından bütün çalışanları kapsamına alan 5510 Sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun, mevzuattaki farklılıklara son vererek, sosyal güvenlikte norm birliği sağlama gibi bir amacı bulunmaktadır.

506 Sayılı Kanunun 6.maddesinin birinci fıkrası sigortalı olma hak ve yükümlülüklerinin, çalıştırılmaya başlamayla doğduğunu hükme bağlamıştı. 5510 Sayılı Kanunun 7.maddesinin 1.fıkrasının a bendi, sigortalı olma hak ve yükümlülüklerinin Kanunun 4.maddesinin a bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, mesleki eğitime veya zorunlu staja başladığı tarihten başladığını hükme bağlamıştır. Ancak 5510 Sayılı Kanun, sadece bu kişileri değil, yürürlüğe girmesinden önce diğer kanunlara göre sigortalı sayılanları da kapsamına aldığından, diğer sigortalıların sigortalılıklarının başlangıç tarihlerini de belirtmiştir. Çalışmamız, hizmet akdine dayalı olarak çalışanlar açısından sigortalı kavramına ilişkin olduğundan, 5510 Sayılı Kanunda sigortalı sayılan diğer çalışanlara ilişkin hükümlere değinilmemiştir. Başka bir anlatımla bu çalışmada, 5510 Sayılı Yasaya göre sigortalı olanların tamamı değil; sadece 506 Sayılı Kanunun karşılığı olan, hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalılara ilişkin hükümler incelenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, sosyal sigortalar hakkında temel kavramlar, sosyal sigorta kavramı, bu kavramın dayandığı ilkeler ve sosyal sigorta ilişkisinin tarafları incelenmiştir. İkinci bölümde ise, sosyal sigorta ilişkisinde hizmet akdine dayanarak çalışan sigortalı kavramı, sigortalı olma şartlarıyla birlikte ele alınmıştır. Sosyal sigortalılığın zorunlu niteliği, başlangıcı ve sona ermesi yanında bütün sigorta dallarına ve bazı sigorta dallarına tabi olanlarla, Kanunun sigortalı saymadıklarına değinilmiştir. Üçüncü bölümde, sosyal sigorta ilişkisi taraflarının yükümlülükleri; dördüncü ve son bölümde ise hizmet akdine dayanan sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespitine yer verilmiştir. Bu davaların niteliği, dava açma koşulları, bu davalardaki yargılama usulü, ispat yöntemleri ve davanın hukuki sonuçları incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYAL SİGORTALAR HAKKINDA TEMEL BİLGİ

I. SOSYAL SİGORTA KAVRAMI

Sosyal sigortalar, devletçe organize edilmiş, kamu hukuku karakterli, baskın olarak zorunluluk esasına dayanan, çalışan nüfusun büyük bir kısmını bazı risklere karşı koruyan bir sigortadır.¹ Bu sigortada koruma sağlanan başlıca tehlikeler, iş kazası, hastalık, meslek hastalığı, hamilelik gibi iş göremezlik halleri, çalışma olanağını ortadan kaldıran işsizlik ve ölüm riskleridir.²

Sosyal sigortalar; ekonomik yönden zayıf olanları ve çalışanların işgücünü, belirli sosyal risklere karşı koruyarak geleceklerini garanti etmek ve böylece toplum hayatında sosyal güvenliği sağlamak amacıyla tesis edilen teşkilatlı bir zorunlu sigortadır.³ Bu sistemde, devletin gözetim ve denetim yetkisi bulunmakta, bu nedenle kamu hukuku ilkeleri ağır basmaktadır.⁴

Devletçe belirlenmiş bir kamu kurumu tarafından, devletin ve kişilerin katkılarıyla sağlanan birikimle, muayyen ve ne zaman doğacağı bilinemeyen risklere karşı edim sağlayan bir kamu tedbirler bütünüdür.⁵

Sosyal sigortalar, sosyal güvenlik teknikleri içinde en yaygın ve en gelişmiş olanıdır. Bir ülkede çalışanların maruz kalabileceği belli sayıdaki riskleri, işçi ve işverenlerin de zorunlu katılımıyla devlet tarafından kurulup örgütlenen, sigorta kurumu tarafından teminat altına alan bir sigorta tekniğidir. İlgililerin katkısıyla meydana geldiğinden “primli sosyal güvenlik rejimleri” arasında sayılmaktadır.⁶

Özel sigortaysa; kişilerin belli özel çıkarlarının, bazı risklere karşı güvence altına alınması için kendi iradeleriyle yaptıkları ve sigorta sözleşmesi denilen akitle meydana getirdikleri bir riziko teminatıdır.⁷ Bir zarar oluştuğunda sigortalının ihtiyaçları, bütün üyelerin kuruluşa ödemekte oldukları primlerle karşılanmaktadır.

¹ Sözer, 1991:12

² Sözer, 1998:28

³ İzveren, 1968:163

⁴ Alper, 2003,11

⁵ Sözer, 1991:11

⁶ İzveren, 1968:170

⁷ Tuncay, 2000,12

Yani sigortacılık tekniği, riskin mali sonuçlarını bir topluluk arasında yayma ilkesine dayanmaktadır.⁸

Sosyal sigorta, "mesleki, fizyolojik ve sosyo-ekonomik risklerden dolayı geliri ve kazancı devamlı olarak veya geçici olarak kesilmiş, yahut azalmış bulunan fertlerin geçinme ve yaşama ihtiyaçlarını karşılayan, devlet güvencesine dayalı, öncelikle kişilerin gelirlerinin devamlılığını amaçlarken, karşılamak zorunda olduğu bütün risklere karşı alınması gereken önleyici tedbirleri de beraber getirir."⁹

Sosyal sigortalar sosyal güvenlik ve sosyal yardım kavramlarıyla karıştırılan bir kavramdır. Sosyal sigortalar kısmi bir nitelik taşır. Belli sayıdaki riski kapsayan ve toplumun belli sınıflarına sosyal güvence sağlayan sosyal sigortaların aksine, sosyal güvenlik bütün riskleri ve bütün nüfusu kapsamayı hedefler.¹⁰

Sosyal yardımlar ise geçinme imkanı bulamayan insanları kendi kendilerine yeterli hale getirme amacını taşıyan kamusal faaliyetler bütünüdür.¹¹ Sosyal yardımlar muhtaç durumda olan kişileri kapsamına aldığından sosyal güvence sisteminin açıklarını kapatmakta ve vergilerle finanse edilmektedir.¹² Devletçe bakılma ise belli kişi gruplarının ,belli nedenlerin varlığı halinde ağırlıklı olarak iktisadi bir iyileştirmeye tabi tutulmasıdır. İlke olarak devletin vergilerden karşıladığı tek yanlı bir edim olmaktadır.¹³ Sosyal hizmetler, sosyal ihtiyaçlarını karşılayamayan, kendi kendisine yeterli olmayan, özellikle korunmaya, bakılmaya, yetiştirilmeye muhtaç kişi, grup ve toplulukların fonksiyonel ve daha iyi bir yaşama düzeyine erişmesi için düzenli yapılan hizmetlerdir.¹⁴ Sosyal yardımlarda ve devletçe bakılmada olduğu gibi devlet bütçesinden vergilerle finanse edilen bu sistem,yoksul kişilere yöneliktir. Sosyal yardımlardan faydalanabilen kişiler ise sosyal hizmetlerin kapsamı dışında kalmaktadır.¹⁵

Sosyal sigortanın amacı belli halk gruplarını yukarıda örnek olarak verilen risklere karşı korumaktır. Sosyal sigortalarda kişiler ödedikleri primler yoluyla güvence talep etme hakkını kazanmaktadır. Diğer taraftan bu sistemde belirli gruplar

⁸Yücel,1995,22

⁹ Gönencan , 1992,119

¹⁰ Koç,2004,2

¹¹ Çengelci,1985

¹² Sözer,1998:30.

¹³ Sözer,1991:10

¹⁴ Koç,2004

¹⁵ Sözer,1998:32

bakımından kapsama giriş zorunlu olup, sistemin kaynaklarını çalışan ve işveren hissesi yanında devlet hisseleri oluşturmakta ve sosyal sigorta örgütünün kendi kendini yönetme hakkı bulunmaktadır.¹⁶

Sözü edilen bütün bu düzenlemeler kanunlarla yapılmaktadır. Kimlerin sosyal sigorta hakkından yararlanabileceği ve bunun şartları, sosyal sigorta yardımlarının kapsamı ve bu yardımların karşılığında sosyal sigorta örgütünün çalışanlardan ve işverenlerden talep edebileceği prim oranları kanunlarla düzenlenmektedir.

Özel sigortalar, özel hukuk içinde düzenlendiği halde sosyal sigortalar kamu hukuku içinde düzenlenmiştir.¹⁷ Kar amacıyla faaliyet gösteren özel sigortaların aksine sosyal sigortalar, bu yönüyle, ekonomik yönden zayıf sınıflara asgari yaşama garantisi vermektedir.¹⁸

Sosyal sigortalar, çalışma imkanı olmayan durumlarda güvence sağlamak ve belli bir gelir seviyesine ulaşmak amacını taşır. Bu nedenle kapsamına yaşlılık, ölüm, maluliyet gibi olayları almıştır. Özel sigortalar; insan hayatını ilgilendiren olayların yanında malvarlığını da güvence altına almaktadır.¹⁹ Sosyal sigortaların kapsamına aldığı riskler konusunda yasal sınırlamalar mevcut olduğu halde özel sigortalarda güvence altına alınması gereken riskler konusunda yasayla sınırlama yapılmamaktadır.²⁰

Sosyal edimler sağlayan tüm alanlarda olduğu gibi sosyal sigortalar da sosyal adalet ve sosyal güvenliğin ve insan onuruna layık bir yaşam düzeyinin gerçekleşmesi amacını sağlamaya yöneliktir²¹ aşağıda açıklanan bazı ilkelere dayanmaktadır²²

¹⁶ Sözer,1991:11

¹⁷ Şakar,2009:12

¹⁸ İzveren,1968: 172

¹⁹ Bozer,1981:12

²⁰ İzveren,1968: 171

²¹ Gitter,sozialrecht,Aufl.,München,akt.s.61;Tuncay,Ekmekçi, 2009:115,116 ve

²² Tunçomağ, 1990: 29

II. SOSYAL SİGORTALARIN DAYANDIĞI İLKELER

Sosyal Sigorta ilişkisi sigortalının bütün aile bireyleri de dahil olmak üzere sigortalıyı, Kurumu ve işvereni kapsamına almaktadır.²³ Tarafların maddi katkısıyla oluşan sosyal sigortalarda ,kapsama giren bütün sigortalıların prime iştirak etmeleri gerekmektedir. Kişiler açısından katılım zorunludur.²⁴ Ülkemizde Devletin sosyal sigorta uygulamasında mali desteği önceleri kural olarak bulunmamakta²⁵;sigortanın finansmanı sigortalı ve işverenler tarafından sağlanmaktaydı. Ancak 5510 sayılı Kanununun 81.maddesinin son fıkrasında Devletin,Kurumun ay itibarıyla tahsil ettiği malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası priminin dörtte biri oranında Kuruma katkı yapacağı hükme bağlanmıştır.²⁶ Bu hüküm şu şekildedir; *”Devlet, Kurumun ay itibarıyla tahsil ettiği malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası priminin dörtte biri oranında Kuruma katkı yapar. Devlet katkısı olarak hesaplanacak tutar talep edilen tarihi takip eden 15 gün içinde Hazinece Kuruma ödenir.Devlet katkısı olarak hesaplanacak tutar talep edilen tarihi takip eden 15 gün içinde Hazinece Kuruma ödenecektir “.*

Kanununun 81.maddesinin 1 bendinde de Devletin,primin işveren hissesine düşen kısmına katkı yapması düzenlenmiştir. Anılan maddede;”*Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, bu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve*

²³ Tunçomağ, 1990 , 155; Tuncay, 2000:118

²⁴ Güven,1976:317

²⁵ Tuncay, 2000:130

²⁶ m.81/son

bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır. ..”düzenlemesi mevcuttur.

25.8.1999 tarihli 4447 sayılı Kanunla da İşsizlik Sigortasına Devletin %2 oranında prim yoluyla katkıda bulunması kabul edilmiştir.²⁷ Sosyal sigortaların finansmanına Devletin katılımının başka bir türü de Kanunun 86.maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hüküm, Kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasına tabi olan sigortalıların, primlerini erken ödemeleri halinde 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun Ek 1.maddesine göre erken indirim hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

Sigorta alacaklarında Kurumun cebren tahsil yetkisi vardır. Kurum, kapsamındaki tüm kişilere aynı uygulamada bulunmak zorundadır. Sigorta mevzuatını düzenleme görevi ise Devlete aittir.²⁸ Bu açıklamaların ardından sosyal sigorta ilişkisinin dayandığı dört temel ilke şu şekilde sıralanabilir:

A.Sosyal Koruma İlkesi:

Sosyal sigortalar köken itibariyle bağımlı çalışanları güvence altına almak amacıyla ortaya çıkmış ancak zaman içinde bağımsız çalışanları da kapsamına alacak şekilde genişlemiştir. Zaman içinde sosyal güvenlik sisteminden faydalanacak kişilerin ve öngörülmiş risklerin sayısı da arttırılmıştır. Genişletilen koruma tedbirleriyle her şahsa sosyal güvenlik hakkı daha sağlam bir şekilde sağlanmıştır.²⁹

B.Dayanışma İlkesi:

Dayanışma ilkesi , kişilerin başka kişilere de destek olmasını, böylelikle sosyal adaleti sağlamayı amaçlar. Örneğin,yüksek prim ödeyen işçi ve işverenler,daha düşük prim ödeyen işçilere de yardım etmiş olurlar ve bu şekilde

²⁷ Tuncay,2000:131

²⁸ Güven,1976:317

²⁹ Tuncay,2000:118

sosyal denge sağlanmış olur.³⁰ Benzer bir biçimde , çalışanlardan kesilen primler, emeklilere ödenen aylıkları ve bağlanan gelirleri de finanse eder.³¹

C.Zorunluluk İlkesi:

Hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başlamasıyla birlikte sosyal sigorta ilişkisi kurulmuş olur.³² Sosyal sigortaya katılma zorunludur.³³ Bu husus 5510 SK'nun 7.maddesinde vurgulanmıştır. Sigorta hak ve yükümlülükleri; *"...(a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî eğitime veya zorunlu staja başladıkları tarihten..."* itibaren başlar. Zorunluluk ilkesini belirten bu hüküm aynı zamanda sosyal sigortaların kamu hukuku niteliğini de ortaya çıkarmaktadır. Bu durum sözleşmelerle değiştirilemez.

D.Sosyal Denkleştirme İlkesi

Sosyal güvenlikten yararlanma imkanının bireyler arasında dengelenmesi amacıyla çok kazananın daha çok prim ödemesi kabul edilmektedir. Böylece çok kazanan az kazanan bireye destek olacaktır.³⁴ Bu amacın gerçekleşmesine sigortalılığın zorunlu oluşu yardımcı olmaktadır. Sosyal sigorta,kapsamında kalan kişiler arasında aynı zamanda riziko eşitlemesi de sağlar.³⁵

III. SOSYAL SİGORTALARIN ÜLKEMİZDEKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

Ülkemizde zorunlu sosyal sosyal sigorta sisteminin oluşturulması ve bu sistemin genel ilkeleri ilk kez 1936 tarih ve 3008 Sayılı Yasada düzenlenmiş.³⁶ Yasanın 101. maddesinde sosyal güvenliğin evrensel bir ilkesi olan zorunluluk ilkesi

³⁰ Tuncay,Ekmekçi,2009:114-115

³¹ Tuncay,2000:118

³² Tuncay Ekmekçi,2009:116;Tuncay,2000:117

³³ Çelik H.,2006:13

³⁴ Tuncay,2000:117

³⁵ Çelik H.,2006:14

³⁶ m. 100-107

açıkça öngörülmüş ve bu ilke, işçilerin işyerlerine alınmalarıyla beraber kendiliğinden sigortalı sayılacakları, biçiminde emredici bir kurala dönüştürülmüş ve sosyal risklere karşı güvencenin sağlanması görevi devlete verilmiştir.³⁷ Daha sonraki tarihlerde ise, ülkemizdeki sosyal sigorta sisteminin gelişimi, anılan Yasanın belirlediği bu ilkelere göre biçimlenmiştir.³⁸ İş kazası ,meslek hastalığı ve analık sigortaları risklerine karşı güvence getiren 27.06.1945 tarihli ve 4772 sayılı İş Kazaları Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanununun ardından 02.06.1949 tarihli 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu ile yaşlılık hali,sosyal sigortalar kapsamına alınmıştır. Hastalık ve analık sigortalarını düzenleyen 04.01.1950 tarih ve 5502 sayılı Hastalık ve Analık Sigortası Kanunundan sonra 04.02.1957 tarih ve 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunu ile ise yaşlılık sigortası yeniden düzenlenmiştir. Aynı kanunla sakatlık ve ölüm riskleri de sigorta kapsamına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ilk sosyal sigorta örgütü ise İşçi Sigortaları Kurumu adıyla 09.07.1945 tarih ve 4792 sayılı Kanunla kurulmuştur.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 17.07.1964 tarihinde yürürlüğe girmesiyle mevzuatta dağınık halde bulunan hükümler bir yasa altında düzenlenmiş ve daha geniş kapsamlı sosyal güvenceler getirilmiştir.Bir çok kez değişikliğe uğrayan söz konusu Kanun, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla kurulan İşsizlik Sigortası ile işsizlik riskini de kapsamına almıştır.³⁹

Bir süre sonra 16.5.2006 tarihli 5502 sayılı Kanun ile Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı kurulmuş ve Bağ-Kur,SSK ve Emekli Sandığı tek çatı altında toplanmıştır. Türkiye’de sosyal sigortalar halen bu örgüt tarafından uygulanmaktadır.⁴⁰ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun yürürlüğe girmesiyle sosyal sigortalar sisteminde günümüzdeki noktaya gelinmiştir.Türk sosyal güvenlik sisteminde yıllardır faaliyet gösteren Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur, yerini Sosyal Güvenlik Kurumuna bırakmıştır. Bu güne kadar değişik sosyal güvenlik kurumlarından yardım alan ve bu

³⁷ m.100

³⁸ Güzel,2006

³⁹ Sözer,2001:40-48

⁴⁰ Tuncay,Ekmekçi ,2009:107

kurumlara prim ödeyen, memur, işçi ve esnaf, bundan böyle aynı sosyal güvenlik kurumuna tabidir. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından uygulanacak olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, farklı sigortalı guruplarına aynı hükümleri uygulama amacıyla hazırlanmış bir yasadır. Yani tek çatıyı ve norm birliğini sağlamaya yöneliktir.⁴¹

IV. SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİ

A.Genel Olarak

Sosyal sigorta ilişkisi işveren, sigortalı ve sosyal sigorta örgütü arasında meydana gelen bir kamu hukuku ilişkisidir.⁴²

Bu ilişki, özel sigortalarda olduğu gibi sigorta garantisi ile primler arasındaki karşılıklılık esasına dayanmaktadır. Kişiler sosyal sigorta kurumunun edimlerinden özel sigortada olduğu gibi ödedikleri primin karşı edimi olarak faydalanmaktadırlar. Ancak bu edim sosyal düşünceler nedeniyle primin tam olarak karşılığını oluşturmamaktadır. Çünkü sosyal sigortada özel sigortanın yanında tazmin ve sosyal yardım kurumlarının özellikleri de bulunmaktadır.⁴³

Özel sigortalarda sosyal risk oluşmadan önce primlerin mutlaka ödenmiş olması gerekmektedir. Sosyal sigorta ilişkisinde ise edimlerden yararlanabilmek için primlerin tam olarak yatırılması kural olarak gerekli değildir. Örneğin Kuruma bildirim yapılmayan sigortalı, iş kazası geçirdiğinde sosyal sigorta yardımlarının faydalanabilmektedir. Sosyal sigortalı, özel sigorta ilişkisinden ayıran bu yön bu sigorta tipinin kamu hukuku kapsamına girmesinin bir sonucudur. Sosyal sigortalı ilişkisinde Kurumla işveren ve sigortalı arasında altlık üstlük ilişkisi bulunmaktadır.⁴⁴

⁴¹ Akın,2009

⁴² Tunçomağ,1990:165 ;Tuncay,Ekmekçi ,2009:118

⁴³ Sözer,1998:28

⁴⁴ Tuncay/Ekmekçi,2009:116

Sigortalı ya da ölümünde mirasçıları, belirli riskler oluştuğunda sosyal sigortalar örgütünden sigorta yardımı talep edebilecektir. Sigortalı, risk oluşmadan önce ücretinden kesilen primlere rıza göstermek zorundadır. Prim ödeme yükümlüsü olarak işverenlerin, yanlarında çalıştırdığı sigortalıların maaşlarından kesinti yapmaya ve kendi yatırması gereken primlerle birlikte Kuruma yatırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aynı şekilde Kurum da sigortalıdan ve işverenden prim talep etme hakkına sahiptir. Diğer taraftan devlet de yasalarla sistemi düzenleyecek ve gerekli denetimi sağlayacaktır.

Görüldüğü gibi Kurum, işveren ve sigortalıdan oluşan tarafların birbiriyle kurduğu ilişkinin hukuki statüsü birbirinden farklıdır. Genel olarak kamu hukuku kapsamına giren bu ilişkiler ağında, medeni hukuk yada özel hukuk kapsamına giren durumlar da doğabilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, öğretilerde sosyal sigorta ilişkisi, işveren, sigortalı ve sigorta örgütü arasındaki kamu hukuku ilişkisi olarak kabul edilmektedir.⁴⁵

Sosyal sigorta ilişkisi zorunluluk esasına dayanmasına karşın bu zorunluluğun istisnaları da vardır.⁴⁶ Bu da isteğe bağlı sigortalılıktır.⁴⁷ 5510 Sayılı Kanunda isteğe bağlı sigortalılık düzenlenmişken, topluluk sigortası düzenlenmemiştir. 506 Sayılı Yasanın 86.maddesinde topluluk sigortası düzenlenmişken, 5510 sayılı Yasa bu müesseseyi ortadan kaldırmıştır. Sosyal sigorta ilişkisi tiplerinin incelendiği aşağıdaki bölümde her iki sigorta tipine de değinilmiştir.

B.Sosyal Sigorta İlişkisi Tipleri

Sosyal sigorta ilişkisi serbest ,zorunlu, şekli ve geçersiz sigorta ilişkisi olmak üzere dört türde incelenebilir. Zorunlu sosyal sigorta ilişkisi, yasadan kaynaklanan ve bu nedenle kuruluşunda zorunluluk bulunan bir sigorta ilişkisiyken, serbest sosyal sigorta ilişkisinin kuruluşu isteğe bağlıdır. Şekli sigorta, şeklen var olan,yasal

⁴⁵ Tuncay,2000:104

⁴⁶ Tuncay,Ekmekçi,2009:120

⁴⁷ Tunçomağ,1990,165

koşulları oluşmamış sigorta tipten;geçersiz sigorta ilişkisi,kötü niyetle kazanılmış sigorta türüdür.

1.Zorunlu Sosyal Sigorta İlişkisi

a.Genel Olarak

Zorunlu sosyal sigorta ilişkisi,yasadan kaynaklanan ve bu nedenle tarafların iradelerinden bağımsız bir sigorta ilişkisidir.Özel sigorta ilişkisinde bulunan sözleşme serbestisi bu sigorta ilişkisi için geçerli değildir.Sosyal sigortaların kamu hukuku özelliğinin bir sonucu da sigorta ilişkisinin kendiliğinden otomatik olarak doğmasıdır.⁴⁸ 5510 sayılı Yasaya göre sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlülüklerini azaltmak veya başkasına devretmek üzere hükümler konamaz.Bu hüküm,kamu düzenine ilişkin bir hüküm olup,sigortalının sosyal sigortalar mevzuatı çerçevesinde işverenden herhangi bir hak talep etmeyeceğine ve işvereni ibra ettiğine dair feragatname düzenlemesi geçersizdir.⁴⁹ Sigortalı olmak sigortalı açısından sadece bir hak değil aynı zamanda yükümlülüktür.⁵⁰

5510 sayılı Yasanın 4.maddesinde sigortalı sayılanlar belirtilmiştir.Kısa ve uzun vadeli sigorta dalları uygulaması bakımından hizmet akdine dayanarak çalışanlardan sigortalı sayılanlar; “... Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar...”olarak belirtilmiştir. Ayrıca dördüncü maddede birinci fıkranın (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin kimlere uygulanacağını açıklamıştır.⁵¹

⁴⁸ Tuncay,Ekmekçi,2009:120

⁴⁹ Yarg.10.HD,1.2.1985 T.,1985/85 E,1985/418 K.,kişisel arşiv

⁵⁰ Tuncay, Ekmekçi, 2009:120; Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:143

⁵¹ 5510 sayılı Yasanın 4.maddesinin ikinci fıkrasında,bu maddenin birinci fıkrasının a bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı sigortalılar belirtilmiştir.Bunlar; “...a) İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler,

b) Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar,

c) Müteakiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar,

5510 sayılı Kanunun; sigortalılığın başlangıcını düzenleyen 7.maddesinde; hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya,mesleki eğitime veya zorunlu staja başlamalarıyla sigortalı olacakları hükmüne yer verilmiştir.Diğer taraftan sigortalı sayılmayanlar da Yasanın 6.maddesinde belirtilmiştir.Sayılan zorunluluk halleri sadece hükümde belirtilen kişiler açısından geçerlidir.Söz konusu hükümler zorunlu sosyal sigorta ilişkisinin emredici niteliğini ortaya çıkarmakta ve bu ilişkiye ait kuralların değiştirilemez olma özelliğini göstermektedir.Bu sigorta sisteminde kimlerin sigortalı olacağı,sigortalının hangi risklere karşı sigorta güvencesinde olduğu,sigorta yardımlarının şartları,nasıl ve ne zaman kullanılabilceği,sigortalının ve işverenin ödemekle yükümlü olduğu prim oranları yasalarca belirlenmiş olup yasanın çizdiği sınırların dışına çıkılamamaktadır.

Zorunlu sosyal sigorta ilişkisinin kurulmasında işverenin bildirimde bulunmaması, sosyal sigorta tarafından sigortaya kabul ve reddi, sigorta ilişkisinin varlığı yönünden hukuken önem taşımaz. Aynı esaslar prim ödeme hakkında da yürür.Sigorta zorunluluğu doğmadığı halde ödenen primler sosyal sigorta ilişkisinin doğmasına yol açmaz.⁵² Çünkü,sosyal sigorta ilişkisinin kurulmasını yasalar prim ödenmesine, işverenin bildirimde bulunmasına,Kurum tarafından kabulüne yada reddine bağlamamıştır.Yasada belirtilen şartları taşıyan herkes için sosyal sigorta ilişkisi kendiliğinden doğmaktadır.Bu sigortaya katılım zorunludur.⁵³ Sosyal sigorta ilişkisi hastalık,analık,maluliyet,iş kazası gibi bütün sigorta olaylarında “işe alınmayla” kurulmaktadır.Ancak,sigorta olayının daima sigorta ilişkisinin başlangıcından sonra oluşması şarttır.⁵⁴

Sigortalı,ücretinden sigorta primi kesilmesine rıza göstermek zorundadır.İşveren de hem kendi payına düşen primi,hem de sigortalının primlerini kuruma vermekle yükümlüdür.Bütün bu kurallar emredici nitelikte olup,aksi

d) 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar,
e) 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumî kadınlar,
f) Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar,”dır.

⁵² Tunçomağ,1990:165

⁵³ Çelik H.,2006:14

⁵⁴ Tunçomağ,1990:166

davranışlar sosyal sigortalar örgütünde hem idari para cezası verilmesine hem de icra takibine başlanmasına yol açmaktadır. Primlerin ödenmemesi sigortalının sigorta edimlerinden faydalanmasını geciktirebilir ancak sosyal sigorta ilişkisinin varlığını etkilemez. Kanunun 53. maddesinin 5. fıkrasında sigortalının, sigortalı sayılması gereken sigortalılık halinden başka bir sigortalılık hali için prim ödemiş olması durumunda, ödenen primlerin esas alınan sigortalılık hali için ödenmiş ve esas alınan sigortalılık halinde geçmiş kabul edileceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemenin yersiz olarak alınmış primlerin geri verilmesine ilişkin hükmün istisnası olduğu kabul edilmektedir.⁵⁵

Zorunlu sosyal sigorta ilişkisinin doğmasında sigortalının reşit ve mümeyyiz olmaması da sigorta ilişkisini etkilemez. Hizmet akdinin kuruluşunda reşit ve mümeyyiz olma şartı aranır. Temyiz gücü olmayanların yaptıkları sözleşmeler butlanla sonuçlanırken temyiz gücü bulunan küçük ve mahcurların yaptığı sözleşmeler temsilcilerinin icazet vermesi durumunda geçerli olacaktır.⁵⁶

Ancak gerek 5510 Sayılı Kanunun hizmet akdiyle çalışanlara ilişkin hükümlerinde gerekse 506 Sayılı yasada sosyal sigorta ilişkisinin kurulması için çalışanın reşit ve mümeyyiz olması şartı aranmamıştır. Çünkü zorunlu sosyal sigorta ilişkisi yasa gereği öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle kendiliğinden doğar.⁵⁷

Özetle, zorunlu sosyal sigorta ilişkisi, yasalarla düzenlenen, bu nedenle tarafların iradelerinden bağımsız olan ve işe alınmayla kendiliğinden kurulan kamu hukuku karakterli bir sosyal sigorta ilişkisi tipidir.

b. İlişkinin Tarafları

5510 Sayılı Yasanın hizmet akdine dayalı olarak çalışanlara ilişkin maddeleri ve 506 sayılı Yasa incelendiğinde zorunlu sosyal sigorta ilişkisinin tarafları olarak

⁵⁵ Sözer, Saraç, 2008:155-156

⁵⁶ Bozer, 1965:132

⁵⁷ Sözer, 1991, 32

sigortalı, işveren ve Kurumun belirtildiği görülmektedir.İlişkinin tarafları olan sigortalı, işveren ve Kurum her iki yasa açısından ayrı ayrı incelenmiştir.

(1)Sigortalı

5510 Sayılı Kanunun 3/6-b maddesinde sigortalı açıkça tanımlanmış ve “kısa ve/veya uzun vadeli sigorta dalları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi” olarak belirtilmiştir.Yasanın 4/1-a maddesinde ise “Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından” çalıştırılanların sigortalı sayılacağı hükmüne yer verilmiştir.

5510 Sayılı Yasanın 4.maddesinin 1/b fıkrasında hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı diğer kişiler, 6.madde de sigortalı sayılmayanlar belirtilmiştir. 506 Sayılı Yasada ise sigortalı tanımı yapılmamıştı.Yasanın 2.maddesinde “bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılır.” ifadesine yer verilmişti.Hizmet akdinin tanımı da Kanunda yapılmamıştı. Sigortalı ve hizmet akdi kavramları ikinci bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

(2)İşveren

İşveren hizmet sözleşmesinin diğer tarafı olarak tanımlanabilir.⁵⁸ 5510 sayılı Kanunun 12/1.maddesinde işveren;“...sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar...” şeklinde tanımlanmıştır.506 Sayılı Yasada ise işveren 4.maddede “...sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştı.İşveren kavramı 4857 Sayılı İş Kanununun 2.maddesinin 1.fıkrasında ”... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar...” olarak tanımlanmıştır. Buradaki işçi kavramının yerine sigortalı kavramı getirilmiş ve bu hüküm 5510 Sayılı Yasaya ufak bir değişiklikle aktarılmıştır.

⁵⁸ Kılıçoğlu,1999:150

Kanun açısından işveren niteliği sigortalı çalıştırmanın bir sonucudur.Öğretide işveren kavramını oluşturan iş isteme ve en yüksek düzeyde talimat verme yetkisine göre işveren kavramı iki şekilde tanımlanmıştır.İş isteme yetkisine sahip olan kişi soyut işveren,yönetim hakkını elinde bulundurma da somut işveren olarak tanımlanmaktadır.⁵⁹

İşveren kavramının tespitinde her şeyden önce çalıştırılan kişilerin Kanun kapsamında sigortalı olup olmadıkları, araştırılmalıdır.⁶⁰ İşverenin gerçek kişi olması da şart değildir.5510 sayılı Yasa,kamu görevlilerini çalıştıran kamu kurum ve kuruluşlarını işveren kavramı içine sokmuştur. Gerek 5510 sayılı yasada gerekse 506 sayılı yasada işveren tanımı yapılırken sigortalı kavramı esas alınmıştır.

5510 sayılı Kanununun 12.maddesinin birinci fıkrası uyarınca Kanununun 4.maddesinin birinci fıkrasının a ve c bentlerine göre sigortalı sayılanları çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerle tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren sayılacaktır. İşverenin kim olduğunun tespit edilmesi bazen kolay olmamaktadır. Kural olarak Kanununun işveren için öngördüğü yükümlülük ve sorumlulukların doğduğu zaman dilimi dikkate alınarak işverenlik sıfatı belirlenmektedir.⁶¹ Kanundaki tanımlara göre işveren niteliği,işyerinde hizmet sözleşmesine dayanarak sigortalı çalıştırmaya başlama anında kazanılmaktadır.Diğer bir anlatımla,çalıştırılan kişiler sigortalı sayılanlar arasında değilse çalışma ilişkisi hizmet sözleşmesine dayansa bile, çalıştıran işveren sayılmayacaktır.⁶² Hizmet sözleşmesine dayanan çalışmalar dışında sosyal sigortalar kapsamına alınan sigortalıların işverenleri ise ilgili maddelerde belirtilmiştir.⁶³

⁵⁹ Engin;1993:116 ,vd.

⁶⁰ Güzel,Okur, Caniklioğlu, 2009: 181

⁶¹ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009:

⁶² Yarg.10.HD 7.7.1983 T.,1983/3250 E., 1983/3773 K.Yarg., HGK,31.3.1982,1458/320, Çenberci, 1985:81

⁶³ Ataman,2004:18

(3) İşveren Gibi Sorumlu Olanlar

Sosyal sigorta ilişkisinde işveren gibi sorumlu olan başka şahıslar da bulunmaktadır. Bu kişiler,işveren vekili,geçici işveren ve alt işveren olup; aşağıda bu kavramlara yer verilmiştir.

i. İşveren Vekili

Hızla gelişen endüstri dünyası işyeri ve işletme kavramlarını daha da zenginleştirmiştir. Bunun sonucunda yeni yönetim birimleri kurulmuş ve bu düzenleme içine işveren vekilleri kavramı da dahil edilmiştir.⁶⁴ Kanunun 12.maddesinin ikinci fıkrasında işveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekili olarak tanımlanmıştır. Kişinin işveren vekili sayılabilmesi için işin bütününü yönetiyor olması gerekir.⁶⁵ Aynı maddede devamla İşveren vekilinin Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları belirtilmiştir. 506 Sayılı Yasanın 4/2 maddesinde işveren vekili, işveren nam ve hesabına işin yönetimini yapan kişiler olarak tanımlanmıştır. Maddede bu Kanunda geçen işveren deyiminin işveren vekilini de kapsadığı ve işveren vekilinin de aynen işveren gibi sorumlu olduğu belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemenin 1985 tarihli 3203 Sayılı Yasayla 506 Sayılı Yasanın 4.maddesinin 4.fıkrasıyla yapılan değişiklikle doğduğu belirtilmelidir. Değişiklikten önce işveren vekilinin sorumluluğu sadece mali olmayan konularla sınırlandırılmıştı.⁶⁶

Ancak 506 sayılı Yasadaki işveren vekili tanımına göre bazı işlerde işveren vekilinin kim ya da kimler olduğunu saptamak zor olmaktadır. Çünkü, işveren adına çok sayıda kişi “işin yönetimini “ yapabilmektedir. Öğretide işyerinde en yüksek talimat yetkisine sahip kişi veya kişilerin yani işyerinin bütününü yönetme yetkisine sahip kişilerin işveren vekili sayıldığı düşüncesi hakimdir.⁶⁷ Bu konuya açıklık

⁶⁴ Kılıçoğlu,1999:181

⁶⁵ Tunçomağ,1990:123,Çenberci:1985,80

⁶⁶ Güzel, Okur,Canıklıoğlu,2009:183

⁶⁷ Tunçomağ,1990.:126

kazandırmak için 5510 Sayılı Kanunda işveren vekili”... işin veya görülen hizmetin bütününe yönetim görevini yapan kimse...” olarak tanımlanmıştır. Böylece yaşanan karışıklığa son verilmiştir.

ii.Alt İşveren

Teknolojik gelişmeler işverenlerin kendi işleri dolayısıyla bir başka işverenin hizmetinden yararlanılmasını zorunlu kılmaktadır.⁶⁸ Kavram İş Kanununda diğer işveren, öğretide alt işveren, uygulamada taşeron olarak ele alınmaktadır.⁶⁹

Kanunun 12.maddesinin 6.fıkrasında alt işveren tanımı yapılmıştır. Anılan fıkraya göre bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Hükümde, sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş olsalar dahi, asıl işverenin, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olacakları belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını, alt işverene ait işyerinin bildirimini, tescilini, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususları düzenlemek amacıyla Çalışma Bakanlığı tarafından “Alt işverenlik Yönetmeliği” hazırlanmıştır. Yönetmeliğin 3.maddesinin birinci fıkrasında alt işveren:” Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi burada alt işveren kavramı 5510 Sayılı kanundan daha ayrıntılı olarak tanımlanmıştır.⁷⁰

⁶⁸ Güzel, Okur,Caniklioğlu, 2009:183 Bu

⁶⁹ Kılıçoğlu,1999:184

⁷⁰ Kanımızca;asıl işveren -alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için;

a) Asıl işverenin işyerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.

b) Alt işverene verilen iş,asıl işe yardımcı işlerden olmalıdır.

c) Alt işveren,üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır.

ç) Alt işveren,o işyerinde önceden çalıştırılan bir kimse olmamalıdır.

Alt işverenin de işveren olduğu bu hukuki ilişkide,alt işverenle çalıştırdığı kişilerin arasındaki ilişki hizmet ilişkisidir.⁷¹ Yargıya intikal eden uyuşmazlıklarda sıklıkla iki işveren arasındaki ilişkinin hukuki niteliği tartışmalar yaratmaktadır. Bu ilişkinin şekli değil esas niteliğinin tespiti önem taşımaktadır. Bu nedenle işe alınma ve işten çıkarılma konularında hangi işverenin yetkili olduğunun,araç ve gereçlerin hangi işveren tarafından sağlandığının tespiti önem taşımaktadır.⁷²

Nitekim yaşanan muvazaalı ilişkiler nedeniyle 4857 Sayılı İş Kanununun 2.maddesinde asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından alınıp çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı ve daha önce o işyerinde çalıştırılan kimseyle alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı düzenlemesi getirilmiştir.

Yargıtay 1994 yılından beri limited şirket işçisi olarak çalışan işçiyle ilgili bir davada şu değerlendirmeyi yapmıştır. Limited şirketin 1996 yılında anonim şirketten iş aldığı düşünülürse anonim şirketin limited şirket işçilerine karşı sorumluluğu 1996 tarihinde başlar. Her ne kadar asıl işveren, alt işveren işçilerine karşı sorumlu ise de bu sorumluluk alt işverenin iş aldığı tarihte başlayacaktır.⁷³

Alt işveren sigortalı çalıştırmaya başladığı andan itibaren işveren niteliğini kazandığından çalıştırdıkları işçiler açısından yükümlülükleri öbür işverenden farksızdır.Alt işverenle asıl işverenin arasındaki ilişkinin en belirgin özelliği,alt işverenin sosyal sigorta yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde asıl işverenin sorumlu olmasıdır.⁷⁴

5510 SK'nun 12/VI hükmü sigortalıların, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işverenin, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olduğunu belirtmiştir. Bu hükümler kamu düzenine ilişkin olduğundan emredici niteliktedir. Sosyal sigorta yükümlülüklerinin bu emredici hükme aykırı olarak değiştirilmesi

⁷¹ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:183

⁷² 9.HD,18.11.1997 T. 1997/ 16673 E.,1997/19164 K. , kişisel arşiv

⁷³ Yarg. 9.HD, 22.2.2001, 19790/3151 Süzek,2002

⁷⁴ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:187

mümkün değildir.⁷⁵ Düzenlemeye aykırı bir sözleşmenin geçerli olmayacağı açıktır.Yargıtay tarafından da yapılan anlaşmaların kuruma karşı geçerli olmadığı, sadece taraflar arasında rücu sorumluluğu açısından geçerli olabileceği belirtilmiştir.⁷⁶

(iii).Geçici İş İlişkisi Kurulan İşveren

4857 sayılı İş Kanunu, Türk çalışma yaşamında fiilen karşılaştığımız ancak mevzuatta olmayan yeni çalışma biçimlerini içermektedir. Bunlardan biri de geçici iş ilişkisidir.⁷⁷ İşletmenin koşulları,işçinin işyerinin değiştirilmesini gerekli kılıyorsa işveren iyiniyetli olmak koşuluyla işçinin işyerini değiştirme hakkına sahiptir.⁷⁸ Söz konusu düzenlemeyle uygulamada karşılaşılan bu çalışma biçiminin yasal şartları belirlenmiştir.

4857 Sayılı İş kanununun 7.maddesine göre işveren rızasını almak koşuluyla bir işçiyi; başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi kurulur. Öğretide benimsendiği gibi,burada bir nevi ödünç ilişki söz konusudur.İşçinin işini işyerini yönetim hakkına dayanarak işveren belirler.Kaldı ki işçinin işin işverene ait işyerinde görülmesi esası işçinin işini mutlaka işyeri sınırları içinde yapması anlamına gelmez.⁷⁹

Geçici iş ilişkisi kurulduktan sonra, devreden işverenin ücret ödeme borcu devam edeceği gibi işçiyi gözetme borcundan her iki işveren birlikte sorumludur.⁸⁰

Yargıtay ödünç işçi çalıştırılan dönem için Kuruma açılan tespit davasında yanında geçici olarak çalışılan işverene dava açılmayacağını belirtmiş;bu kişi yanında çalışılmış bile olsa asıl işverenin diğer işveren olduğu gerekçesine

⁷⁵Çenberci, 1985:601,Güzel,Okur, Caniklioğlu, 2009:

⁷⁶ HGK 3.4.1974, 1974/314E., 1974/215 K., Güzel, Okur,Caniklioğlu,2009:188

⁷⁷ Avcılar,2009

⁷⁸ 9 HD 2.5.2000 T., 2000/2387 E.,2000/6493, Demir:89

⁷⁹ Demir,2005:89

⁸⁰ Çelik,2004:95

dayanmıştır.⁸¹ Oysa ki asıl işverenle iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini,geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür.Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür.Devreden işverenin, ücret ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Sigortalının ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden her iki işveren birlikte sorumlu tutulması gerekir.⁸²

(4) Kurum

5510 sayılı Kanunun 3.maddesinde Kurum,”Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı “ olarak belirtilmiştir. 506 sayılı Yasanın 1/2 maddesinde Kurum ifadesiyle sözü edilen, Sosyal Sigortalar Kurumuydu. Ancak 29.7.2003 tarihli 4958 sayılı Yasanın 21.maddesiyle Kurumun adı “Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı” olarak değişmişti.5502 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle Kurum “Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı” olmuştur.

5502 Sayılı Kanunun Geçici 1.maddesiyle”... 4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilâtı Kanunu ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumunun, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Sosyal Sigortalar Kurumunun, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumunun, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile kurulan Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığının “ bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla görevleri ile birlikte Kuruma devredildiği belirtilmiştir. Böylelikle SSK,Bağ-Kur,Emekli Sandığı ayrımlarına son verilmiş ve bütün bu kurumların görev ve yetkileri Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına geçmiştir. Görüldüğü üzere, 5502 sayılı Yasa üç temel sosyal güvenlik kurumunun hukuksal varlığına son vererek,farklı kesimde çalışanları kapsamak üzere devasa tek bir kurumun oluşumunu düzenlemektedir.⁸³ Bu gelişme,mevcut sistemin ıslah edilmek suretiyle

⁸¹ Yarg.10.HD 12.10.1998 T.,1998/11704 E.,1998/14289 K.,kişisel arşiv

⁸² Demir,2005: 56

⁸³ Makas,62

devamını savunan yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Eleştirilerin temel dayanağı, mevzuatın paralel hâle getirilmesi suretiyle kurumlar arasındaki farklılıkların sona ereceği noktasındadır.⁸⁴

5502 Sayılı Kanunun 3.maddesinde Kurumun temel amacı; “sosyal sigortacılık ilkelerine dayalı, etkin, adil, kolay erişilebilir, aktüeryal ve malî açıdan sürdürülebilir, çağdaş standartlarda sosyal güvenlik sistemini yürütmek “olarak tanımlanmıştır. Kurum Çalışma Bakanlığına bağlıdır.

5502 sayılı Yasada üç yıl içinde Kurumun merkez ve taşra teşkilâtı ve kadrolarının kademeli olarak bu Kanuna uygun hale getirileceği öngörülmüştür. Sözü edilen üç yıllık süre Bakanlar Kurulu kararı ile iki yıla kadar da uzatılabilecektir. Bu zaman zarfında Kurumun görevlerini Kurum personeli ve/veya devredilen kurumların merkez ve taşra teşkilâtı personeli yerine getirecektir. Kurumun organları; 5502 Sayılı Kanunun 4.maddesinde sayılmıştır.

Kurum, aşağıdaki organlardan oluşmaktadır:

- a) Genel Kurul.
- b) Yönetim Kurulu.
- c) Başkanlık.

Kurumun görevleri ise 5.maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

a) Ulusal kalkınma strateji ve politikaları ile yıllık uygulama programlarını dikkate alarak sosyal güvenlik politikalarını uygulamak, bu politikaların geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak.

b) Hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişileri hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak.

c) Sosyal güvenliğe ilişkin konularda; uluslararası gelişmeleri izlemek, Avrupa Birliği ve uluslararası kuruluşlar ile işbirliği yapmak, yabancı ülkelerle yapılacak sosyal güvenlik sözleşmelerine ilişkin gerekli çalışmaları yürütmek,

⁸⁴ Sözer,2006

usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaları uygulamak. ç) Sosyal güvenlik alanında, kamu idareleri arasında koordinasyon ve işbirliğini sağlamak.

d) Bu Kanun ve diğer kanunlar ile Kuruma verilen görevleri yapmak.

Sosyal Güvenlik Kurumu, çalışma ve sosyal güvenlik Bakanlığına bağlı, mali ve idari açıdan özerk ve tüzel kişiliği bulunan bir devlet kurumu olarak tanımlanmıştır. Ancak “malî ve idarî bakımdan özerk” olduğu söylenen kurum, aslında her dönem siyasî iktidarın etkisi altında olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. “Reform” yasaları ile sosyal güvenlik kurumunun “idarî ve malî” özerkliğinin sözde korunduğu ancak yönetim kurulunda devletin ağırlığı sürerken Genel Kurulun göstermelik niteliğinin devam ettiği savunulmuştur.⁸⁵

2.Serbest Sosyal Sigorta İlişkisi

Öğretide isteğe bağlı sigortalılık olarak adlandırılan bu sigorta ilişkisinde sadece ilişkinin kuruluşu açısından bir serbestlik bulunmakta fakat sigorta ilişkisine özgü kurallar yasalarla düzenlenmekte ve kural olarak değiştirilememektedir.⁸⁶

5510 Sayılı Yasada serbest sosyal sigorta ilişkisi türü olarak, sadece isteğe bağlı sigortalılığa yer verilmiştir. Oysa 506 Sayılı Yasada hem isteğe bağlı sigortalılık hem de topluluk sigortası düzenlenmişti. 5510 sayılı Yasa topluluk sigortasını ortadan kaldırmıştır. Her ikisi sosyal sigorta ilişkisi tipi aşağıda incelenmiştir.

a.İsteğe Bağlı Sosyal Sigorta İlişkisi

(1) Genel Olarak

Sosyal sigorta ilişkisi bir çalışma olgusunun sonucu olmakla birlikte bu ilişkinin gerçek bir çalışmaya dayanmadığı durumlar da vardır. İsteğe bağlı sosyal sigorta, 506 Sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, sigortalı olup da artık çalışmayan kişilere, belli koşulları sağlamak şartıyla, eskiden sahip olduğu sigorta

⁸⁵ Çelik,58;Urashı,2006

⁸⁶ Tunçomağ,1990:168

ilişkinini sürdürme olanağı veren bir sosyal sigorta ilişkisi tipiydi.⁸⁷ Daha sonra,5510 Sayılı Kanun isteğe bağlı olabilecek sigortalıların kapsamını genişletmiştir. İsteğe bağlı sigortaya olanak tanınmasının amacı, sigortalıları, çalışma hayatında sıkça rastlanan, sürekli ve düzenli iş bulma güçlüğü karşısında, uzun süreli sigorta kolları bakımından sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakmamaktır.⁸⁸ Sigortalının isteğine bırakılmış olan bu sigortalılık türü zorunlu sigortalılığın bir istisnasını oluşturmaktadır.⁸⁹ Kurumun bu sigortalılık açısından yasal koşulları sağlayan kişileri kapsamına alması bir zorunluluktur.⁹⁰

Herhangi bir sosyal sigorta kuruluşuna prim ödemeyen,kendi çalışmasından dolayı aylık almayan , sosyal sigorta kurumuna müracaat eden ve primlere ilişkin şartları yerine getiren kişiler isteğe bağlı sigortalı olabilmektedir.İsteğe bağlı sigortalılık zorunlu sigortalılık niteliğini kaybedenlere belirli şartlarda sigortalı olma imkanı veren bir yoldur.⁹¹

Kanununun 50.maddesinin birinci fıkrasında isteğe bağlı sigorta; kişilerin isteğe bağlı prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tâbi olmalarını sağlayan sigorta olarak tanımlanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında isteğe bağlı sigortalılığın şartları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre isteğe bağlı sigortalı olabilme hakkına Türkiye’de yasal olarak ikamet edenler ile Türkiye’de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde bulunan Türk vatandaşları sahiptir. Ayrıca,18 yaşını doldurmuş olmak ve 5510 sayılı Kanuna tabi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak gerekmektedir. Kanununun 4/a maddesi kapsamında sigortalı olarak çalışmakla birlikte, ay içinde 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmayanlarla kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olanlar da isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir. Bunun için sigortalı olmak isteyen şahsın isteğe bağlı talep dilekçesi/sigorta giriş bildirgesiyle Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuruda bulunması şarttır. Ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde

⁸⁷ Tunçomağ,1990:168

⁸⁸ Yarg. HGK Esas No: 2005/10-104 Karar No: 2005/186 Tarihi: 16.03.2005

⁸⁹ Tuncay,2000:122

⁹⁰ 10.HD 19.3.1999 1290 E 2925 K,YKD,Ağustos 1998,1169

⁹¹ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:170

iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinden isteğe bağlı sigortalılık talebinde bulunanlardan ise Türkiye’de ikamet şartı aranmamaktadır.⁹² Kurumun çıkardığı İsteğe Bağlı Sigorta İşlemleri Hakkında Tebliğde isteğe bağlı sigortalılığın usul ve esasları belirtilmiştir. Bu sigorta ilişkisinde kişiler sigortalı olup olmama konusunda serbestliğe sahiptir.⁹³ Ancak, sosyal sigorta ilişkisi kurulduktan sonra yasada belirtilen hükümler geçerlidir. Sigortalı bu hükümlere uymak zorundadır.

506 Sayılı Yasada ise isteğe bağlı sigortalılığın herhangi bir tanımı yapılmamıştı. Yasanın 85.maddesinde isteğe bağlı sigortalılığın şartları sayılmış ve isteğe bağlı sigortalılığın, kuruma yapılan müracaatı takip eden aybaşından itibaren başlatılacağı kabul edilmişti.5510 Sayılı Yasada isteğe bağlı sigortalı olabilmek için belli bir prim ödeme gün sayısı aranmazken 506 Sayılı Yasanın 85.maddesinde en az 1080 gün malullük,yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak zorunluluğu mevcuttu. Diğer taraftan 506 Sayılı Yasada öngörülen her ay kesintisiz 30 gün üzerinden malullük,yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemek zorunluluğuna da 5510 Sayılı Yasada yer verilmemiştir.5510 Sayılı Yasanın 50.maddesi sigortalı olarak çalışmakla birlikte, ay içerisinde 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmayanlara da sigortalılık imkanı getirmiştir.5510 Sayılı Yasa 506 Sayılı yasayla kıyaslandığında isteğe bağlı sigortalı olma imkanını kolaylaştırmıştır.⁹⁴

İsteğe bağlı sigorta türünde sosyal sigorta ilişkisi sigorta kurumuna ulaşması gereken tek yanlı bir irade beyanıyla kurulmaktadır. Müracaat olmaksızın primlerin yatırılmış olması da sigorta ilişkisini doğurmakta, sosyal sigorta ilişkisi ise prim yatırıldığı anda kurulmaktadır.⁹⁵

⁹² Özdemir,2009

⁹³ Okur,Güzel,Caniklioğlu,2009:170

⁹⁴ Uşan,2009:111

⁹⁵ Sözer,1991:44,46

Söz konusu sigorta ilişkisinin kuruluşunda tıpkı özel sigorta ilişkisinde olduğu gibi fiil ehliyeti aranmaktadır. Nitekim 5510 sayılı Yasanın 50.maddesine göre isteğe bağlı sigortalı olabilmek için 18 yaşını doldurmuş olmak zorunludur.⁹⁶

Bu sigorta ilişkisinin kuruluş anının tespit edilmesi ayrı bir önem taşımaktadır. Bu an, primlerin ödenmesi mi yoksa müracaat formunun kuruma ulaşması anı mıdır? 5510 SK'na göre isteğe bağlı sigortalılığın Kuruma yapılan müracaatı takip eden günden itibaren başlatılacağı kabul edilmiştir.⁹⁷ 506 Sayılı Yasada ise isteğe bağlı sosyal sigorta ilişkisinin, müracaat formunun kurum kayıtlarına geçtiği tarihi takip eden aybaşında kurulduğu kabul edilmişti.Bu açıdan 5510 Sayılı Yasa isteğe bağlı sigortalı olma sürecini hızlandırmıştır.Her iki Yasada da isteğe bağlı sosyal sigorta ilişkisinin kurulma anı müracaat formunun kurum kayıtlarına ulaştığı ana bağlanmıştır.

(2)İsteğe bağlı sigorta ilişkisinin tarafları

(i) Genel Olarak

Zorunlu sosyal sigorta ilişkisinin tarafları sigortalı, işveren ve Kurumdur. Oysa isteğe bağlı sigorta ilişkisinde bir çalışma olgusu söz konusu olmadığı için işverenden söz edilemeyecektir.⁹⁸ İsteğe bağlı sigortalılıkta sadece sigortalı kişiyle, Kurumun taraf olduğu bir ilişki söz konusudur. Aşağıda bu ilişkinin taraflarına kısaca değinilmiştir.

(ii) Sigortalı

İsteğe bağlı sigortalı olabilmenin koşulları 5510 sayılı Yasanın 50.maddesinde düzenlenmiştir. Bu koşullar yukarıda isteğe bağlı sigortalılık incelenirken belirtilmiştir. 506 Sayılı Yasada sınırlı sayıda kişileri kapsamına alan isteğe bağlı sigortalılığın,5510 Sayılı Yasada kapsamı genişletildiği görülmektedir.

⁹⁶ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:175

⁹⁷ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:176

⁹⁸ Richter,akt.,Sözer,1991:46

Ayrıca sağlık sigortasından faydalanma imkanı getirilerek bu sigortalılık özendirilmiştir.⁹⁹

5510 Sayılı Yasanın 50.maddesinde “...zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı çalışmakla birlikte...”ifadesiyle,zorunlu sigortalılara da isteğe bağlı sigortalı olma imkanını tanımıştır.Maddeye göre zorunlu sigortalılar eğer ay içerisinde 30 günden az veya son bir yıl içinde 360 günden az çalışmışsa ya da tam gün çalışmıyorsa isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir.Böylece,kısmi süreli iş sözleşmesiyle veya çağrı üzerine çalışanlar sigortalı olabileceklerdir.¹⁰⁰

Diğer taraftan isteğe bağlı sigortalılar için Genel Sağlık Sigortasından yararlanma imkanı getirilmiştir. Diğer bir değişiklik de 5510 sayılı yasada 18 yaş şartının getirilmesi ve 506 sayılı yasada aranan prim ödeme gün sayılarının kaldırılmış olmasıdır. Böylece 18 yaşını doldurmayanların isteğe bağlı sigortalı olma imkanı kalmamıştır.

(iii) Kurum

İsteğe bağlı sosyal sigorta ilişkisinde Kurum,zorunlu sosyal sigorta ilişkisindeki gibi Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığıdır.Bu konuda daha önce anlatılanlar,bu bölüm için de geçerli olduğundan ayrıca değinilmeyecektir.

b.Topluluk Sigortası İlişkisi

(1) Genel Olarak

Topluluk sigortası, zorunlu sigortanın kapsamı dışında kalanların sosyal güvenlik ihtiyaçları dikkate alınarak ve serbest sosyal sigorta ilişkisinin bir türü olarak düzenlenmiş olan bir sigorta şekliydi. Bu sigorta tipi, çalışma ve Sosyal

⁹⁹ Uşan,2009: 112

¹⁰⁰ Uşan,2009:112

Güvenlik Bakanlığının belirlediği genel şartlar doğrultusunda düzenlenen “tip sözleşmelere” göre kurulmaktaydı.¹⁰¹

506 Sayılı Yasada düzenlenmiş olan bu sosyal sigorta ilişkisi tipine,5510 Sayılı Yasada yer verilmemiştir. Eskiden topluluk sigortasına tabi olanlar, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Yasanın 4/b maddesi uyarınca işlem görmektedir.

506 sayılı yasanın 86. maddesinde düzenlenmiş olan topluluk sigortası ilişkisi bazı sigorta yardımları açısından zorunlu,bazı sigorta yardımları açısından ise,isteğe bağlı olabilmekteydi.¹⁰² Topluluk sigortası uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olup ,kısa vadeli sigorta kolları açısından da isteğe bağlı olarak uygulanmaktaydı.

Topluluk sigortasına tabi olma 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 186 maddesi gereği olarak zorunluymuştu. Bu nedenle Yargıtay zorunlu sigortalılığı sona erdikten sonra topluluk sigortasından faydalanmak üzere girişimde bulunmayan sigortalının açtığı tespit davasında avukatın baroya kayıtlı olup olmadığının araştırılarak bu sonuca göre hüküm kurulmasını aramıştır.¹⁰³

¹⁰¹ Bu durumda topluluk sigortasına tabi olan kuruluşlar,işyerlerinin bağlı bulunduğu sigorta müdürlüklerine topluluk sigortası sözleşmesi imzalamak için müracaat etmekteydi. Müracaat dilekçesine,ticaret sicil gazetesi örneği, şirketin tabi olduğu vergi dairesi müdürlüğü ve vergi numarası, istenilen iş konusunda varsa sözleşme örneği ya da konsolosluklardan alınan belge, şirketlerde şirketi temsile yetkili olanların işveren adına imza atmasına, iş takibi yapmasına yetkili kılındığına dair yetki belgesi ve bu kişilerin nüfus cüzdanı fotokopisi ile imza sirküsü, ayrıca topluluk sigortasına girecek sigortalıların adı, soyadı, baba adı ve sigorta sicil numarası ile bunların ödeyecekleri primleri gösterir belgeler eklenirdi (**Sigorta Rehberi,2009**) .

¹⁰² Sözer,1991:47

¹⁰³ 2002/2613 E.,2 002/2965 K.Çakmak,2005,549

(2) Topluluk Sigortası İlişkisinin Tarafları

(ii) Sigortalı

Topluluk sigortası, özellikle avukatlar, noterler, sigorta prodüktörleri ve sosyal güvenlik sözleşmesi imzalamayan ülkelerde çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçiler için uygulanmaktaydı¹⁰⁴ Bu sosyal sigorta ilişkisi, hizmet akdiyle çalışan veya çalışma şekilleri nedeniyle daha çok Bağ-Kur sigortalısı olması gereken avukat ve noterlerin, yapılacak tip sözleşmelerle SSK sigortalısı olma imkanını tanımaktaydı. Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, baroya kayıtlı avukatların topluluk sigortası yoluyla malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına girmeleri zorunluluğu getirmişti. Benzer bir düzenleme 1512 sayılı Noterlik Kanununda mevcuttu. Bu Kanuna göre kanunla kurulu emekli sandıklarından faydalanmayan noterlerin odaya kayıt oldukları tarihten itibaren topluluk sigortasına girmeleri zorunluydu.

Yürürlükten kalkan 506 Sayılı Yasanın 86. maddesine göre Kurumun, işverenler, sendika, dernek, birlik, ve başka teşekküllerle Çalışma Bakanlığının onaylayacağı genel şartlarla sözleşme yapma yetkisi bulunmaktaydı. Örneğin Türkiye Barolar Birliğinin belirlediği tip sözleşmelere göre barolar, Kurumla uzun vadeli sigorta dalları açısından zorunlu, kısa vadeli sigorta dalları açısından isteğe bağlı topluluk sigortası sözleşmeleri imzalayabilmekteydi. Böylelikle bu ilişkide isteğe bağlı sigortalılıktan farklı olarak sigortalı yerine sigortalı topluluğu olarak barolar, sendikalar, dernek ve birlikler gibi kuruluşlar da sosyal sigortalar ilişkisinin tarafı olarak yer almaktaydı. O dönemde topluluk sigortası kapsamına girenler 5510 Sayılı Kanunun 4. maddesinde belirtilen türlerden birisinin kapsamına gireceklerdir.¹⁰⁵

Topluluk sigortasına tabi olan sigortalıların bu sigortalılıktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açma hakkını kendi başlarına kullanmaları gerekmekteydi. Bir

¹⁰⁴ Tuncay, Ekmekçi, 2009 252

¹⁰⁵ Tuncay, Ekmekçi, 2009 252

başka anlatımla Kurumla topluluk sigortası imzalayan kuruluşların aktif taraf husumeti bulunmamaktaydı. Avukatlar için baro başkanlığının,¹⁰⁶ din adamları için Diyanet Vakfının,¹⁰⁷ topluluk sigortasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açma yetkileri yoktu. Bu kuruluşlarla kurum her ne kadar topluluk sigortası sözleşmesi yapmışsa da her üyenin kendi menfaati için ayrı ayrı dava açması gerekmektedir.

(ii) Kurum

Topluluk sigortası ilişkisinde Kurum, zorunlu sosyal sigorta ilişkisindeki gibi Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığıdır. Yukarıda Kuruma ilişkin anlatılanlar, bu bölüm için de geçerli olduğundan Kurumla ilgili bilgilere yeniden değinilmeyecektir.

c. Yardım Sandıkları

Sosyal Sigortalar Kanunu Geçici 20. maddesi bankalara, sigorta ve reasürans şirketlerine, ticaret ve sanayi odalarına ve borsalara veya bunların oluşturdukları birliklere, çalıştırmakta oldukları personele malûllük, yaşlılık ve ölümlerinde yardım yapmak üzere, vakıf veya dernek şeklinde özel sandıklar kurarak çalışanlarının sosyal güvenliklerini sağlama olanağı vermişti.¹⁰⁸

Sandıkların gelirleri, üyelerin maaşlarından kesilecek primlerle ve kurum mevcutların işletilmesi ile sağlanmaktaydı. 5510 sayılı Yasanın 106.maddesinin 1.fıkrası Sosyal Sigortalar Kanununun Geçici 20. maddesinde düzenlenen sosyal yardım sandıklarını ortadan kaldırmıştır. Ancak geçici 20. madde kapsamındaki bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler personeli için kurulmuş bulunan sandıkların iştirakçileriyle, malullük, yaşlılık, ölüm sigortasından aylık veya gelir alanları ve bunların hak sahipleri, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın Kanun kapsamına alınmıştır. Kanunun resmi gazetede yayımlanmasından itibaren üç yıl içinde

¹⁰⁶ 10 HD 2001/7935 E.,2001/8955 K.,Çakmak,2005,548

¹⁰⁷ 10.HD 31.10.1997 T.,6216 E.,7525 K.Çakmak,2005,547

¹⁰⁸ Türkiye İşveren Sendikaları,2009

sandıkların Sosyal Güvenlik Kurumuna devri gerçekleştirilecektir. Devir tarihi itibarıyla sandık iştirakçileri Yasanın 4/a bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

Yasada belirlenen komisyon, sandığın gelir ve giderlerini dikkate alarak yükümlülüğünün değerini hesaplayacak ve bu değer, on beş yıldan fazla olmamak üzere, yıllık eşit taksitlerle her yıl için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacaktır.İştirakçilere sağlanan sosyal sigorta yardımları ile iştirakçilerin primlerinin tahsiline,bu kanun hükümlerine göre sandıklarca devam edilecektir.

3.Şekli Sigorta

Şekli sigorta,zorunlu ve serbest sigorta yanında sosyal sigorta ilişkisinin üçüncü şeklidir.¹⁰⁹.Bu sigorta tipi,yasal koşulları gerçekleşmediği halde sadece bir tarafın prim ödemesi,diğer tarafın bu primleri tahsil etmesiyle doğan,haricen görünen şeklen varolan bir sigorta ilişkisidir.¹¹⁰ Uygulamada sigortalılar veya bazen de sosyal güvenlik kurumu sigortalılık koşullarının varlığı hakkında yanılmış olabilirler. Kişi,hakkında sigortalılık koşulları olmadığı halde prim yatırmış, Kurum da primleri itiraz etmeden tahsil etmiş olabilir. Bu halde prim ödenen sürenin hukuki konumunun belirlenmesi gerekir. Formel (şekli) sigorta olarak adlandırılan söz konusu olgu 5510 SK Md. 89/3.'de düzenlenmiştir.¹¹¹ Prim borçlarına halef olma, gecikme cezası ve gecikme zammı ile iadesi gereken primlere ilişkin düzenlemeleri içeren 5510 Sayılı Yasanın 89.maddesinde yersiz olarak alınan primlerle ilgili olarak şu hüküm bulunmaktadır: “...*Yanlıı veya yersiz alınmış olduğu tespit edilen primler, alındıkları tarihten on yıl geçmemiş ise, hisseleri oranında işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara veya genel sağlık sigortalılarına veya hak sahiplerine kanunî faizi ile birlikte geri verilir.*”

Bilindiği üzere Kurum tarafından tahsil edilen bütün primlerin yasal bir dayanağının bulunması gerekir.¹¹² Yasal dayanağı olmaksızın alınmış olan primler

¹⁰⁹ Krejci,akt.,Sözer,1991:52

¹¹⁰ Bley,191, Sözer,1991:52

¹¹¹ Sözer,2010,58

¹¹² Aslanköylü,2004:1810

nedeniyle , sigortalı ya da işverenle Kurum arasında kurulmuş olan ilişki şekli sosyal sigorta ilişkisidir.

Türk sosyal sigortalar sisteminde yanlış ve yersiz alınmış primler için ifade edilen durum şekli sigortadır. Bir kişinin sigortalı sayılabilmesi için sadece kuruma bildirilmesi yeterli değildir.Aynı zamanda o kişinin eylemli çalışması da gerekir.¹¹³

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinde de “Fiilen çalışılmadığı veya sigortalılık niteliği taşımadığı halde gerçek dışı bildirim dayalı olarak yersiz yapıldığı anlaşılan tescil işlemleri iptal edilir” hükmü mevcuttur.

Şekli sosyal sigorta ilişkisinde yersiz olarak tahsil edilen primlerin iadesi ve Kurum tarafından sağlanan yardımların geri istenmesi sorun oluşturmaktadır. Yersiz alınan primlerin herhangi bir talep şartına bağlı olmaksızın iadesi zorunludur.¹¹⁴.Ortada bir sebepsiz zenginleşme olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁵ Ancak bu süre 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır.¹¹⁶

Kurumun bu primleri iadesi için primlerin hatalı veya nedensiz olarak yani yasal bir dayanağı olmaksızın tahsil edilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca primlerin yasal faiziyle geri ödenmesi gerekmektedir.¹¹⁷ Diğer taraftan 89.maddede prim iadesi nedeniyle sigortalıların, isteğe bağlı sigortalıların, genel sağlık sigortalılarının aylık, gelir, ödenek ve sağlık hizmetlerinden yararlanma şartlarını yitirmeleri durumunda, bu Kanuna göre ödenen aylık, gelir ve ödenekler ile sağlanan sağlık hizmetlerinin durdurulacağı da hükme bağlanmıştır.Ayrıca, madde içeriğinde yanlış veya yersiz yapılan masrafların da 96. madde hükümlerine göre ilgililerden geri alınacağı ifade edilmiştir. 506 SK 'nun 84.maddesinde de “yanlış ve yersiz primlerin alındıkları tarihten itibaren 10 yıl geçmemişse, hisseleri oranında işveren ve sigortalılara geri verilmesi” hükmü mevcuttu. Ayrıca, iade edilen primlere rağmen edimlerden yararlanma koşulları (asgari prim gün sayısı, sigortalılık süresi) ortadan

¹¹³ Yargıtay 21.HD 25.2.1999 T.,1999/1185E.,1172 K. ,kişisel arşiv

¹¹⁴ Tuncay, Ekmekçi,2009:176

¹¹⁵ Aslanköylü,2004:844

¹¹⁶ Tunçomağ,1990: 205

¹¹⁷ 10 HD 18.4.1995 67 E 3774 K YKD, Ağustos 1995,1231

kalkmıyorsa, o ana dek sağlanan edimlerin sunulmasına devam edilmekteydi.¹¹⁸ oysa yersiz olarak alınan primlerin geri verilmesini düzenleyen 506 Sayılı Yasanın 84.maddesinde daha önce yapılan yardımlara ait giderlerin ilgililerden geri alınmayacağı hükmü bulunmaktaydı. Ancak bu hüküm,mutlak nitelikli bir hüküm olmayıp,yanlış ve yersiz prim alınmasında sigortalının ya da işverenin suç sayılır bir fiili neden olmuşsa bu giderler istenebilmekteydi.¹¹⁹ 5510 Sayılı Yasada ise yersiz ve yanlış olarak yapılan masrafların ilgililerden her halükarda geri alınması hükme bağlanmıştır.¹²⁰

Ancak bazı kişilerin yıllarca Kurumca sigortalı kabul edilerek sigortalı gibi işleme tabi tutulduğu durumlarda sosyal sigorta ilişkisinin daha sonra yok sayılmasına izin verilemeyeceğini de belirtmeliyiz. Nitekim Yargıtay,davacının yıllarca sigortalı gibi işleme tabi tutulduktan sonra tek taraflı ani bir tasarrufla sigortalılık kaydının iptal edilmesini doğru bulmamıştır.Kurumun sigortalının hukuk alanında oluşan bu hakkı ortadan kaldıramayacağına karar vermiştir.¹²¹ Hatalı olarak kurulan sosyal sigorta ilişkisi için 5510 SK.'da bir başka düzenleme daha bulunmaktadır.¹²² Madde 53/5 uyarınca, *“Sigortalının, bu madde hükmüne göre sigortalı sayılması gereken sigortalılık halinden başka bir sigortalılık hali için prim ödemiş olması durumunda, ödenen primler 53/1. fıkraya göre esas alınan sigortalılık hali için ödenmiş ve esas alınan sigortalılık halinde geçmiş kabul edilecektir.”* Anılan maddede,aynı anda sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olmayı gerektirecek şekilde çalışması bulunan sigortalılara uygulanacak sigortalılık ilişkisinin nasıl belirleneceği hükme bağlanmıştır . 5510 SK'da aynı konuya ilişkin olarak getirilmiş birbiri ile çelişkili iki kural bulunmaktadır. Md.89/3'de hatalı sigorta ilişkisi başlangıçtan itibaren yok sayılmakta ve ödenmiş primlerin iadesi yoluna başvurulmakta; Madde 53/5'de ise, ilgilinin prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi dikkate alınarak geçersizlik kaldırılmakta ve kurulan idare hukuku borç ilişkisine başlangıçtan itibaren hukuki bir değer tanınmaktadır.¹²³

¹¹⁸ Günay ;akt.Sözer,2010:61

¹¹⁹ Aslanköylü,2004:1819

¹²⁰ Tuncay ,Ekmekçi,2009:177

¹²¹ 10.HD.3.12.1973 T.,1445 E.,2227 K.,Çakmak,2001:13

¹²² Sözer,2010:58

¹²³ Sözer,2010:59

4.Geçersiz Sigorta

Sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmek amacıyla ya da başka nedenlerle işyerinde gerçekte çalışmayan kişilerin çalışıyormuşçasına Kuruma bildirildiği durumlarda sigortalının ve işverenin birlikte ya da birinin tek başına haksız eylemi ya da suç sayılır davranışıyla sigortalı kişinin üyelik sıfatını kazandığı bu ilişki türüne geçersiz sigorta ilişkisi denmektedir.¹²⁴

Ülkemizde sigortalılık haklarından yararlanmak amacıyla,sanki bir işverenin çalışanı gibi kendilerini Kuruma bildiren sigortalılara sıkça rastlanmaktadır. Özellikle ağır masraf gerektiren hastalıklar nedeniyle hastalık sigortasından yararlanmak amacı bu ilişkinin kurulmasında en önemli nedendir. Örneğin ülkemizde diyaliz hastalarının %80'i,kanser hastalarının %90'ı SSK'nın olanaklarından yararlanmıştır.¹²⁵ Diğer önemli bir neden de yaşlılık sigortasından yararlanma amacıdır.

Sigortalının kastı olmaksızın Kurumca yanlış ve yersiz olarak tahsil edilen primler formel sigorta ilişkisi doğurduğu halde; burada kişi gerçekte olmayan bir hizmet akdini varmış gibi göstererek kendisinin Kuruma bildirilmesini sağlamıştır. Kişi,işverenle birlikte ya da bağımsız olarak hareket etmiş olabilir.Bu tarz eylemler aynı zamanda suç ta oluşturabilir.Geçersiz sigorta ilişkisinin sosyal sigorta giderlerinin artmasında büyük rolü vardır. Sahte sigortalı bildirim,sonuçları açısından vergi uygulamalarını da ilgilendirmektedir. Çünkü işveren gerçekte hiçbir zaman çalıştırmadığı ve ücret ödemediği kimseye ödediği ücretleri ve sigorta primlerini gelir veya kurumlar vergisi matrahından düşerek vergi ziyasına sebep vermektedir.¹²⁶

Yersiz ödemelerin geri alınma şeklini düzenleyen 96.maddede yersiz ödemeye neden olan olaylar iki gruba ayrılmıştır. İlki şu şekildedir ; “... *Kastlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en*

¹²⁴ Sözer,1991,s:55,56

¹²⁵ O.Karadeniz-Hülya K.Karadeniz,2009:1

¹²⁶ O.Karadeniz-Hülya K.Karadeniz,2009:1

fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,” itibaren geri alınır. İkinci düzenleme ise “... Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, üç aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan, itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır. “ şeklindedir.

Bu hüküm geçersiz sigorta ilişkisi ile şekli sigorta ilişkisini birlikte düzenlediği için eleştirilere açıktır. Her şeyden önce BK m.63’e göre haksız olarak bir şeyden istifade eden kişi iyi niyetle onu elinden çıkarmışsa borcundan kurtulur. Oysa 5510 sayılı yasa iyi niyetli iktisap hallerini de kapsayacak şekilde yapılan bütün ödemelerin geri istenmesini hükme bağlamıştır. Kasıtlı ve kusurlu davranışta bulunanla ,iyi niyetli olanlar arasında sadece yapılan ödemelerin geri istenme şekli ve zaman aşımı süreleri açısından farklılık getirmiştir. Sigortalıların kıt kanaat geçinen kimseler olması nedeniyle bu durumda iyi niyetli sigortalıların korunmaması Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin yerleşik içtihatlarına da aykırılık yaratacağı ileri sürülmüştür.¹²⁷

Sosyal sigorta ilişkisinin filli bir çalışmaya dayanmadığının tespiti halinde Kuruma ilk defa bildirilen sigortalının tescil kaydı iptal edilmektedir. Ayrıca emekli olan kişiye Kurumca bağlanan aylık ve gelirler de iptal edilmekte ve geriye dönük olarak yasal faiziyle birlikte kendisinden geri talep edilmektedir.¹²⁸ Sigortalıya sağlanan bütün yardımlar da geri alınabilmektedir. Böylelikle geçersiz sigorta ilişkisinde sadece primlerin iadesi değil , yardımların da tasfiyesi söz konusu olacağından sigorta ilişkisi de geriye etkili olarak tamamen ortadan kaldırılmaktadır.¹²⁹

¹²⁷ Aslanköylü,2004:1820

¹²⁸ Evcil,2006,12

¹²⁹ Kurt,2002:453 , Karadeniz,2009:4

Çalışmaları gerçek dışı olarak Kuruma bildirilen sigortalıya kısa vadeli sigorta kollarından (iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık) yapılan tüm masraflar sahte sigortalıyı bildiren işverenden talep edilmektedir. Ayrıca bu işverenler aleyhine suç duyurusunda da bulunmaktadır.¹³⁰

¹³⁰ Karadeniz,2002,26

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL SİGORTALAR İLİŞKİSİNDE HİZMET AKDIYLA ÇALIŞAN SİGORTALI

I. HİZMET AKDIYLA ÇALIŞAN SİGORTALI KAVRAMI

Ülkemizde çalışanların sosyal güvenliği yıllarca farklı sosyal sigorta kanunlarına göre sağlanmıştır. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle tüm çalışanlar kural olarak aynı Kanunun kapsamına alınmışlardır.¹³¹ Bu Kanunun kapsamının kişiler bakımından uygulanmasında daha önce 506 SK'nun kapsamına giren sigortalılar 5510 SK'nun m.4/1,a bendinde; 1479 SK'nun kapsamına girenler m.4/1,b bendinde;5434 SK'nun kapsamına girenler m.4/1,c bendinde sigortalı sayılmışlardır.

Sigortalı kavramı 5510 sayılı Yasanın 3.maddesinin 6.fikrasında tanımlanmıştır. Buna göre sigortalı,kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi veya kendi adına prim ödemesi gereken kişidir. Tanımda geçen kısa vadeli sigorta kolları, iş kazası-meslek hastalığı, hastalık ve analık sigorta kollarını, uzun vadeli sigorta kolları ise malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarını ifade etmektedir. Söz konusu sigorta kollarının tümü Yasada sosyal sigortalar olarak tanımlanmıştır. Bu durum karşısında anılan sigortalardan yararlananları sosyal sigorta sigortalısı olarak ifade etmek te mümkündür.¹³²

Yasadaki bir başka sigortalı tanımı da genel sağlık sigortası ile ilgilidir. Zira, Yasa sigortalıları temelde iki gruba ayırmıştır. Bunlardan ilki,yukarıda sosyal sigortalar sigortalıları olarak tanımlanan grup,ikincisi ise genel sağlık sigortalıdır. Genel sağlık sigortalısı, sigortalı ve isteğe bağlı sigortalı tanımından ayrı olarak, genel sağlık sigortası bakımından adına prim ödenmesi veya kendi adına prim ödemesi gereken kişileri ifade etmektedir¹³³

¹³¹ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009: 94

¹³² Akın,2006:27;Aslanköylü,2009:1154,1155

¹³³ Akın,2006:27

5510 sayılı Kanun ;506 Sayılı Kanuna,Bağ-Kur ve Emekli Sandığı Kanununa tabi olarak çalışanları sigortalı saymıştır.Yani hizmet akdiyle bağımlı çalışanları,kendi nam ve hesaplarına çalışanları ve kamu görevlilerini sigortalı kapsamına almıştır.Ancak,inceleme konumuz hizmet akdine dayanarak sigortalı sayılanların açmış oldukları sosyal sigorta ilişkisinin tespitine yönelik davalar inceleme konumuz olduğu için 5510 Sayılı Kanunun sadece hizmet akdiyle çalışanların sosyal sigortalılığına ilişkin hükümleri incelenmiştir.

A.Sigortalı Sayılmanın Şartları

5510 Sayılı Yasanın 4.maddenin a bendinde kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; “hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların” bütün sigorta dalları açısından zorunlu sosyal sigorta sigortalısı oldukları belirtilmiştir. Bu hüküm,506 sayılı Yasanın 2.maddesindeki sigortalı sayılanlara ilişkin hükmün tekrarı niteliğindedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu 2.maddesinde kapsamına aldığı sigortalıları tanımlamıştı. Bu düzenlemeye göre, iş akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalı sayılmakta, bunun dışında 10.7.1941 tarih ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanuna göre çalıştırılan Koruma Bekçileri de sosyal sigorta kapsamına almaktaydı. 5510 sayılı Yasa, bu kişilere de 4.maddenin a bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin uygulanacağını hükme bağlamıştır.

Yüksek Mahkeme kararlarına göre sigortalı sayılabilmek için, iş ilişkisinin hizmet akdine dayanması, hizmetin işverene ait işyerinde geçmesi ve sigortalı sayılmayan kişiler içinde yer almamak koşullarının bir arada geçmesi gerekmektedir.¹³⁴ Her iki yasadaki sigortalılığı incelemeye geçmeden önce bazı temel kavramlar aşağıda incelenmiştir.

¹³⁴ Okur,2003,214

1.Hizmet Akdine Bağlı Olarak Çalışma

5510 sayılı kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre hizmet akdiyle bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalı sayılmaktadır. Kanun 506 sayılı Kanunda olduğu gibi hizmet akdi kavramını tanımlamamıştır. Ancak 506 Sayılı Yasanın aksine ilgili Kanunlara atıfta bulunmuştur. Nitekim 506 Sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde atıfta bulunulan Kanunlarla çalışma ilişkisinin hizmet akdi olup olmadığı belirlenmekteydi.

Kanunun yaptığı bu tanım 4857 sayılı İş Kanununun işçi tanımına benzemektedir. İş Kanunu anlamında işçi olanlar genellikle 5510 SK'nun 4/1 a bendi kapsamında sigortalı niteliğine de sahiptir. Bununla birlikte bu iki kavram özdeş değildir. Yani işçi sayılan kişinin sigortalı sayılmaması, işçi sayılmayan bir kişinin de sigortalı sayılması mümkündür.¹³⁵ Aşağıda hizmet akdinin niteliği ve koşulları incelenmiştir.

a. Hizmet Akdinin Tarifi

Sigortalı sayılmak için 5510 Sayılı Kanunun m.4/1,a bendine göre iş ilişkisinin hizmet akdine dayanması gerekmektedir.¹³⁶ 818 sayılı Borçlar Kanununun 313.maddesinde hizmet akti “*bir mukaveledir ki, onunla işçi muayyen ve gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder*” şeklinde tarif edilmiştir. Aynı maddede “ *hizmet akdinden söz edebilmek için belirli bir işin, işverene bağımlı olarak çalışma karşılığında bir ücret mukabili yapılması gerekmektedir*” cümlelerine yer verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanununun 8.maddesi ise iş sözleşmesini tanımlamıştır. İş sözleşmesi bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın ücret ödemeyi üstlenmesiyle oluşan sözleşmedir. İş görmeyi üstlenen kişi işçi; ücret ödemeyi üstlenen kişi ise işverendir. 5510 SK'nun 3.maddesinin 11.bendinde “... 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununda tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini,” ifade ettiği belirtilmiştir.

¹³⁵ Güzel,Okur, Caniklioğlu,2009:95

¹³⁶ Saraç,1993:19

Anayasa Mahkemesi de bir kararında,hizmet akdinin bir kimsenin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi;iş sahibinin emrinde bulunmayı,iş sahibinin de ona ücret ödemeyi üstüne aldığı bir çalışma ilişkisi olarak tanımlamıştır.¹³⁷

Yargıtay,sosyal sigortalar açısından hizmet akdinin unsurlarını zaman ve bağımlılık olarak belirtmektedir.¹³⁸ Yüksek Mahkeme bir çok kararında sigortalı olma niteliğini belirlerken çalışma ilişkisinin bir hizmet sözleşmesine dayanmasını,işin işverene ait işyerinde yapılmasını ve çalışanın sigortalı sayılmayan kişiler arasında bulunmaması şartlarını birlikte aramıştır.¹³⁹ Yargıtaya göre sigortalı sayılmak için kişinin Kanunda belirtildiği biçimde fiilen çalışması da gerekmektedir.
140

Ücret almasalar dahi fahri asistanların,¹⁴¹ noterde çalışan kişilerin¹⁴², iş görme ediminin işverene ait işyerinde ,onun denetim ve gözetimi altında geçtiği,zaman ve bağımlılık unsurlarının birlikte gerçekleştiği gerekçesiyle hizmet akdinin oluştuğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, örneğin istisna akdi veya vekalet akdiyle çalışanlar,yaptıkları iş hizmet akdine dayanmadığı için,sigortalı sayılmayacaktır.

Yargıtay işverenle aralarında bağımlılık ve zaman unsurlarının oluştuğunu dikkate alarak tercümanlar ve rehberleri¹⁴³ köy bekçilerini¹⁴⁴ profesyonel futbolcuları¹⁴⁵ ücret karşılığında kooperatif başkanlığı görevini yapanları,¹⁴⁶ şöförleri¹⁴⁷, genelev çalışanlarını¹⁴⁸ sigortalı kabul etmektedir.

¹³⁷ AYMK,26-27.09.1967,336/29,RG.,19.10.1968,13031,akt.Evcil,11

¹³⁸ 21 HD 4.2.1997 T.,1997/544E.1997/573K. ;21 HD 8.6.2000 T. 2000/4584E. 2000/4611K.,kişisel arşiv

¹³⁹ 21 HD 4.2.1997 T.,1997/544 E.1997/573 K. ;21 HD 8.6.2000 T. 2000/4584 E. , 2000/4611K. ,kişisel arşiv

¹⁴⁰ Okur,2004,2;Şakar,117

¹⁴¹ 10 HD.,8.2.1983 T.,1983/260 E.,1983/491 K.,kişisel arşiv

¹⁴² 10 HD.,17.12.1996 T.,1996/1075 E.,1996/10829 K.,kişisel arşiv

¹⁴³ 10. HD. 5.4.1983 T. 867 E.,1758 K.;HGK 14.4.1982 T.,1982/1643E., 1982/359 K.,kişisel arşiv

¹⁴⁴ HGK 24.12.1985 T. 1985/6406E., 1985/7244 K.,kişisel arşiv

¹⁴⁵ 10 HD 29.3.2001 T. 2001/891E., 2001/2295 K.,kişisel arşiv

¹⁴⁶ 10.HD 22.5.1984 T. 1984/ 1600E.1984/2835 K.,kişisel arşiv

¹⁴⁷ 10.HD 2.12.1997 T.,8684 E.,8523 K.,kişisel arşiv

¹⁴⁸ 10.HD 22.12.1998 T.,1998/9194 E.,1998/9191 K. ,kişisel arşiv

Yüksek Mahkeme başka kararlarında ise istisna akdine göre bir eser yapmak üzere çalışan kişinin¹⁴⁹ ve vekalet sözleşmesine göre çalışan bir mali müşavirin¹⁵⁰ sigortalı sayılmadığına karar vermiştir. Bir başka kararında Yüksek Mahkeme bir işverene bağlı olarak ücretle çalışan avukatın zorunlu sigortalı olduğunu ve topluluk sigortasına tabi olamayacağına karar vermiştir.¹⁵¹ Ancak serbest avukat gibi topluluk sigortasından yaralanmaya başlayan ve primlerini ödeyen avukatınsa zorunlu sigortalı sayılmadığına karar vermiştir.¹⁵²

b.Hizmet Akdinin Unsurları

Hizmet akdini diğer sözleşmelerden ayıran üç temel unsur vardır. Bunlar "iş", "ücret" ve "bağımlılık" olgularıdır. Bunlar aşağıda kısaca incelenmiştir.

(1)Hizmetin Sigortalı Hizmet Sayılması

Hizmet akdinden sözedebilmek için,bir çalışmanın işveren hizmetine sunulması zorunludur. İşçi emeğini verme taahhüdünde bulunur ve hizmet verme sorumluluğunu taşır. Hizmetin sigortalı bir hizmet sayılabilmesi için,hizmet akdi kanuna ve ahlaka aykırı nitelikte olmamalıdır.Ancak,bu durum her ahlaka ve kanuna aykırı hizmetin sigortalılık niteliğini yok ettiği anlamına gelmemelidir. Hizmetin sigortalı hizmet olabilmesi için hizmet ilişkisinin doğumuna engel olacak ağırlıkta bir yasaya ve ahlaka aykırılık bulunmaması gerekir. Örneğin,bir kadının fuhuş yapmak için genelevde çalışmak üzere işe alınması durumunda kadın sigortalı sayılmaktadır. Kadının yapacağı iş her ne kadar ahlaka aykırı bir iş olarak nitelendirilmekteyse de uygulamada hizmeti sigortalı hizmet olarak kabul etmek genelev kadınının genelev patronuyla yaptığı hizmet sözleşmesini geçerli saymak isabetli bir durum yaratmıştır.¹⁵³

¹⁴⁹ 9.HD 13.4.1973 1973/39758 E,1973/10909 K. ,kişisel arşiv

¹⁵⁰ 9.HD 26.4.1973 T.,1973/40599 E,1973/12891 , kişisel arşiv

¹⁵¹ 9.HD 1972 T.,27273 E.,25255 K.Çakmak,2005,529

¹⁵² 9.HD 28.5.1973 T.,45602 E.,18871 K.,Çakmak,2005,529

¹⁵³ Tunçomağ,1990:102

Sigortalı hizmetten söz edebilmek için hizmet akdinin rızayla kurulması da gerekmektedir. Örneğin, bir iş aile bireylerinin aile hukukuna göre yaptıkları bir yüküm ise ya da cezaevinde zorla yaptırılan çalışma durumunda ise, hizmet akdinin varlığından söz edilemez. Nitekim Kanunun 6.maddesi aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanları sigortalı saymamıştır. Ancak konut içinde yapılan işte konutta yaşamakla birlikte 3.dereceden farklı bir hısımlık ilişkisi varsa ya da dışarıdan birinin katılması durumunda Kanunun 6/1 b hükmündeki istisna ortadan kalkmaktadır.¹⁵⁴ Görüldüğü gibi Kanunda sayılan bu istisna, aynı konutta birlikte yaşayan akrabalar arasında yapılan işlerde hizmet ilişkisinin bulunmadığını kabul etmektedir.

Ancak, hısımlar arasında hizmet akdinin oluştuğu durumlar da vardır. Örneğin eşin çalışmasının bir ücrete dayanması gibi. Bu durumda ücretle çalışan eş sigortalı sayılacaktır. Ücretsiz çalışan eşse Kanunun 6/1 a bendinde sayılan istisnalar içinde yer aldığından zaten sigortalı sayılmamaktadır. Ancak eşler arasında gerçekten bir hizmet akdi varsa çalışan eş sigortalı sayılacaktır.¹⁵⁵

Yargıtay bir kararında bir işverenin yedi çocuğuyla birlikte inşaat yapması durumunda çocukların bir ortaklık çerçevesinde hareket edip etmedikleri, yaşları, gördükleri iş, tapudaki mülkiyet durumlarının araştırılıp ona göre babanın işveren niteliğinin tespitini gerekli görmüştür.¹⁵⁶

İşyerinde çalıştırılan çocukların sigortalı sayılmayacağı yönünde bir hüküm mevcut değildir. Ancak bu çocukların yaşları, çalışmanın şekli ve sürekliliği ile aile ilişkileri çevresinde arızı yardım niteliğinde olup olmadığı hususlarının araştırılması gerekmektedir.¹⁵⁷ Başka bir kararında da Yargıtay ücretsiz çalışan eş dışındaki aile mensuplarını sigortalı olarak kabul etmiştir.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009, 121

¹⁵⁵ Tuncay, 2000 20

¹⁵⁶ 10.HD 6.2.1975 T., 1975/6696 E., 1975/601 K. kişisel arşiv

¹⁵⁷ 10 HD 21.6.1983, 3237/3370 Kurt, 2004, 22

¹⁵⁸ 10.HD 29.3.1976 T., 1976/7561 E., 1976/2265 K., kişisel arşiv

Hizmet akdinin varlığı için çalışmanın serbest iradede kaynaklanması gerekmektedir. Serbest iradenin olmadığı durumlarda çalışmanın hizmet akdine dayanmadığı açıktır. Ceza ve ıslahevlerinde çalışan kişilerle cezaevi arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisi olduğu için hizmet akdinden söz edilemeyecektir.¹⁵⁹ Ancak, Kanunun 5.maddesinin a bendi hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan “tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan” hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanacağını belirtmiştir. Kanun sadece tesis atölye ve benzeri ünitelerde çalışanlardan söz etmiştir. Yargıtay eski bir kararında 506 sayılı Yasanın 3.maddesi, sadece ceza ve ıslahevlerindeki atölyelerde çalıştırılan mahkumların sigortalı sayılmayacaklarını belirttiği için , bu yer dışında bir kiremit ve tuğla fabrikasında çalışan davacının sigortalı sayılacağına karar vermiştir.¹⁶⁰

(2)Bağımlılık Unsuru

Hizmet akdini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur, bağımlılık unsurudur.¹⁶¹ Bağımlılık unsuru, sigortalının işverenin otoritesi altında,onun yönetimi ve gözetim altında emir ve talimatlarına uyması ve cezalandırma yetkisini de kabul etmesi anlamına gelmektedir ¹⁶² Diğer iş görme sözleşmelerindeki işveren talimatları ise genellikle borcun konusuna yani edimin sonucuna yöneliktir.¹⁶³ Hizmet akdinde ise,bu talimatlar iş görme sürecinin tamamını kapsar.İşçi işverenin emir ve talimatlarına uymak zorundadır. İşverenin işle ilgili olarak işçi üzerinde yönetim hakkı bulunmaktadır. Yargıtay bir çok kararında sigortalı hizmetin tespitinde bağımlılık unsurunun varlığını aramıştır.¹⁶⁴

Ancak bazı durumlarda, kişisel bağımlılık unsurunun, açık olarak ortaya konulmasında zorluklar vardır. Üzerinde durulması gereken bir nokta da iş görme

¹⁵⁹ Uşan,,2001, 1473 vd

¹⁶⁰ HGK 3.2.1971 T. 1971/ 9-930 E. 1971/61 K ;Çakmak,70

¹⁶¹ Günay, 2007,191;Arslanköylü,2009:238

¹⁶² Uşan,,2009,75

¹⁶³ Demir,2005,33,34

¹⁶⁴ 21.HD 13.5.2002 T., 231 E.,307 K.;10.HD.,27.6.2001 T.,3653 E.,5041 K.,Arslanköylü,2009:238,240

borcunun işyerinde yapılmasının gerekip gerekmediğidir.¹⁶⁵ Bazı yazarlar işin işverene ait işyerinde görülmesini hizmet akdinin bir unsuru saymaktadır.¹⁶⁶ Ancak işverene ait işyeri kavramının dar bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini de eklemektedirler.¹⁶⁷

Yüksek Mahkeme 506 sayılı Kanun dönemindeki uygulamasında işin işyerinde yapılması şartını aramıştır.Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm kurmuştur: “*Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için, bu akitle çalışana yüklenen işgörme ediminin işverene ait işyerinde ve onun denetim ve gözetimi altında yerine getirilmesi zorunludur*”¹⁶⁸ Sigortalı niteliğinin kazanılması için aranan şartlar arasında işin işyerinde görülmesi sayılmıştır.¹⁶⁹

Yargıtay 21. Hukuk dairesinin ise,işin sigortalının evinde yapılmış olmasının,parça başına ücret ödenmesinin hizmet akdinin niteliğini etkilemediği şeklindeki kararı;Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin de işini gördüğü işverenden ücret alan ancak işini uzun yıllar kendi işyerinde yapan mali müşavirin¹⁷⁰ işçi sayılması yönündeki kararları aksi yöndedir. Her ne kadar bu yorumlar İş Kanunu açısından yapılmışsa da sigortalılık açısından da geçerli sayılmalıdır. Zira iş görme ediminin nerede yerine getirildiği, hizmet akdinin oluşup oluşmadığının tespitinde,belirleyici bir unsurdur. Yukarıdaki her iki kararda da hizmet akdinin oluştuğu kabul edildikten sonra sigortalı sayılmak için, işin işyerinde görülmesini hizmet akdinin bir unsuru olarak aramak çelişkilidir. Diğer taraftan işyeri kavramını bu şekilde dar yorumlamak teknolojik ve ekonomik gelişmelere de uygun değildir. Ev,iş organizasyonu içinde kalabildiğinden diğer unsurların bulunması halinde evde çalışanlar bile, sigortalı sayılmalıdır.¹⁷¹ Bu nedenle bizim de katıldığımız görüş sigortalılık açısından işin işyerinde yapılması şartının gerekli olmadığı görüşüdür¹⁷²

¹⁶⁵ Uşan,2009,75

¹⁶⁶ Aslanköylü, 2009:170

¹⁶⁷ Arslanköylü,2004: 136

¹⁶⁸ 10.HD.,HGK 14.10.1987 T.,1987/6 E.,1987/716 K.; 10.HD.24.2.1975 T.,372 E.,1039 K.,Çakmak,2005:81

¹⁶⁹ Özveri,2000:16

¹⁷⁰ Uşan,2009:76

¹⁷¹ Saraç,1998,16;Pakin ,2008,187

¹⁷² Uşan,2009,76;Demircioğlu ,Güzel,2001: 24

Kurum da sigortalı sayılmak için,işin işyerinde görülmesi şartını aramaktadır. Bir kişinin hizmet akdine tabi sigortalı sayılabilmesi için kişinin işverenle arasında hizmet akdi bağının bulunması, işveren, işveren vekili veya alt işveren tarafından işe alınması ve bu kişilere ait işyerinde çalıştırılmasını aramaktadır .Bu şartları taşımayan kişilerin sigortalı sayılmalarının mümkün olmadığını kabul etmektedir ¹⁷³

Yargıtay içtihatlarına göre bağımlılık unsuru, temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetin işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapılmasını ifade eder¹⁷⁴ Ancak bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekir.İşverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması gereklidir.Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır¹⁷⁵

Yönetim hakkını işveren vekillerinin kullandığı durumlarda sigortalı,işveren vekilinin emir ve talimatlarına da aynı şekilde uymak zorundadır¹⁷⁶ Ancak,bu durumda dahi yönetim hakkının gerçek sahibi işverendir.

(3) Ücret Unsuru

Ücret işverenin borçlarından birisi olup hizmet sözleşmesinin bir unsurudur¹⁷⁷ Hizmet akdinin oluşması için Türk Hukukunda hizmetin bir ücret karşılığında taahhüt edilmesi zorunludur. BK'nun 313.maddesi hizmet sözleşmesinde ücret unsurunu açıkça aramıştır.¹⁷⁸

İş hukukunun temel ilkelerinden olan ve öğretide ve uygulamada özenle üzerinde durulan kurala göre ücret bir hizmetin karşılığıdır. Kural olarak

¹⁷³ 5.3.2009 Tarihli Sigortalılık İşlemleri Tüzüğü,2009/37 sayılı genelge m.2.2.1/1

¹⁷⁴ 10.HD.,10.5.2005 T., 2007 E.,5234 K.,Arslanköylü,2009:238

¹⁷⁵ HGK 2.2.2005 T., 2004/10-736 E. 2005/25K. ,kişisel arşiv

¹⁷⁶ Demir, 2005:15,16

¹⁷⁷ Kılıçoğlu,1999:678

¹⁷⁸ Tunçomağ,s.105

çalışılmayan süreler için ücret istenemez¹⁷⁹ Gerçekten de ücret bir hizmet karşılığı ödenir.¹⁸⁰

Diğer taraftan, ücret kural olarak hizmet akdinin bir unsuru ise de sosyal sigorta ilişkisinde hizmet akdinin olmazsa olmaz şartı değildir. Sosyal sigorta ilişkisinde ücretsiz çalışanlar da Kanunun 82.maddesi uyarınca sigortalı kabul edilmektedir.¹⁸¹ Hizmet akdinde sigortalı, işi yapma; işveren de ücret ödeme gibi temel yükümlülükler altına girdiği halde sosyal sigorta ilişkisinin varlığı için hizmetin ücret karşılığında görülmesi zorunlu değildir. Bu kuralın istisnası olarak, 5510 SK'nun 6.maddesinin a bendinde “işverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşinin “ sigortalı olmadığı belirtilmiştir.

Ücreti tanımlamayan 506 sayılı Yasanın aksine 5510 sayılı Kanunun 2. maddesinde ücretin: “...4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutarı” ifade ettiğini belirtilmiştir.

Günlük kazanç sınırlarının belirlenme şeklini 5510 SK 'nun 82.maddesinde açıklanmıştır. Bu Kanun gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, asgarî ücretin otuzda biri, üst sınırı ise günlük kazanç alt sınırının 6,5 katıdır. Günlük kazançları yukarıdaki fıkrada belirtilen alt sınırın altında olan sigortalılar ile ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden, günlük kazançları üst sınırdan fazla olan sigortalıların günlük kazançları da üst sınır üzerinden hesaplanacaktır.

Yargıtay ücretin, sigortalı sayılmanın vazgeçilmez koşulu olduğunun kabulü durumunda işverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşinin sigortalı sayılmayacağı şeklinde bir düzenlemeye gerek bulunmayacağını belirtmiştir.¹⁸² Konu doktrinde de

¹⁷⁹ 9.HD 4.6.1996T.,1995/3765 E.,1996/12623 K, kişisel arşiv

¹⁸⁰ Kılıçoğlu,1999:689

¹⁸¹ Uşan,2009,77

¹⁸² YHGK 2.2.2005 T.,2004/10-736 2005/25 , kişisel arşiv

ele alınmış ve ücret alınmadan yapılan çalışmaların da sigorta kapsamına alınması gerektiği genel olarak kabul görmüştür.¹⁸³

Yargıtay 10.HD'sinin, ücretin zorunlu sigortalılık koşulları arasında olduğuna ilişkin bir kararının olduğunu da belirtmeliyiz.¹⁸⁴ İsbetli olarak 10.HD bu karardan daha sonra vazgeçmiştir.¹⁸⁵

5510 SK,sigortalı çalışmayı ücretli çalışmaya bağlamış olsa dahi,ücretsiz çalışan,dolayısıyla hizmet akdine dayanarak çalışmayanların istisnaen de olsa sigortalı olabilecekleri açıktır.¹⁸⁶ Ancak ücretsiz çalışan sigortalıların sigortalılıkları son derece sınırlı bir alandadır. Yüksek Mahkeme,ücret almasalar dahi fahri asistanların,vakıflarda ve hayır işlerinde görevlendirilenlerin¹⁸⁷ sigortalı sayılmaları gerektiğini belirtmiştir.

Bir diğer düzenleme 5510 SK m.82/1'dedir.Günlük kazanç sınırlarının belirlenme yönteminde sigortalının ücretsiz çalışması hali de düzenlenmiştir. Bu durumda ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanacaktır.

Yargıtay,işyerinde sigortalı çalıştırmadığının tesbiti ile işyerinin kapsama alınmasına ilişkin Kurum işleminin iptali istemine ilişkin bir davada uyuşmazlığın işyerinde ücretsiz çalışan kişinin sigortalı sayılıp sayılmayacağı noktasında toplandığını belirtmiştir.Anılan kararda sigortalı olmak için Sosyal Sigortalar Kanununun 3-I/B ve 78/2. maddelerine göre,ücretin koşul olmadığını açık olduğuna vurgu yapmıştır.¹⁸⁸

506 Sayılı Kanunda da benzer nitelikte bir düzenleme mevcuttu.506 Sayılı Kanunun sistematığı dikkate alındığında,yasa koyucunun, Sosyal Sigortalar Kanunu

¹⁸³ Tunçomağ,1990:100;Sözer, 1991,136; Uşan, 2009:79

¹⁸⁴ 10.HD 14.12.1999 T.,1998/8419 E.,1998/8824 K.

¹⁸⁵ Aslanköylü,2009:202

¹⁸⁶ Uşan,2009,78

¹⁸⁷ HGK 24.6.1998,21-529,534,Akt.Uşan,2009:78;10 HD.,8.2.1983 T.,1983/260 E.,1983/491 K.

¹⁸⁸ 21. HD 1996/250 E.,1996/409 K.; Çolak,Öztürk,2006,:14

bakımından ücreti hizmet akdinin zorunlu bir unsuru olarak öngörmediği, bu anlamda, 506 sayılı Kanunda anılan hizmet akdinin, Borçlar Kanununda tanımlanan şekliyle hizmet akdine göre özellikler gösteren bir (hizmet) sözleşme biçiminde olduğu söylenebilir.¹⁸⁹ Sonuç olarak hizmet akdinin oluşmasında ücret temel kriter ise de sosyal sigorta ilişkisi açısından bu unsurun varlığı zorunlu değildir.

(4) Süre Unsuru

Hizmet sözleşmesi süresiz ya da haftanın ya da ayın belirli günlerinde, saatlerinde yerine getirilmek üzere yapılmış olabilir.¹⁹⁰ Bu farklılıklar hizmet akdinin niteliğini değiştirmez. Bu konuda Kanunun kabul ettiği bir şekil şartı yoktur.

Ancak, Yargıtay hizmet akdini karakterize eden unsurlar içinde zamanı da saymıştır. Yüksek Mahkeme aslında bu unsurları hizmet akdinin diğer akitlerden ayrılmasında kullanılacak ölçütler olarak ortaya koymuştur. Örneğin, istisna akdinde zaman belirleyici olmayıp çalışma neticesinde ortaya çıkan sonuç ön planda olduğundan; belirli bir süre çalışma değil, bir sonucun meydana getirilmesi amaçlandığından, ortada hizmet akdinin bulunduğu kabul edilmemektedir.¹⁹¹ Yüksek Mahkeme işgüçlerini belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda tutan tercümanların işverenle arasındaki ilişkinin, zaman ve bağımlılık unsurları gerçekleştiğinden hizmet akdi olduğuna karar vermiştir.¹⁹² Aynı şekilde jokey, antrenör ve seyislerle işveren arasındaki ilişkinin hizmet akdi olup olmadığını değerlendirirken; zaman ve bağımlılık unsurlarını birlikte aramış ve bu unsurları sağlamayan jokey ve antrenörleri ise sigortalı saymamıştır.¹⁹³ Nitekim 5510 sayılı Kanuna göre bu kişiler 4/1, (b) bendine göre sigortalı sayılmaktadırlar.¹⁹⁴

Hemen belirtelim ki Yüksek mahkemenin zaman, bağımlılık unsurlarından hareketle hizmet sözleşmesini belirleme yaklaşımı, zaman unsuru, bağımlılık

¹⁸⁹ YHGK 2.2.2005 T., 2004/10-736 2005/25; Tunçomağ, 990, 100

¹⁹⁰ Tunçomağ, 1990:104

¹⁹¹ HGK 29.03.2006 T. 2006/1084 E., 2006/121 K

¹⁹² 10 HD 5.4.1983 T., 867 E. 1758 K. Çakmak, 2005, 353

¹⁹³ 10 HD 17.12.1981 T., 4636 E., 4938 K., Çakmak, 2005:354

¹⁹⁴ 10 HD, 13.4.1984, 654/794 ; Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009:100

unsurunun zaten bir parçası olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁹⁵ Hizmet akdinde işverenin ve işçinin edimleri diğer sözleşmelerden farklı olarak zaten devamlılık göstermektedir.¹⁹⁶ Yüksek Mahkemenin zaman unsurunu sigortalı sayılmanın bir şartı olarak araması özellikle kısa süreli çalışmalar açısından sakıncalı değerlendirmelere yol açabilir.

2.Kanunda Sayılan İstisnalar İçinde Yer Almama

Sigortalı niteliğinin kazanılabilmesi için yukarıda anlatılan koşulların hepsini üzerinde toplayan her kişinin mutlaka sosyal sigortalı sayıldığı düşünülmemelidir.¹⁹⁷ 5510 SK tamamen veya kısmen sigortalı kapsamında yer almayan kişileri onbir ayrı grupta belirtmiştir. Sosyal sigortalar ilişkisinde hizmet akdiyle çalışan sigortalı kavramına dahil olmayanlar 6.maddede belirtilmiştir. Sigortalı sayılmak için bu kapsama girmemek gerekmektedir. Kanunda sigortalı sayılmayanlar şu şekilde belirtilmiştir:

- a.işverenin ücretsiz çalışan eşi,
- b.konut içindeki işlerde çalışan hısımlar,
- c.ev hizmetlerinde çalışanlar,
- d.askerlik hizmetini yapmakta olan yükümlüler,
- e.ülkelerinde sigortalı olan yabancılar,
- f.meslek ve sanat okullarında çalışan bazı öğrenciler,
- g.sağlık kurumlarında işe alıştırılmakta olan hasta veya malüller,
- h.bağımsız çalışanlarla kamu idarelerinde çalıştırılanlardan 18 yaşını doldurmamış olanlar,
- ı.tarım işlerinde çalışanlar,
- i.bağımsız çalışanlardan prime esas kazancın altında geliri olanlar,
- j.dış temsilciliklerde görev yaptığı ülkelerde sigortalı sayılan sözleşmeli personeller.

¹⁹⁵ Güzel,Okur, Caniklioğlu,2009:97

¹⁹⁶ Çelik,2004:79

¹⁹⁷ Tunçomağ,1990: 104

Yukarıda sayılan kişilerin bütün sigorta dalları açısından sigortalı sayılmadıklarını belirtmeliyiz. Tamamıyla sigortalı sayılmayan yukarıda belirtilen kişiler, sigortalı sayılmayanlara ilişkin bölümde açıklanmıştır.

5510 SK, 506 SK'nda olduğu gibi, tamamen kapsam dışında olanları belirtirken aynı maddede bir takım istisnalar da getirmiştir. Bir başka anlatımla, sigortalı sayılmayan grup içinde sigortalı sayılanlara da yer vermiştir.¹⁹⁸ Aslında bu düzenleme Kanundaki başlıklara göre madde arayan kişiler açısından hak kaybına neden olabilecek bir düzenlemedir. Sigortalı olmayan kişilerle ilgili alt başlıklara bakan bir kişi madde içeriğini okumadığı takdirde yanılabılır. Başlık sigortalı sayılmayanlar olduğu için maddede yer verilen istisna gözden kaçabilir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmadığı kuralını benimseyen bir hukuk sisteminde kanunların bu tür olasılıklar dikkate alınarak hazırlanması gerektiği kanaatindeyiz.

B. Sigortalılığın Zorunluluğu

Sosyal sigortaları özel sigortalardan ayıran en önemli fark sosyal sigortalılığın zorunlu oluşudur.¹⁹⁹ Sosyal sigortalar esas itibariyle bir kamu hukuku zorunlu sigortasıdır. Kişiler sosyal sigortalara tabi olup olmama konusunda bir karar yetkisine sahip değildir.²⁰⁰ Sigortalılık hakkı, kişiye bağlı devredilmez, feragat edilmez ve kamu düzenine ilişkin bir haktır.²⁰¹ Sigortalı açısından da sigortalı olmak, hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Bu hak, vazgeçilemez ve devredilemez niteliktedir.²⁰² Yüksek Mahkeme de hizmet tespiti davalarında feragat, sulh ve kabulün geçerli olmamasının, mahkemelerin resen bütün delilleri toplamakla yükümlü oluşunun temel dayanağını sigortalı olma hakkından vazgeçilememesine dayandırmaktadır.²⁰³

¹⁹⁸ Uşan, 2009:102

¹⁹⁹ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009: 143

²⁰⁰ Tunçomağ, 1990: 151

²⁰¹ Çenberci; 1985:155

²⁰² Okur, 2004:5

²⁰³ Yarg. HGK, 1996/10-3E., 1996/169K., 13.3.1996 T., Çakmak, 2005; 393

Gerek 506 sayılı Yasanın 6.maddesi gerekse 5510 Sayılı yasanın 92.maddesi sigortalılığın zorunlu niteliğini vurgulamıştır.506 Sayılı Yasa “çalıştırılanların işe alınmayla kendiliğinden sigortalı sayılacaklarını “ belirtmiştir. Aynı maddede sigortalı olma hak ve yükümlülüklerinden kaçınılamayacağı ve devredilemeyeceği ve sözleşmelerle bu hususun değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.5510 Sayılı Yasanın 7.maddesinde sigorta hak ve yükümlülüklerinin Kanunun a bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya,meslekî eğitime veya zorunlu staja başladıkları tarihten başlayacağı ifade edilmiştir.Zorunluluk ilkesi işveren,sigortalı ve Kurum arasında emredici hükümlerle donatılmış bir hukuksal ilişki ortaya çıkarmaktadır.²⁰⁴

Sigortalılığın zorunlu oluşu, sona ermesi ve sosyal güvenlik sicil numarasına ilişkin düzenleme getiren 5510 SK'nun 92.maddesinde kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı;genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak,azaltmak,vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümlerin geçersiz olduğu da belirtilmiştir.Sigortalı olmak kişi açısından sadece bir hak değil yükümlülük olduğu için kişi istese de istemese de belli koşulların varlığı halinde sigortalı olmak zorundadır.²⁰⁵ Bu haklardan sözleşmelerle vazgeçmek mümkün değildir.²⁰⁶

Kanunun 7.maddesine göre sigortalılık,herhangi bir irade açıklamasına gerek olmaksızın Kanunda öngörülen şekilde çalışmaya ya da statüye geçmekle kendiliğinden başlamaktadır.²⁰⁷ Kanunda sayılan şartların oluşması anında sigortalılık da doğmuştur.Mahkeme kararı veya Kurum işlemine gerek olmaksızın, tarafların isteklerine bakılmaksızın henüz bir sicil kartı ya da işe giriş bildirgesi oluşturulmaksızın sigortalılık doğar.²⁰⁸

²⁰⁴ Sözer ,1991:30 vd;Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:143

²⁰⁵ Okur,Caniklioğlu,2009:143

²⁰⁶ Uşan,2009:116

²⁰⁷ Okur,Caniklioğlu,2009:143

²⁰⁸ Çakmak, 2005:106

Çalıştırılanların Kuruma bildirilmesi ve Kurumun yaptığı tescil işlemi sigortalılık niteliğinin kazanılması için bir önem taşımamaktadır.²⁰⁹ Sigortalılık ilişkisi Kurum tarafından saptanan kişilerin, sigortalı olmadıklarına dair Kuruma sundukları beyanlar da geçerli sayılmamaktadır.²¹⁰

Ancak uygulamada sigortalılık ilişkisinin tespiti davalarında feragatin mahkemelerce kabul edildiği görülmektedir. Davanın takip edilmemesi durumlarında da dosya işleminden kaldırılmaktadır. Hatta Yargıtay da eski bir kararında, sigortalılık hakkından feragat edilebileceğine karar vermiştir.²¹¹ Ancak Yargıtay daha sonraki kararlarında sigortalı olma haklarından feragatle vazgeçilemeyeceğine hükmetmiştir.²¹²

Sosyal sigorta haklarından vazgeçilemeyeceğine dair yasal düzenlemelere rağmen bu haklardan “ mahkeme önünde ” vazgeçilmesi ciddi bir çelişkidir. Bunun en önemli nedeni davaların sigortalı tarafından takipsiz bırakıldığı durumlarda kararların temyiz edilme zorunluluğunun olmayışdır. Dosya Yargıtay tarafından incelenmeyeceği için yerel mahkemeler bu konudaki içtihatlarına uyma gereği hissetmeyebilmektedir. Belirtmeliyiz ki Kurumun ve işverenin, sigortalının takip etmekten vazgeçtiği davaları sürdürme imkanı bulunmaktadır. Benzer bir şekilde takipsiz kaldığı için dosyanın işleminden kaldırılması kararlarını da temyiz etme olanağına sahiptir. Ancak dava sonucunda tespit kararı çıkması durumunda yargılama gideri ödememek için Kurum ve işveren her iki imkanı da kullanmamaktadır. Sigortalının takip etmediği davaların, dava bitiminde prim, gecikme cezası, idari para cezası ve yargılama gideri ödeyecek olan işveren tarafından da takipsiz bırakılması anlaşılabilir bir tutumdur. Ancak benzer bir yaklaşımın Kurum tarafından benimsenmesi ise düşündürücüdür. Kurum bu yaklaşımıyla prim alacağından, gecikme cezası ve idari para cezalarından da vazgeçmiş olduğunu, üstelik sigortalıyı koruma yükümlülüğünün bulunduğunu görmezden gelmektedir. Sigortalı olma haklarından vazgeçilememesi, kanaatimizce

²⁰⁹ Evcil, 2006:14

²¹⁰ Yarg. 10.HD., 1.2.1985, 223/418, YKD., Haziran, 1985, 831

²¹¹ 10.HD 5.1.1983 T., 3424 E., 4 K.

²¹² 10.HD 14.2.2005 T., 2004/9768 E 2005/1148 K.; 10. HD 21.2.2005 T., 2004/11796 E., 2005/1483 K.; Çakmak, 005:113, vd

açılmış olan davadan da vazgeçilemeyeceği anlamına gelmektedir. Dördüncü bölümde feragat konusu ayrıntılı olarak incelenmiştir.

C.Sigortalılığın Başlangıcı

Sosyal güvenlik hukukunda bir kişinin sigortalı olabilmesi için çalışmaya başlaması şarttır. Burada önemli olan hizmet akdinin hukuken kurulmuş olması değil fiilen kurulmuş olmasıdır.²¹³ Kanunun 7.maddesine göre sigortalılık, Kanunda öngörülen şekilde çalışmaya ya da statüye geçmekle kendiliğinden başlamaktadır.²¹⁴

Kanunun 7.maddesinin birinci fıkrasında sigorta hak ve yükümlülüklerinin hizmet akdine dayanarak çalışanlar hakkında çalışmaya başladıkları tarihten itibaren başlayacağı öngörülmüştür.Aynı şekilde yüksek öğrenim esnasında staj görenler,Türkiye İş Kurumu kursiyerleri,çıraklar,mesleki eğitime veya zorunlu staja başladıkları anda sigortalı sayılacaktır. Sosyal sigorta ilişkisinin eylemli çalışma olgusuna bağlanmasının en önemli nedeni,sigortalının çalışmaya başlamasıyla mesleki risklerle de karşılaşmaya başlamasıdır.²¹⁵

5510 SK'nun 4.maddesinin birinci fıkrasının a bendi de çalıştırılma kavramını içeriğine eklediğinden burada çalışmanın fiilen başlamış olmasının gerektiği açıktır. Sigorta hak ve yükümlülüklerinin başladığı tarih hizmet akdinin kurulduğu an değil fiilen işe başlanan tarihtir.²¹⁶

Bu nedenle işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş olması bir çalışmanın fiili çalışma olduğunu göstermez. Sigortalılık hakkının kazanılması için gerçekten çalışmanın eylemli bir çalışma olması gerekir. Nitekim Yargıtay bir çok kararında çalışmanın fiili olup olmadığının mahkeme tarafından tespit edilmesini gerekli görmektedir. Ancak bazı durumlarda sigortalının çalışma anını eylemli olarak

²¹³ Tunçomağ,1990:106

²¹⁴ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009: 143

²¹⁵ Uşan,2009:119

²¹⁶ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009: 143;Sözer,1991,33,34;10 HD. 2.11.1992
658/9978,Çakmak,2005:140.

çalışma anı olarak kabul etmek adil olmayabilir.²¹⁷ İşverenin emrinde çalışmaya hazır bir biçimde sigortalının bekletilmesi de sigortalılık için yeterlidir.²¹⁸

Sosyal sigorta ilişkisinin fiili çalışmaya dayanmadığı durumlar da vardır. Askerlik borçlanması ya da yurt dışında geçen çalışmaların borçlanması, bu tür bir sosyal sigorta ilişkisi yaratmaktadır. Bu tür durumlarda sigortalılığın başlangıç anı borcun tamamının ödendiği tarihten geriye gidilerek bulunacak tarihtir.²¹⁹

Uygulamada sigortalılık başlangıcının tespiti davalarında işe giriş bildirgesinin verilmiş olması yeterli sayılmamakta, bu durumun diğer delillerle de ispatı gerekli görülmektedir. Bir iş sözleşmesine imza atan bir kişinin çalışmaya başlama tarihinin bu tarihten önceki bir tarih olduğunun tespitini istemesi durumunda bu belge sigortalının imzasına dayandığı için eşdeğerde yazılı başka belgelerle çalışma olgusunun ispat edilmesi gerekmektedir.²²⁰ Yargıtay bir kararında 24.8.1971 tarihinde Kuruma ulaşan 21.7.1971 tarihli işe giriş bildirgesindeki doğum tarihiyle davacının doğum tarihi arasındaki fark giderilmeden davanın kabulüne karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır.²²¹ Başka bir kararında Yargıtay, Kurumdan işe giriş tarihini işe giriş bildirgesindeki tarih olarak kabul edip etmediğinin sorulması gerektiğine karar vermiştir.²²²

Kanun 8.maddede Kuruma bildirim usulünü belirtmiştir. İşverenler, Kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, sigortalılık başlangıç tarihinden önce, Kuruma bildirmekle yükümlüdür. Bildirim, işe giriş bildirgesiyle yapılmaktadır. Ancak, işe giriş bildirgesi; inşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar için, en geç çalışmaya başlatıldığı gün verilebilir.²²³ Yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde; ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya

²¹⁷ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009: 145

²¹⁸ Yarg.,HGK 6.2.1985 2005/21-437, K.2005/448 ,kişisel arşiv

²¹⁹ 10.HD 13.6.1991, 3846/3846,Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:145

²²⁰ Yarg. 10.HD 25.9.1997 6014 E.,6144 K.,kişisel arşiv

²²¹ Yarg.10 HD 7.10.1976 8765 E.,8321 K.,kişisel arşiv

²²² 10.HD 18.9.1997 günlü 5662 E.,5873 K,Çakmak,2005:445

²²³ m.8/1.b

başlayan sigortalılar için, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar verilmelidir (m.8/1.c). Sigortalılar da, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirilebilirler (m.8/3).

Sosyal sigorta ilişkisi kural olarak çalışma ilişkisi devam ettiği sürece devam eder. Hizmet akdi,işgöremezlik durumunda olma,analık,ücretli ve ücretsiz izinli olma,askerlik görevini yapma,greve katılma ve lokavt nedeniyle işe gidememe hallerinde kesintiye uğramaktadır.Bu durumlarda çalışma ilişkisi kural olarak devam etmekte ancak işverenin fiili olarak sigortalıdan yararlanma hakkı kısıtlanmaktadır.Çalışma ilişkisinin kesintiye uğradığı durumlarda sosyal sigorta ilişkisinin devam etmesi sigortalı açısından önemlidir.Zira hizmet akdinin kesintiye uğradığı durumlarda sosyal sigorta ilişkisinin ortadan kalktığını düşünmek sigortalı açısından büyük riskler taşır.²²⁴

D.Sigortalılığın Sona Ermesi

Çalışma ilişkisinin ortadan kalkmasıyla sosyal sigorta ilişkisi ve giderek sigortalılık niteliği ortadan kalkar. Ancak,çalışma ilişkisi değişik şekillerde sona erer. 5510 Sayılı Yasanın 92. maddesinin üçüncü fıkrasında sigortalılığın Kanunda belirtilen sigortalı sayılma şartlarının kaybedilmesi veya ölüm halinde sona ereceği belirtilmiştir.²²⁵ 5510 Sayılı Yasanın 9.maddesi ise kısa ve uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalılığın hangi sigortalılar için ne zaman sona ereceğini düzenlemiştir.Bu durumda hizmet akdiyle çalışanlar ve bu hükümlerin uygulanacağı diğer şahıslar,zorunlu sigortalılığı gerektiren özelliklerini kaybettiği anda sigortalılık niteliklerini de kaybedecektir.²²⁶ Bağımlı çalışanların iş sözleşmesi sona erdiğinde;haklarında bazı sigorta dalları uygulanan sigortalılar içinse,sigortalılığa neden olan olay ortadan kalktığında sosyal sigorta ilişkisi sona erer. Ancak,analık ve hastalık sigortası ile ilgili özel düzenleme gereğince sigortalının ücretsiz izinli

²²⁴ Tunçomağ,,1990: 159,160

²²⁵ Aslanköylü,2009:1484

²²⁶ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:143

olması, greve katılması,işverenin lokavt yapması, hallerinde bu hallerin sona ermesini takiben onuncu günden başlayarak sigortalılık niteliği yitirilir.²²⁷

28.9.2008 tarih 27011 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan "5510 Sayılı Kanun Gereğince Sigortalı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi ve Sona Ermesi Hakkında Tebliğ"de sigortalı sayılanlar sıralanmıştır. Sigortalılığın sona erdiği haller ile bildirim yükümlülüğü de ayrıca düzenlenmiştir.

Kural olarak,hizmet akdine dayanarak çalışanların fiili çalışma ilişkisi sona erdiğinde,sigortalılık niteliği de ortadan kalkacaktır. Yargıtay,1.6.1989 tarihinde düzenlenmiş bir iş sözleşmesine imza atan ve sözleşmede “sözleşme bitiş tarihini 10.10.1989 tarihi olarak gösteren sigortalının bu dönemi aşan çalışma iddialarının tespitinde salt tanık anlatımlarıyla karar verilemeyeceğine hükmetmiştir.²²⁸ Yazılı sözleşmenin aksi ancak eşdeğerde belgelerle kanıtlanmalıdır.

Sigortalılık niteliğinin sona erdiğinin işveren tarafından Kuruma 10 gün içinde bildirilmesi gerekmektedir.²²⁹ Sigortalılık niteliğinin sona erdiğini zamanında bildirmeyen işverenler için idari para cezası uygulanmaktadır²³⁰

II.SİGORTALI SAYILANLAR

A.Bütün Sigorta Dallarına Tabi Olan Sigortalılar

1.Genel Olarak

Kimlerin sigortalı sayıldıklarının tespiti zaman zaman öğretide ve yargı kararlarında tartışmalara yol açmaktadır.²³¹ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4.maddesinde sigortalı sayılanlar sıralanmıştır.Ancak burada

²²⁷ m.9/1 e 2

²²⁸ Y 10.HD 25.9.1997 6014 E.,6144 K.,kişisel arşiv

²²⁹ m.9/2.

²³⁰ m.102/j

²³¹ Aslanköylü,2009:200

sigortalılık, sadece kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile sınırlandırılmış; genel sağlık sigortası anlamındaki sigortalılık Yasanın 60.maddesinde düzenlenmiştir.

506 Sayılı Yasanın sistematüğinden farklı olarak 5510 Sayılı Yasada sigortalılar bütün sigorta dallarından faydalanabilen zorunlu sigortalılar,bazı sigorta dallarından yararlanabilen zorunlu sigortalılar olmak üzere ikiye ayrılmıştır.Zorunlu sosyal sigorta sigortalısı sayılmayanlar ve bunların istisnalarına da aynı maddede yer verilmiştir.Kanunun 4.maddenin a bendinde kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; hizmet akdi ile çalıştırılanların bütün sigorta dalları açısından zorunlu sosyal sigorta sigortalısı oldukları belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da birinci fıkranın a bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı kişilere yer verilmiştir.

a.Hizmet Akdine Dayanarak Çalışanlar

Hizmet akdiyle bir ya da birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalı sayılmaktadır.5510 SK'nun ifadesinde geçen hizmet akdi kavramı 4857 Sayılı İş Kanunun tanımladığı iş sözleşmesinden farklı değildir.²³² Ancak,bir kişinin sigortalı sayılması için İş Kanunu kapsamında bir işyerinde çalışması zorunlu değildir.Başka bir anlatımla İş Kanununun 4.maddesinde belirtilen istisnalar içinde kaldığı için hakkında Borçlar Kanunu ya da diğer iş kanunları uygulanan kişiler de sigortalı sayılabilir.²³³

506 Sayılı Kanunun 2.maddesinde sigortalı sayılanlar başlığı altında benzer bir düzenleme mevcuttu. Bir hizmet akdine dayanarak bir ya da birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların zorunlu sosyal sigorta sigortalısı olduğu belirtilmişti. Ancak,sigortalılığın kısa vadeli ya da uzun vadeli sigortalılık olup olmadığına ilişkin düzenlemeye bu maddede yer verilmemişti. 506 Sayılı kanunun uygulanmasında Yüksek mahkeme zaman,bağımlılık ve zaman unsurlarıyla bir kişinin çalışmasının hizmet akdine dayalı olup olmadığına karar

²³² Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009: 95;Uşan,2009:73;

²³³ Uşan,2009:74

vermekteydi.Yargıtay,bu şartı taşıyan sinema programcılarını²³⁴ işverene bağımlı olarak çalışan muhasebecileri,²³⁵ profesyonel futbolcu ve menejerleri, ²³⁶ kendi müstakil bürosu olmasına rağmen bir başka avukata bağımlı çalışan avukatı,²³⁷ sigortalı saymıştır. Yargıtay jokey ve antrenörleri ise sigortalı saymamıştır. Nitekim 5510 sayılı Kanuna göre bu kişiler 4/1,(b) bendine göre sigortalı sayılmaktadırlar.²³⁸

Ancak elektrik tesisatının projeye uygun yapılıp yapılmadığını denetleyen elektrik mühendisinin²³⁹ her defasında tek bir sonuç meydana getirecek tek bir iş için başvurulmuş mali müşavirin²⁴⁰ işyerine taş temin eden kişinin²⁴¹ çağrı üzerine gelip stüdyoda şarkı ve benzeri eserleri banda geçiren kişinin²⁴² bağımlılık ve zaman unsurları oluşmadığı için zorunlu sigortalı olmadıklarına karar vermiştir.

Danıştay da kamu kurumlarında çalışan kapıcı,bekçi,odacı ve benzeri kişilerin atama şekilleri, görevlerinin süreklilik göstermesi itibariyle gördükleri hizmetin hizmet ilişkisi olmadığından bahisle bu kişilerin sigortalı saymayacağını belirtmiştir.²⁴³ Bakanlar Kurulu kararıyla 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesinde yazılı sandıklardan faydalanacaklar arasına sokulan çarşı ve mahalle bekçileri de zorunlu sigortalı sayılmamaktadırlar.²⁴⁴ Ancak kamu kuruluşlarında çalışan kişilerin işçi statüsünde sayılması, dolayısıyla zorunlu sigortalı olmaları da mümkündür.²⁴⁵

506 Sayılı Kanun,tarım işlerini sigortalı sayılanların istisnaları içine sokmuştu. 5510 Sayılı Kanun,bu kişileri m.4/b-4 uyarınca kapsamına almıştır. Ancak 506 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde denizde balık avlama işi tarım

²³⁴ HGK 7.7.1971 T. 126 E.,444 K.,Çakmak,2005,:18

²³⁵ 10.HD 6.12.1973 T. 5089 E. 2464 K.,Çakmak,2005:20

²³⁶ 24.1.1974 T.,199 E.1247 K.,Çakmak,2005:21

²³⁷ 2.4.1974 T.,1459 E.,3023 K., Çakmak, 2005, 23

²³⁸ 10 HD,13.4.1984,654/794 ;Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009:100

²³⁹ 9.HD 13.4.1973 T.,39758 E.,10909 K.;Çakmak, 2005,19

²⁴⁰ Y.10.HD 31.10.1995,8571/9042,Sözer,1997,182,vd.

²⁴¹ 10 HD.22.11.1973.,1076 E.,1239 K.,Çakmak,2001:13

²⁴² 10. HD.14.12.1973.,5183 E.,3154 K.,Çakmak,2001:14

²⁴³ Danıştay İçtihatı Birleştirme Kurulu,27.3.1971 T.,4.E.,21 K.; Çakmak b,2001: 9

²⁴⁴ Çakmak, 2001:10

²⁴⁵ Çakmak,2001:10

iş i sayılmadığından bu işlerde çalışanlar sigortalı sayılmıştır.²⁴⁶ Sayılı Yasaya göre de bu kişilerin, hizmet akdine dayanarak çalışıyorlarsa,4.maddenin a bendi uyarınca sigortalı sayılacakları düşünülmektedir.

Sigortalılık niteliği kural olarak fiili olarak çalışmaya başlamayla kurulur²⁴⁷ Geçerli olmayan bir hizmet akdine dayanarak çalışanların sosyal sigorta ilişkisinin geçersiz olup olmadığı konusunda ise Yargıtay değişik kararlar vermiştir. Bir kararında bu kişilerin hizmet akdinin geçersiz olduğunun tespit edildiği ana kadar sigortalı sayılacaklarını belirtmiştir.²⁴⁸ Gerçekten de çalışması yasak olan bir işte çalışan kişilerin çalıştığı sürece sigortalı sayılmalarının gerektiği yönünde kararlar bulunmaktadır²⁴⁹

Diğer bir kararında ise Yargıtay,çalışma ilişkisinin dayanağı olan hizmet akdinin geçersizliğinin sigortalı olmayı engelleyeceğini belirtmiştir. 506 SK'una göre sigortalı sayılmanın temel koşulunun hizmet akdine bağlı olarak çalışma olduğundan bahisle bu akdin yasal olarak geçerli bir akit olması gerektiğini ifade etmiştir.²⁵⁰ Yargıtay,son kararlarında içtihatlarındaki çelişkiyi ortadan kaldırmış ve hizmet sözleşmesinin kanuna aykırılığının tespit edilmesi halinde sigortalılığın geçmişe değil geleceğe etkili olarak sona ereceğini belirtmiştir.²⁵¹

Görüldüğü gibi sigortalı niteliği, ücret alınıp alınmaması,alınan ücretin şekli, sigortalı kişinin mesleği,yaptığı işten önce kişinin işverenle aralarındaki hukuki bağ esas alınmak suretiyle tespit edilmektedir. Bu nedenle belli meslek gruplarının sigortalı sayılacağı ya da sayılmayacağı şeklinde kesin yorum yapmak mümkün değildir.

²⁴⁶ HGK 11.10.1972 1972/9 E.-783,827 K.,Çakmak,b, 2001: 125510

²⁴⁷ Sözer,1991,30,vd

²⁴⁸ YİBK 18.6.1958, 20 E.9 K., Güzel, Okur,Caniklioğlu, 2009: 100

²⁴⁹ 10.HD., 15.5.1985,2597/2680; Güzel,Okur, Caniklioğlu, 2009:100; 27.9. 1979,6134 E.,7682K.,Çenberci,1984,39

²⁵⁰ Yarg.,10.HD.,8.11.1974T.,5122E.,6530K,Çakmak,2001,20

²⁵¹ 10.HD,0.5.1997,3965/3791,Arıcı,1999:283

b.Banka Ve Sigorta Sandıkları Personeli

Banka ve sigorta sandıkları personelinin 506 SK'nun geçici 20.maddesi gereği vakıf statüsünde kurulan sandıklara üye olması gerekmektedir.²⁵² 5510 Sayılı Kanun bu kişileri de 4/a bendi kapsamında sigortalı saymıştır. Bu kişilerin tabi olduğu sandıkların 5510 SK'nun geçici 20.maddesi uyarınca 1.10.2008 tarihinden itibaren üç yıl içinde Kuruma devredilerek Kanun kapsamına girmeleri öngörülmüştür.²⁵³

506 sayılı Kanunun geçici 20.maddesinde belirtilen bu kuruluşlar;bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri,ticaret odaları,sanayi odaları,borsalar veya bunların teşkil ettikleri birliklerdir.Bu kuruluşlarda çalışan personel için kurulmuş bulunan sandıkların iştirakçileri herhangi bir işleme gerek kalmaksızın bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilerek bu Kanun kapsamına alınmışlardır.Üç yıllık süre Bakanlar Kurulu kararı ile en fazla iki yıl daha uzatılabilecektir.Devir tarihi itibarıyla sandık iştirakçileri bu Kanunun 4 üncü maddesinin (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar.²⁵⁴

Devir işlemi tamamlanıncaya kadar,sandık iştirakçileri,sandıktan aylık ve gelir alanlar ile bunların hak sahiplerinin sağlık ve sosyal sigorta yardımlarının sağlanması ile primlerinin tahsil edilmesine,ilgili sandık mevzuat hükümlerine göre sandıklarca ve sandık iştirakçilerini istihdam eden kuruluşlarca devam edilmektedir.²⁵⁵ Aşağıda, hizmet akdine dayanarak çalışanlarla aynı hukuki statüde sayılan sigortalılara ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

²⁵² Uşan,2009 78

²⁵³ Uşan ,2009:79

²⁵⁴ Geç.m.20/1

²⁵⁵ Geç.m.20/4.

c. Hizmet Akdine Dayanarak Çalışanlarla İlgili Hükümlerin Uygulanacağı Diğer Şahıslar

5510 sayılı Yasanın 4.maddesi, maddenin birinci fıkrasının a bendinde hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlara ilişkin hükümlerin aşağıda sayılan kişilere de uygulanacağı hükme bağlamıştır. Bu kişiler, hizmet akdiyle çalışsın ya da çalışmasın,hizmet akdiyle çalışanlarla aynı rejime tabi tutulmuşlardır.²⁵⁶

(1).İşçi Sendikaları Ve Konfederasyonları Yöneticileri

2821 Sayılı Sendikalar Kanununun 29.maddesinde,konfederasyonların ve sendikaların yönetim kurullarında görev aldığı için kendi isteğiyle işyerinden ayrılan işçilerden görevleri Kanunda belirtildiği şekilde sona erenlere eski işlerine dönme imkanı verilmiştir.²⁵⁷ Aynı hükümde bu kişilere ayrıldıkları işyerindeki sigortalılıklarını sürdürme imkanı verilmişti. Ancak yöneticilik döneminde sigortalılığın devam etmesi için,işçi ve işveren primlerinin ödenmesi zorunluluğu bulunmaktaydı.

5510 SK'da da işçi konfederasyonlarının ve sendikaların yönetim kurulu üyeleri,çalıştıkları işyeriyle ilişkileri sona erdiği için sendikada görev yaptıkları dönemde sigortalı sayılmışlardır²⁵⁸ Daha önceleri bu kişiler isteğe bağlı sigortalı olarak sigortalılıklarını devam ettirebiliyordu²⁵⁹ 5510 SK bu yaklaşımı terk ederek bu kişileri zorunlu sigorta kapsamına almıştır.²⁶⁰

2821 Sayılı Sendikalar Kanununun 29. maddesi uyarınca sigortalı sayılanlara, 5510 Sayılı Kanununun 4.maddesinin 2. fıkrasının a bendinde yer verilmiştir. Eski düzenlemede primler,isteğe bağlı sigorta kapsamında yönetici adına,sendika tüzel

²⁵⁶ Uşan,2009,79

²⁵⁷ Demir, 2005:351,vd.

²⁵⁸ Uşan,2009:79

²⁵⁹ Bostancı,2004,120

²⁶⁰ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009: 108

kişiliğince ödenmekteyken 5510 SK, Kanunda sayılan yükümlülüklerin sigortalı ve işveren tarafından yerine getirileceğini hükme bağlamıştır²⁶¹

(2)Film Tiyatro Ve Sahne Sanatçıları İle Yazarlar

Sanat ve düşünce alanında çalışanlar da sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmışlardır.²⁶² 5510 SK'nun 4.maddesinin ikinci fıkrasının b bendi gereğince bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan sanatçı ve düşünürler sigortalı sayılmışlardır. Bu kişiler film, tiyatro, sahne, gösteri,ses ve saz sanatçıları ile müzik,resim,heykel,dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar,düşünür ve yazarlardır. Film tiyatro ve sahne sanatçıları ile yazarlar hakkındaki bu düzenleme 506 Sayılı Yasanın ek 10.maddesinde de mevcuttu.Bu çalışan grubu 11.7.1978 tarihinden itibaren 506 SK kapsamına alınmışlardı. Yargıtay da bir çok kararında bu kişileri hizmet sözleşmesi olup olmadığına bakmaksızın sigortalı olarak kabul eden kararlar vermişti.²⁶³

5510 SK aynı kapsam ve koşullarda düzenlemeyi devam ettirmiştir. Ancak,bu düzenleme hizmet sözleşmesine göre çalışmayanları da kapsamına almıştır.²⁶⁴ Gerçi Yüksek Mahkeme 506 sayılı Yasa döneminde de sanatçı ve düşünürlerin zorunlu sosyal sigorta sigortalısı sayılmaları için hizmet akdine dayanarak çalışmalarını aramamıştı. Örneğin,tanınmış bir ses sanatçısının bir gazinoyla sözleşme yaparak çalışmasını bile,aradaki ilişki istisna akdine dayandığı halde zorunlu sigortalılık saymıştı.²⁶⁵

5510 Sayılı Kanunun 4.maddesinin ikinci fıkrasının b bendi kapsamında sigortalı olanlar ve uğraş alanları SSİY'nde sayılmıştır.Bu düzenlemeyle Kanun bütün sanatçıları kapsamına almıştır.²⁶⁶

²⁶¹ Uşan,2009,80

²⁶² Aslanköylü,2009:242

²⁶³ Yarg.,21.HD,21.1.1998,8781/279;21. HD,5.3.1998, 617/1542,kişisel arşiv

²⁶⁴ Güzel,Okur, Caniklioğlu,2009: 108

²⁶⁵ Aslanköylü,2009:242

²⁶⁶ Uşan,2009,80

Bir kimsenin sanatçı olup olmadığı belirlemek zaman zaman güç olabilmektedir. 506 sayılı Yasanın Ek 10.maddesinde kimlerin güzel sanatlar kollarında çalışanlar arasında sayılacağını, Çalışma Bakanlığı ile Turizm Bakanlığı tarafından birlikte saptanacağını belirtmişti.Bu nedenle Yargıtay bir kararında bir kimsenin sanatçı olup olmadığının sadece tanık beyanıyla ispatlanamayacağını; bakanlıklar arası protokole göre bu sıfatın belirleneceğini ifade etmiştir.²⁶⁷

28/08/2008 tarihli Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ek-1'de yer alan tabloda;film,tiyatro,sahne,gösteri,ses ve saz sanatçıları ile müzik,resim,heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarların sigortalı olduğu belirtilmiştir. Bu sanatçı ve çalışanlar içinde hangi kişilerin yer aldığı da ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

Yargıtayın 10.HD eski kararlarında bu kişilerin sanatçı borçlanması yapabilmesi için hizmet sözleşmesine dayanarak çalışmalarını zorunlu görmüştür.²⁶⁸ Daha sonra Yargıtay 10.HD görüş değiştirmiş ve sanatçıların sigortalı sayılabilmeleri için hizmet sözleşmesine dayanarak çalışmaları koşulunu aramamıştır.²⁶⁹

Sanatçı borçlanmalarında Yüksek mahkeme dinlenen tanıkların somut ifadeler vermesini,sanatsal faaliyetin süresini,ücret konusunun belirlenmesini şart koşturmaktadır.Borçlanma isteminde bulunan kişinin geçimini sanatsal faaliyetle kazandığını da kanıtlaması gerekmektedir.²⁷⁰

(3) Hizmet Akdiyle Çalışan Bazı Yabancılar

Yabancıların sigortalı sayılma koşulları 5510 SK'nun 4.maddesinin 2.fıkrasının c bendinde belirtilmiştir²⁷¹ Yabancıların ülkemizde çalışabilmesi 4817 Sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun çerçevesinde mümkündür.

²⁶⁷ 21.HD, 18.6.1998 T.,1998/2837 E.,1998/4708,Araslı,2002:1442

²⁶⁸ 11.6.1996 , 10263/ 5474;Okur,2001:221

²⁶⁹ 30.9.1998 T.,644 E.,633 K.,Aslanköylü, 2009:250;10 HD 27.6.2001 T.,3653/5041;Okur, 2001:221

²⁷⁰ 21.HD 12.4.1999T., 99/2209 E.,99/2286 K.,21 HD 1.6.1998 T 1998/3444 E.,1998/3983 K

²⁷¹ Aslanköylü,2009:190

Yabancı kavramı,mülteci,sığınmacı ve vatansızları da kapsamaktadır.²⁷² Yabancılar 2003 yılı öncesinde sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigorta dalları bakımından zorunlu sigortalı sayılmakta;malüllük,yaşlılık ve ölüm sigortası bakımındansa istekleri halinde sigorta kapsamına alınmaktaydı. Uluslararası sözleşmelere aykırı bulunan bu düzenleme,yabancılar, 4958 sayılı Kanunla,işsizlik sigortası hariç tüm sigorta dalları açısından sigorta kapsamına alınmışlardır.²⁷³

5510 Sayılı Kanun Gereğince Sigortalı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi Ve Sona Ermesi Hakkında Tebliğde de (m.1.A.3) mütekabiliyet esasına dayalı olarak sosyal güvenlik sözleşmesi yapmış ülkelerin uyruğunda olanlar hariç,yabancı uyruklu,uyruksuz,göçmenler ve sığınmacı kişiler ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülke sigortalılarından, sözleşmede belirlenen istisna halleri dışında çalışmalarını hizmet akdine tabi sürdürenlerin sigortalı sayıldıkları belirtilmiştir. Ayrıca büyükelçilik, konsolosluk mensuplarının özel hizmetlerinde çalıştırılanlardan gönderen devlette veya üçüncü bir devlette sigortalılıklarını belgeleyemeyenler ile Türkiye'de ikamet etmekte iken buralarda çalıştırılan Türk vatandaşlarının da sigortalı oldukları hükme bağlanmıştır.

Vatansızlar ve mülteciler de yabancılar gibi zorunlu sigortalı sayılmaktadır.Türkiye'de çalışan Türk soylu yabancılar ise Türk vatandaşları gibi zorunlu sigortalı sayılmaktadır²⁷⁴ Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında Azerbaycan vatandaşlığından Türk vatandaşlığına geçen Türk asıllı olan ve sözleşmeli çalışan öğretim üyesinin sigortalı sayıldığına karar vermiştir.²⁷⁵ Aynı şekilde Yargıtay hastanede fahri asistan olarak çalışan Kıbrıs uyruklu iki doktorun da sigortalı sayılması şeklinde karar vermiştir²⁷⁶

Ülkede bulunan konsolosluk ve büyükelçilik mensuplarının özel hizmetinde çalışan yabancılardan,başka bir ülkede sigortalılığı bulunmayanlar da SSİY.m.9/ç bendi uyarınca sigortalı sayılmaktadırlar. Ancak mütekabiliyet esaslarına dayanarak

²⁷² Uşan,2009;80

²⁷³ Güzel,Okur, Caniklioğlu,2009,108,109

²⁷⁴ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009,110

²⁷⁵ 10.HD, 3.12.2001 T.,2001/8237 E.,2001/8424 K. ,kişisel arşiv

²⁷⁶ Yarg.10.HD 22.1.2001 T.,3613/27 ;22.1.2001 T.,8477/39 ;Okur,2002

ikili sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış yabancı ülke uyruğunda olanlar hizmet akdine dayanarak çalışsalar bile sosyal güvenlik sözleşmesinin hükümlerine göre sigortalı sayılacaklardır.²⁷⁷

(4) Çiftçi Mallarını Koruma Bekçileri

Hizmet sözleşmesiyle çalışmadıkları halde önce 506 SK,sonra 5510 SK ile sigortalı kapsamına dahil edilen başka bir grup koruma bekçileridir.²⁷⁸ Bazı yazarlara göre bu kişilerin çalışmaları hizmet akdine dayanmaktadır.²⁷⁹

506 Sayılı Yasanın mülga 2.maddesine 1992 Sayılı Kanunun 1.maddesiyle eklenen fıkraya göre 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılan koruma bekçileri 11.5.1976 tarihinden itibaren sigortalı sayılmışlardır.²⁸⁰ Bu kişiler 5510 Sayılı Kanunun 4.maddesinin ikinci fıkrasının d bendi kapsamında sigortalılardır. Ancak 506 SK'nun 2.maddesi sadece çiftçi mallarını koruma bekçilerini sigortalı sayarken 5510 SK'nun anılan hükmü Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanununa göre çalıştırılan herkesi kapsamına almıştır. Bu anlamda çiftçi mallarını koruma başkanları ve diğer çalışanlar da bu hüküm uyarınca sigortalı sayılacaklardır.²⁸¹

Yargıtay bir kararında 1992 sayılı Kanunla 506 Sayılı Kanun kapsamına alınmış koruma bekçilerinin 26.5.1976 tarihinden önceki çalışmalarının da tespit edilmesini bozma nedeni yapmıştır. Bu kişilerin atamaları,koruma veya ihtiyar meclislerince seçildikten sonra kaymakam veya valilerce yapılmaktadır.²⁸²

5510 Sayılı Kanun Gereğince Sigortalı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı,Kuruma Bildirilmesi Ve Sona Ermesi Hakkında Tebliğde de 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna

²⁷⁷ Aslanköylü,2009:192

²⁷⁸ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009,110

²⁷⁹ Aslanköylü,2009:193

²⁸⁰ Bilgili,2009:61

²⁸¹ Aslanköylü,2009:193

²⁸² Uşan,2009:81

göre, çiftçi malları koruma başkanlıkları veya meclisleri tarafından çalıştırılan koruma bekçilerinin sigortalı sayıldıkları belirtilmiştir. Bu kişiler aynı zamanda işsizlik sigortası kapsamında da yer almaktadır.²⁸³

(5) Genel Kadınlar

24.4.1930 tarihli 1593 sayılı umumi Hıfzısıhha Kanununda yer verilen genel kadınlar 2167 Sayılı Kanunla 506 Sayılı Kanuna eklenen mülga ek 13.maddesiyle sigortalı sayılmışlardı. Ancak bu kişilerin sigortalılıkları 11.7.1978 tarihinde başlamıştı. Genel kadınlar 5510 Sayılı Kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı sayılmıştır.

Çalıştırılanlarla aralarındaki sözleşmenin niteliği ve geçerliliğine ilişkin olarak 506 SK'nun ek.13.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bu kimseleri çalıştıranlar bu Kanuna göre işveren sayılır" şeklindeki düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bu kadınları çalıştıran kişilerin mevcut durumda da işveren sayıldıkları açıktır.²⁸⁴

Bu kadınların sigortalı sayılabilmesi için çalıştıkları yerin genelev olması gerekmektedir. Genelev de işyeri konumundadır. Genel kadınların işvereni de bu kişileri çalıştıran kişilerdir.²⁸⁵ Yargıtay bu kadınların çalışmalarının tespitinde periyodik olarak geçtikleri sağlık kontrollerindeki raporların, ahlak zabıtasının kayıtlarının incelenmesini gerekli görmektedir.²⁸⁶ 5510 Sayılı Kanun Gereğince Sigortalı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi Ve Sona Ermesi Hakkında Tebliğde de 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumi kadınların sigortalı sayıldıkları belirtilmiştir. Bu insanların sosyal koruma altına alınması insancıl düşüncelere dayandığı için öğretide de olumlu karşılanmıştır.²⁸⁷

²⁸³ Uşan, 2009:81

²⁸⁴ Aslanköylü, 2009:193

²⁸⁵ Uşan, 2009:81

²⁸⁶ Y 10.HD 22.12.1998 günlü 9194 E. 9191 K., Çakmak, HTD, 2005, s.374

²⁸⁷ Tuncay, Ekmekçi: 2009:220

6)Usta Öğreticiler ve Ders Ücreti Karşılığı Görev Verilenler

Örgün ve yaygın eğitim veren eğitim kurumlarında ve hizmet içi ders ve konferanslarda usta öğreticiler görevlendirilmektedir.Milli Eğitim Bakanlığı tarafından açılan kurslarda usta öğrenci olarak çalıştırılanlarla kamu idarelerinde ücret karşılığı ders verenler hizmet akdiyle çalıştırılanlar gibi sigortalı sayılmaktadır.²⁸⁸ Milli Eğitim Temel Kanununun 47.maddesinde usta öğretici;ustalık yeterliliği kazanmış,aday çırak,çırak,kalfa ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerinin işyerlerindeki eğitiminden sorumlu,meslek eğitim tekniklerini bilen ve uygulayan kişiler olarak tanımlanmıştır.

Kanunun 4.maddesinin ikinci fıkrasının f bendine göre bu kişiler hizmet akdine dayalı olarak çalışanlar gibi sigortalı sayılmışlardır. Bu hüküm ne Bağ-Kur Kanununda ne de 506 SK'nda yer almaktaydı.²⁸⁹ Kanun bu kişilerin sigortalı sayılmaları için kursların Milli Eğitim bakanlığınca düzenlenmiş olması şartını aramaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 89. maddesi açıktan atama suretiyle kamu idarelerinde ücretli ders verme görevini yerine getirebilecekleri belirtmiştir. Bu kişiler de hizmet akdiyle çalıştırılanlar gibi sigortalı sayılmaktadır.5510 Sayılı Kanun Gereğince Sigortalı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi Ve Sona Ermesi Hakkında Tebliğde de Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanların sigortalı sayıldıkları belirtilmiştir.

(7) Bazı Geçici ve Sözleşmeli Personeller

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4.maddesinin B ve C bentleri geçici ve sözleşmeli personel statüsünü düzenlemiştir. Anılan yasanın 4.maddesinin C

²⁸⁸ 5510 SK m.4/2 ;Uşan 2009:82

²⁸⁹ Aslanköylü,2009:193

bendinde sözü edilen geçici personeller bir yıldan az süreli veya mevsimlik işlerde sözleşmeyle çalıştırılan ve işçi sayılmayan kişilerdir.²⁹⁰ Sözleşmeli personel ise B bendinde düzenlenmiş olup 6.6.1978 tarihli 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konan “ Sözleşmeli Personel çalıştırılmasına İlişkin Esaslara ” göre çalıştırılan kişilerdir.²⁹¹

Her iki statüde çalışan kişiler de 5510 Sayılı Kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Kendileriyle sözleşme yapılan ebe,laborant,röntgen teknisyeni gibi kişiler 657 SK'nun 4/B hükmünde belirtilen görevleri yerine getiren kişilere örnektir.Bu kişilerin çalışma ilişkilerinde 657 SK'nun hükümlerinin uygulanması onların devlet memuru sayılmalarına yol açmaz.Bu nedenle bu kişiler 657 SK'nun 4.maddesinin D bendi gereğince işçi niteliği taşıdıklarından Kurumla aralarında sosyal sigorta ilişkisi de kurulmuş sayılır.²⁹²

5510 SK yürürlüğe girinceye kadar sözleşmeli ve geçici personelin sigortalı sayılıp sayılmayacağı konusunda tartışmalar yaşanmıştır. Bu belirsizlik yüzünden çalışan bir çok kişi sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakılmıştır.²⁹³ Nitekim Yargıtay bir kararında sözleşmeli personelinin kıdem tazminatı istemini kabul eden yerel mahkemenin kararını bu kişilerin iş ilişkisinin hizmet akdi olmadığından bahisle bozmuştur.²⁹⁴

5510 SK'nun bu düzenlemesi karşılığında hizmet akdine dayansın ya da dayanmasın geçici ve sözleşmeli personeller sigortalı sayılacaklardır. Zira Yasanın amacı mümkün olduğunca hiç kimseyi sigortalılık kapsamı dışında bırakmamaktır.²⁹⁵ Belirtmelidir ki yukarıda sayılan bu kişilerin sigortalı olup olmadıklarının

²⁹⁰ Uşan,2009:82

²⁹¹ Tuncay, Ekmekçi, 2009 :220

²⁹² Süzek,2009

²⁹³ Aslanköylü,2009:189

²⁹⁴ YHGK 1.3.1993 1992/7647 E.,1993/2999K.

²⁹⁵ Aslanköylü,2009:190

belirlenmesinde hizmet ilişkisinin varlığı aranmamaktadır. Sözü edilen bentlerde öngörülen koşulların gerçekleşmesi yeterli sayılmaktadır.²⁹⁶

B.Bazı Sigorta Dallarına Tabi Olanlar

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 5. maddesi, uzun ve kısa vadeli sigorta kollarının bazılarında yararlanabilecek olanları saymıştır. Bazı sigorta kolları açısından bir grup sigortalı kapsam dışında bırakılmıştır.²⁹⁷

1. Bazı Tutuklu Ve Hükümlüler

Kural olarak cezaevlerindeki çalışmalar hizmet akdinin konusu olmaz. Zira serbest irade söz konusu değildir.²⁹⁸ Ceza ve ıslah evlerinde görülen iş, ceza ve ıslah evleri idaresinin yönetiminde yürütüldüğünden ve kamu hukukundan kaynaklandığından ceza ve ıslah evlerindeki atölyelerde çalıştırılan mahkumların sigortalı sayılmayacakları hükmü konulmuştur.²⁹⁹

506 sayılı Kanun' un 4958 sayılı Kanunla iptal edilmeden önceki 3. maddesinin I. Fıkrasının İ bendi “*ceza ve ıslahevleri içindeki atölyelerde çalıştırılan hükümlülerin sigortalı sayılmayacaklarını*” hükme bağlamıştı. Belirtilen kimselerin sigortalı sayılmamasının nedeni ceza ve ıslahevlerindeki çalışmalarının hizmet akdine dayalı olmamasıdır (O.Karadeniz,H.Karadeniz). Bununla beraber çalışma ceza ve ıslahevi dışında gerçekleşiyorsa çalışan hükümlüler sigortalı sayılıyordu.³⁰⁰ Bu durumda yapılan iş serbest iradenin sonucu olduğundan hizmet akdine dayanan bir çalışma söz konusu olmaktadır.

4958 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanun'un 3. maddesinin I. Fıkrasının i bendi iptal edilmiştir ve 506 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen yeni fıkra hükmü ile ceza ve infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye vb

²⁹⁶ Aslanköylü,2009: 194

²⁹⁷ Uşan,2009:94

²⁹⁸ Uşan,2009:94

²⁹⁹ 10.HD 20.6.1974,E.3403,4546 K.,Yelekçi1993:54

³⁰⁰ HGK , 03.11.1971 T, 930 E. , 61 K.

ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında yalnızca iş kazası ve meslek hastalıkları, analık ve hastalık sigorta kollarının uygulanacağı öngörülmüştür (O. Karadeniz,H.Karadeniz).Ancak bu kişilerin işverenlerinin kim olduğu 506 SK'da belirtildiği halde 5510 SK'da belirtilmemiştir .Bu kişilerin kimler olduğu 5510 SK'nun 12.maddesi uyarınca belirlenecektir.³⁰¹ Kanununun 4.maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren sayıldığından hükümlü ve tutukluları çalıştıran kişiler işveren sayılacaklardır.

5510 SK'nun 5.maddesinin a bendi uyarınca hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanacaktır. Ancak,bu kişilere hastalık sigortası uygulanmayacaktır.Zira bu kişiler işgöremezlik durumuna düştüğünde tutukluluk halinin doğal bir sonucu olarak bir nevi istirahat halindedirler.Bu nedenle haklarında hastalık sigortasının uygulanmaması yerinde olmuştur.³⁰² Ancak bu kişilere genel sağlık sigortası uygulanacaktır. Öğretide analık sigortasından yararlandırılan bu kişilerin hastalık sigortasından yararlandırılmaması da çelişkili bulunmaktadır.³⁰³

506 Sayılı Yasada bu kişilerin diğer sigorta dalları açısından isteğe bağlı olma imkanının bulunduğu belirtilmişse de 5510 sayılı Yasada bu ifadeye yer verilmemiştir. Ancak 50.maddede isteğe bağlı sigorta; “kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tâbi olmalarını sağlayan sigorta” olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklulara uzun vadeli sigorta dalları açısından isteğe bağlı sigortalılık hakkını vermektedir.

³⁰¹ Aslanköylü,2009:255

³⁰² Aslanköylü,2009:255

³⁰³ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009, 131

2.Aday Çıracak,Çıracılar Ve Stajyer Öğrenciler

Çıracılık ilişkisi 1977 yılına kadar sadece Borçlar Kanununun hizmet akdi bölümü içinde kalan birkaç hükümle düzenlenmişti.³⁰⁴ 1977 yılında ise Çıracık Ve Kalfa Kanunu,sonra da 1986 yılında Çıracılık Ve Meslek Eğitim Kanunu çıkarılmış,2001 yılında da bu Kanunun adı 4702 Sayılı Kanunla Mesleki Eğitim Kanunu olarak değiştirilmiştir.³⁰⁵

Bir işyerinde işçiler gibi çalışan çıracık,aday çıracık ve stajyer öğrenciler aslında işçi değildir. Bu kişiler bir meslek ve sanatı öğrenmek için çalıştırıldıklarından işyerindeki işçi sayısına da dahil edilmezler.³⁰⁶

Aday Çıracık, Çıracık Ve İşletmelerde Beceri Eğitimi Gören Öğrencilerin Sigorta İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 3.maddesinde aday çıracık " *ilkokul mezunu olup çıracıklığa başlama yaşına gelmemiş ve çıracılık döneminden önce kendisine iş yeri ortamı tanıtılan, sanat ve mesleğinin ön bilgileri verilen kişi*" olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede çıracık,en az ilkököl mezunu,on üç yaşını doldurmuş olan ve çıracılık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi,beceri ve iş alışkanlıkları,iş içerisinde geliştirilen kişi olarak adlandırılmıştır.Kanuna göre öğrencinin ise işletmelerde beceri eğitimi gören meslek ve teknik lise öğrencileri olduğu belirtilmiştir.

Aday çıracık, çıracık ve işletmelerde beceri eğitimi gören öğrencilerin prim ödeme yükümlüsü Milli Eğitim Bakanlığı veya bu öğrencilerin eğitim gördüğü okullar veya zorunlu staja tabi tutulan yüksek eğitim kurumlarıdır. 3308 sayılı Çıracılık ve Meslek Eğitimi Kanununun 25 inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca aday çıracık, çıracık ve işletmelerde beceri eğitimi gören öğrencilerin yaş durumlarına göre tespit olunan asgari ücretlerin % 50'si sigorta primlerinin hesabına esas tutulmaktadır. Aday Çıracık, Çıracık Ve İşletmelerde Beceri Eğitimi Gören Öğrencilerin Sigorta İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 6.maddesine göre okul ve merkez

³⁰⁴ BK.m.313/III,318,330,342

³⁰⁵ Çelik,2004;37

³⁰⁶ Demir,2005,10

müdürlükleri, ilk defa sigortalı olacak aday çırak, çırak ve öğrenciler için üç nüsha "İşe Giriş Bildirgesi" doldurarak bunların üç nüshasını da kuruma gönderirler. Kurumca verilecek sigorta sicil numarası bu bildirelere kaydedildikten sonra bir nüshası saklanmak üzere okul veya merkez müdürlüklerine geri verilir. Okul ve Merkez Müdürlükleri daha önce sigorta sicil numarası almış olan aday çırak, çırak ve öğrenciler için "İşe Giriş Bildirgesini" iki nüsha olarak düzenlerler. Bunların ilk nüshası kuruma gönderilir,diğer nüshası okul ve merkez müdürlüğünde saklanır.

Çırakların çıraklık sözleşmesi yapmak için 14 yaşını doldurmuş ve 19 yaşından gün almamış olmaları gerekmektedir.³⁰⁷ Ancak 19 yaşından gün almış çıraklar da mesleki eğitimden geçebildiklerinden³⁰⁸ çırakların 19 yaşını bile aştıkları görülmektedir.³⁰⁹ Yargıtay 3308 sayılı Çıraklık Ve Meslek Eğitim Kanunundan Önceki Çalışmalarda çıraklık sözleşmesi bulunmadıkça bir kimsenin çırak sayılmadığına karar vermiştir³¹⁰

Yüksek Mahkeme bir kararında çıraklık çalışmalarının sigortalılık başlangıcına ve hizmet süresine dahil edilmeyeceği düzenlemesini getiren ve 29.6.2001 Tarihinde yürürlüğe giren 4702 SK'nun 9.maddesinin, çalışmaların geçtiği tarihte yürürlükte olmadığından davacı hakkında uygulanamayacağına hükmetmiştir.³¹¹

Çıraklık süresi yapılan mesleğin özelliklerine göre 2 ila 4 yıl sürebilmektedir.³¹² Bu süre geçmeden 18 yaşını dolduran çıraklara İş Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır.³¹³ Bu süre dolduktan sonra çalıştırılmaya devam eden çıraklar hakkında İş Kanunu uygulanacaktır.³¹⁴

³⁰⁷ MEK m.10/a

³⁰⁸ MEK m.10/2

³⁰⁹ Demir,2005:11

³¹⁰ 10 HD, 22.4.1985 T.,1985/2347 E.,1985/2493 K.Çakmak,2005,2005:92

³¹¹ 10.HD 2004/3928 E. 2004/11783 K.13.12.2004 ,kişisel arşiv

³¹² MEK m.14/2

³¹³ MEK m.13/son Ancak

³¹⁴ Demir,2005:11

Çıraklar işyerinde üretime bilfiil katılıyor ve mesleki eğitim arka planda kalıyorsa ortada hizmet ilişkisinin olduğu kabul edilmelidir. Çünkü çıraklık ilişkisinde akdin üstün niteliği çalışma değil öğrenmedir.³¹⁵

Çırakların sosyal güvenliği ile ilgili olarak 506 SK'nun m.3/II.b bendinde bu kişiler hakkında “analık,malululuk,yaşlılık ve ölüm sigortası hükümlerinin uygulanmayacağı ancak meslek hastalığı,iş kazası ve hastalık sigortalarından faydalanabilecekleri hükmüne bağlanmıştır.³¹⁶ Bu kişilerin iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölümü halinde,eş ve çocuklara,ana-babaya gelir bağlanması,hastalık halinde aile bireylerine sağlık yardımı yapılması mümkün değildir.³¹⁷

5510 SK ise aynı yönde bir hükme yer vermemiştir. 5510 Sayılı Kanunun 5.maddesinin b bendinde, 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak,çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası;meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi tutulan öğrenciler hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu kişiler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Bu nedenle sonraki Kanun olan 5510 SK'nun uygulanmasını ve bu Yasanın yürürlüğünden önce iş kazası yada meslek hastalığı sonucu ölmüş olan çırak ve mesleki eğitim öğrencilerinin hak sahiplerine ölüm geliri bağlanmasının gerekli olduğu ileri sürülmektedir.³¹⁸

Çırak,aday çırak ve mesleki eğitim gören öğrenci olarak çalıştırılan kişiye mutlaka bir mesleğin öğretilmesi gerekmektedir.Çıraklık ilişkisini hizmet ilişkisinden ayıran en önemli unsur budur.³¹⁹ Uygulamada çırak adı altında işçi çalıştırmalarına sıklıkla rastlanıldığından bir mesleği öğrenme süresinin tespiti önemlidir.Nitekim Yüksek mahkeme bir kararında halıcılık gibi bir sanatın öğrenilmesinin 11 yıl sürmesinin hayatın olağan akışına uymadığına,dolayısıyla

³¹⁵ 10 HD 18.12.2000 T., 2000/8085 E.,8396 K.,Çakmak,2005:356,357

³¹⁶ Çelik,2004:37

³¹⁷ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:133

³¹⁸ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:134;Uşan,2009:95

³¹⁹ 9.HD,28.3.1973 T., 1972/36098 E.,1973/6625 K.

çırağın öğrenim süresi için geçmesi gereken süreden sonraki çalışmalarının hizmet ilişkisi olduğuna karar vermiştir.³²⁰

Bir başka kararında Yüksek Mahkeme,davacının 03.10.1977 tarihinde Kuruma verilen işe giriş bildirgesinde 01.07.1977 tarihinde çırak olarak işe alındığı, dönem bordrosunda 01.07.1977-26.07.1977 tarihleri arasında çırak olarak çalıştığı yazılı bulunduğu ancak bordroda sigortalı dışında gösterilen oniki kişinin de çırak olduğunun görülmesi karşısında eylem ve çalışmanın niteliğinin saptanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.³²¹ Çalışmanın eğitim nitelikli mi, üretime katılarak mı gerçekleştiğinin belirlenmesi, böylelikle davacının çırak olarak kabul edilip edilemeyeceğinin saptanması gereklidir.³²²

5510 SK,daha önce sosyal sigortalar kapsamına girmeyen stajyerleri de iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından kapsamına almıştır.³²³ 5510 SK'nun 5.maddesinin 1.fıkrasının b bendinde meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi tutulan öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanacağı ve 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacakları belirtilmiştir. Belirtmeliyiz ki bu düzenleme sadece zorunlu staja tabi tutulanlarla ilgilidir.³²⁴

Söz konusu düzenleme nedeniyle Yargıtayın,506 SK döneminde üniversite ve yüksek okul öğrencilerinin işyerlerinde yaptıkları stajın zorunlu sigortalılığa yol açmadığına ilişkin kararı³²⁵ iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından geçerliliğini yitirecektir.³²⁶ Sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık eğitimi için yurt içinde veya yurt dışında geçirilen normal doktora ve uzmanlık eğitim süreleri de 5510 SK'nun 41/d hükmü uyarınca borçlanılabilecektir.

³²⁰ 9.HD 14.9.1977 T.,77/9778 E.,77/13293 K.;Çelik,2004:38

³²¹ 10.HD 14.11.2006 T 2006/10137 E., 2006/14661 K.,10 HD ,22.4.1985 T.,1985/2347 E.,1985/2493 K.,Çakmak, 2005:92

³²² 10.HD,E. 2006/10137,K. 2006/14661T. 14.11.2006,kişisel arşiv

³²³ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:134

³²⁴ Güzel,Okur,Caniklioğlu, 2009: 134

³²⁵ 10.HD 7.10.1993 T.,1993/ 6513,1993/10556 K.

³²⁶ Aslanköylü, 2009:134;Güzel,Okur,Caniklioğlu, 2009:134

3.Vazife Malûllüğü Aylığı Alırken Çalışanlar

Harp Malulleri İle Terörle Mücade Kanunu ve Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış maluller, Kanun m.4./a veya 4/b kapsamında çalışmaya başarlarsa aylıkları kesilmez.³²⁷

5510 SK'nun 5.maddesinin c bendinde harp malûlleri ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış malûllerden,4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu kişiler hakkında kısa vadeli sigorta kolları uygulanacaktır. Aylıkları kesilmeksizin m.4/1,(a) ve (b) bendi kapsamında çalışanlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanacaktır.

Bu kişilerin uzun vadeli sigorta dallarına tabi olmayı istemeleri halinde Kuruma bildirimde bulunmaları gereklidir.³²⁸ Bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden ay başından itibaren, uzun vadeli sigorta kolları uygulanır. Bu kişilerden genel sağlık sigortası primi alınmaz.³²⁹

4.Türkiye İş Kurumu Kursiyerleri

Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler,4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır.³³⁰

³²⁷ Uşan,2009:97)

³²⁸ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:135

³²⁹ Tuncay,Ekmekçi,2009:236

³³⁰ m.5/1.e

5.Yurt Dışına Gönderilmiş Bazı Türk İşçileri

Kural olarak yasalar yasaları çıkartan ülke sınırlarında geçerli olur. Bu nedenle sosyal sigortalara ilişkin mevzuat da Türkiye’de yaşayan sigortalılara uygulanır.³³¹ Ancak bu kuralın istisnası 5510 Sayılı Kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasının g bendinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye’de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz.

506 SK’nun uygulanmasında da Yüksek Mahkeme yurt dışında çalışanların 506 SK uyarınca sigortalılıklarının devamı için bazı koşullar aramıştı³³² Bunlar yerleşilen ülkeyle Türkiye arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmaması, şirketin Türkiye’de bulunması ve tescilli olması, hizmet akdinin Türkiye’de yapılmış olması, yurt dışı çalışmanın geçici olması, yabancı ülkede sosyal güvenlik yardımlarından faydalanılmamasıydı.³³³ 5510 SK’unda da aynı şartların arandığını görmekteyiz.

Türkiye’yle ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalamamış ülkelere çalıştırılmak üzere gönderilen Türk işçilerinin sosyal güvencesi başlangıçta topluluk sigortası ile sağlanmıştı. Bu kişiler uzun vadeli sigorta hükümlerinden yararlandırılmıştı.³³⁴ 506 Sayılı Yasa bu şekilde çalışan kişiler için isteğe bağlı sigorta ya da topluluk sigortalısı olma imkânı vermişti. Ayrıca bu imkanları

³³¹ Okur,2002

³³² Okur,2002

³³³ 10.HD.23.11.2001,,2001/4133 E.,2001/8086 K.

³³⁴ Aslanköylü,2009:135

kullanmayan sigortalıların yurt dışındaki çalışmalarının borçlanılmasına da imkan vermektedir.

5510 sayılı Kanun söz konusu uygulamalara son vermiştir. Bu kişiler 5510 Sayılı Kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Yurtdışına işçi götüren işverenin Türk kanunlarına göre kurulmuş ve tescil edilmiş olması zaruridir.³³⁵ Haklarında kısa vadeli sigorta dalları ve genel sağlık sigortası uygulanacaktır. Bu düzenleme uzun yıllar yurt dışında çalışan bu kişilerin ölüm,malüllük,yaşlılık tehlikelerine karşı güvencesiz bıraktığı için eleştirilmiştir.³³⁶ Ancak sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde,50.maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye’de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanacaktır. Bu kapsamda,isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Kanun yurtdışına sosyal güvenlik sözleşmesi imzalamamış ülkeye gönderilenlerin 4/a bendi kapsamında yer alacağını öngörürken, isteğe bağlı olarak da uzun vadeli sigorta primlerini ödemeleri gerektiğini ifade etmektedir.³³⁷ Ancak,isteğe bağlı sigortada uzun vadeli sigorta primlerin tamamının sigortalı üzerinde kalmasını eleştiren yazarlar vardır.³³⁸

Bu kişilerin kısa vadeli sigorta dalları açısından m.4/a bendine;uzun vadeli sigorta dalları açısından ise m.4/1.b bendine göre işlem görecektir olması tartışmalara yol açmıştır.Zira m.4/b kapsamında sayılan bir sigortalı 9000 gün;m.4/a kapsamında sayılan sigortalı 7200 gün prim ödemek yükümlülüğü altındadır.³³⁹

Belirtmek gerekir ki yurt dışına geçici görevle gönderilenler m.5./1.g kapsamına girmemektedir.³⁴⁰ Bu kişiler hakkında 5510 SK’nun 10.maddesi uygulanacaktır. Bu hükme göre Kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasının (a)

³³⁵ Uşan,2009:98

³³⁶ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:136

³³⁷ Uşan 2009:99

³³⁸ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009: 136, Aslanköylü, 2009:136

³³⁹ Uşan,2009: 99

³⁴⁰ Güzel,okur,Caniklioğlu,2009:136

bendinde sayılan sigortalıların işverenleri tarafından geçici görevle yurt dışına gönderilmeleri,(c)bendinde sayılan sigortalıların mevzuatlarında belirtilen usûle uygun olarak yurt dışına gönderilmeleri veya (b) bendinde sayılanların sigortalılığa esas çalışması nedeniyle yurt dışında bulunmaları halinde, bu görevleri yaptıkları sürece, sigortalıların ve işverenlerin sosyal sigortaya ilişkin hak ve yükümlülükleri devam etmektedir.

6. İş Kaybı Tazminatı Alanlar

Özelleştirme sonucunda işsiz kalanlar için özel bir düzenleme yapılarak bu kişilerin öngörülen tazminatlar dışında ayrıca iş kaybı tazminatı alabilmelerine olanak tanınmıştır.³⁴¹ 5510 SK'nun geçici 13 .maddesinde 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin geçiş esasları belirlenmiştir.

5510 SK'nun geçici 13.maddesinde de 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanunun 21 inci maddesi kapsamında iş kaybı tazminatı alanların 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı ve genel sağlık sigortalısı sayıldıkları ancak kısa vadeli sigorta kollarına tâbi olmadıkları belirtilmiştir. Bu kişilerin haklarında uzun vadeli sigorta kolları uygulanmaktadır. İşsizlik ödeneği alan sigortalıların primleri ise İş-kur tarafından Kuruma yatırılmaktadır.

Bu sigortalıların sigortalı olduklarını ayrıca Kuruma bildirme sorumlulukları yoktur.Türkiye İş Kurumu tarafından ilk iş kaybı tazminatının ödendiği tarihi takip eden ay sonu itibarıyla, iş kaybı tazminatı alanlara ilişkin primlerin aktarıldığı anda sigortalı bildirim ve tescili yapılmış sayılır.Bu kapsamdakilerin sigortalılıkları iş kaybı tazminatı ödeme süresinin bittiği tarihte sona erer.³⁴²

Aynı maddede iş kaybı tazminatından yararlananlar için Türkiye İş Kurumunun prim ödeme yükümlüsü olduğu belirtilmiş ancak bu kişilerin kanun kapsamında işyeri ve işveren sayılmadıkları öngörülmüştür.

³⁴¹ Uşan ,2009:101

³⁴² Geç.m.13

7.Sosyal Güvenlik Destek Primine Tabi Olanlar

Bazı sigorta kollarından yararlanabilecek bir diğer grup, “sosyal güvenlik destek primine tabi olanlardır”. Sosyal güvenlik destek primi,yaşlılık aylığı kesilmeksizin yeniden çalışmaya başlayabilmek için ödenen primdir .³⁴³

Bilindiği gibi, 5510 sayılı Yasa,Anayasa Mahkemesince iptal edilmeden önceki halinde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağını tanımış ancak ödenmesi gereken prim oranlarını 506 sayılı Yasaya göre farklı belirlemişti³⁴⁴ 5510 sayılı Yasaya göre sosyal güvenlik destek primi ödemek isteyenler herhangi bir sigortalıdan farksız olarak prim ödemek durumunda bırakılmışlardı.³⁴⁵

Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik destek priminin ölçsüz bir şekilde artırıldığı gerekçesi ile bağımsız çalışanlar açısından ve devlet memurları bakımından bu hükmü iptal etmişti.³⁴⁶ Bunun üzerine 17.4.2008 tarihli 5754 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla konu tekrar düzenlenmiş ve sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı kaldırılmıştır.³⁴⁷

Ancak, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar,vazife malûllüğü,malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği hükme bağlanmıştır³⁴⁸

5510 Sayılı Yasanın 30.maddesinde yaşlılık aylığı almakta iken bu Kanuna tâbi sigortalı olarak yeniden çalışmaya başlayanlardan veya 4 üncü maddenin birinci

³⁴³ Tuncay,Ekmekçi,2009:232

³⁴⁴ Caniklioğlu,2009

³⁴⁵ Güzel,Okur,Caniklioğlu, 2009: 136

³⁴⁶ AYM, 15.12.2006, E. 2006/111,,2006/112, RG., 30.12.2006, 26392

³⁴⁷ Caniklioğlu,2008:164,vd

³⁴⁸ Geç.m.14/1

fıkrasının (b) bendine tâbi faaliyete devam edeceğini beyan edenlerden aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edileceği hükmü düzenlenmiştir. Yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı olarak yeniden çalışmaya başlayanların veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya veya ikamete dayalı sosyal yardım almaya başlayanların yaşlılık aylıkları, çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı sosyal yardım almaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilecektir. Yaşlılık aylıkları kesilenlerden, 5510 sayılı Kanuna tâbi olarak yeniden çalışmaya başlayanlardan çalıştıkları süre zarfında kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına ait prim alınacaktır.³⁴⁹

5510 SK'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara, çalışılan süreleri için, sosyal güvenlik destek primi oranı olarak bu Kanunun 30. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde belirtilen hükümler uygulanmaktadır. Bu oran, bu maddenin yürürlüğe girdiği yılda % 12 olarak, takip eden her yılın Ocak ayında bir puan artırılarak uygulanacaktır. Ancak bu oran % 15'i geçemeyecektir.³⁵⁰

Harp malûlleri ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre aylıkları hesaplanarak ödenen veya asayiş ve güvenliğin sağlanması ile ilgili kanunlara göre vazife malûllüğü aylığı almakta iken; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla çalışmaya devam edenler ile sonradan bu Kanuna tabi çalışmaya başlayacaklar için sosyal güvenlik destek primi uygulanmayacaktır.³⁵¹

5434 sayılı Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı almakta iken bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendi kapsamında çalışmaya devam edenler hakkında, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde yazılı talepleri doğrultusunda bu Kanunun iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri ve uzun vadeli sigorta kolları veya sosyal güvenlik destek primine ait hükümler uygulanır. Bunlardan uzun vadeli sigorta primi

³⁴⁹ m.30/3.a

³⁵⁰ Geç.m.14.1.b

³⁵¹ Geç.m.14.1.c;m.5.c

ödeyenlerin belirtilen süre içinde yazılı talepte bulunmamaları halinde ayrıca iş kazası meslek hastalığı hükümleri uygulanır, sosyal güvenlik destek primi kesilmez.³⁵²

II. SİGORTALI SAYILMAYANLAR

5510 SK m.4'de belirtilen nitelikte bir çalışma ilişkisi içinde olmayı ya da faaliyette bulunmayı sigortalılık niteliğini kazanmanın koşulu kabul eden kurala 6.maddede bir çok istisna getirilmiştir.³⁵³ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu,506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa paralel bir düzenlemeyle sigortalı sayılmayanları da ayrıca belirtmiştir.Yasanın 6.maddesinde yer verilen bu hüküm gereğince,aşağıda sayılan kişiler,kısa ve uzun vadeli sigorta kollarının uygulanmasında sosyal sigorta sigortalısı sayılmamıştır.

A. İşverenin Ücretsiz Çalışan Eşi

İlke olarak evlilikte eşlerin maddi çıkar gözetmeksizin birbirlerine yardımda bulunmaları gerekmektedir. Bu nedenle,eşlerin birbirlerine ait işyerinde çalışmalarının ücretsiz olduğu kabul edilmektedir.³⁵⁴ Eşin işyerinde çalışması kural olarak aile hukuku çerçevesinde yardım maksatlıdır.³⁵⁵ Bu nedenle eşin çalışmaları zorunlu sigortalılık kuralından istisna edilmiştir.³⁵⁶

Bu anlatılanlar Medeni Kanunun karı koca olarak nitelendirdiği kişiler hakkında geçerlidir.Arada evlilik bağı olmadan birlikte yaşayan çiftler açısından geçerli değildir.³⁵⁷

İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi, 5510 SK m.6/1 uyarınca 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun m.3/I.b hükmüne paralel bir düzenlemeyle sigortalı

³⁵² Geç.m.14.1.d

³⁵³ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009: 118

³⁵⁴ Tuncay, Ekmekçi, 2009:238

³⁵⁵ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:120

³⁵⁶ Yelekçi,1993:42

³⁵⁷ Tuncay,Ekmekçi,2009:238;Tuncay,2000:176

sayılmamıştır.Öncelikle belirtmeliyiz ki ücretsiz çalışan kişiler bile sigortalı olabilir.³⁵⁸

506 Sayılı yasanın 78.maddesinin 2. fıkrasında “...ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden...hesaplanır” denilmek suretiyle ücretin hizmet akdinin temel unsuru olmadığını ortaya koyulmuştu.³⁵⁹ Eşin ücretsiz çalışmasının yasal yardım görevinin gereği olmadığı durumlarda sigortalılık niteliğini kazandığını kabul etmek gerekir. Ayrıca,eşin ücretle çalışması durumunda sigortalı sayılacağı açıktır. Ancak yüksek Mahkeme bunun için eşe yapılan ödemelerin ücret karşılığı yapıldığını gösteren belgeler aramaktadır.³⁶⁰

Yüksek Mahkeme eşin sigortalılığı üzerinde son derece duyarlı bir araştırma yapılması gerektiğini belirtmektedir.³⁶¹ Bu nedenle Yargıtay,eşin, bu işin gerekliliklerini yerine getirecek bilgi ve beceriye sahip olup olmadığı ,ücret alıp almadığı gibi hususların dikkatlice araştırılmasını gerekli görmektedir.³⁶²

B.Aynı Konut İçindeki İşlerde Çalışan Hısımlar

Konut içinde yapılan işlerde çalışanlar işçi sayılmadıkları gibi sigortalı da sayılmamışlardır.³⁶³ Burada yapılan işlerden 4857 Sayılı İş Kanununun 4.maddesini d bendinde belirtildiği gibi el sanatlarının (sepetçilik,süs eşyaları halı,dokumacılık gibi işlerin) anlaşılması uygun olur.³⁶⁴

5510 Sayılı Kanunun 6.maddesinin 1.fıkrasının b bendinde sigortalı sayılmayanlar içinde konut içindeki işlerde çalışan bazı hısımlar sayılmıştır. Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın yaşadıkları konut içinde yapılan

³⁵⁸ 9.HD 25.10.1973 T.,1086 E.,943 K.;Çakmak,2005:75

³⁵⁹ Yarg 10.HD 2.5.1974 T.,2493 E.,3478 K

³⁶⁰ YHGK 20.10.1999,E.99/21620 E.,1999/84 K.

³⁶¹ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:120

³⁶² 10.HD.,20.10.1981, 4668/5372,Çenberci:58

³⁶³ Tunçomağ, 1990:110

³⁶⁴ Tunçomağ,1990:111;Tuncay,2000:176

işlerde çalışanlar,506 Sayılı Yasanın 3/I.C hükmüne paralel düzenlenen bu hükümlerle sigortalı kapsamı dışında tutulmuştur.

Kanunda sayılan şartların hepsi birlikte aranmaktadır.Bu kişilerin sigortalı sayılmaları için konutta birlikte yaşamaları,üçüncü dereceye kadar hısımların olmaları ve dışarıdan kimsenin katılmaması gerekmektedir.Çalışanlar hısımlar olmakla birlikte aynı konutta yaşamıyorlarsa ya da aynı konutta yaşamalarına rağmen hısımlar değilse sigortalı sayılmalarına engel bir hal yoktur.³⁶⁵

Kanun yapılan işin niteliği bakımından bir şart öngörmemiştir.³⁶⁶ 4857 Sayılı İş Kanununun 4.maddesinin d bendinde de benzer bir düzenleme mevcuttur.Bu maddede bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde çalışanlar hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.Ancak bu düzenlemede yapılan işin el sanatları olduğu belirtilmiştir.Yani el sanatı dışındaki işlerde çalışanlar İş Kanunu kapsamında kalmaktadır.

Diğer taraftan İş Kanunu aile bireyleri yanında hısımlardan da söz ederek kapsamını 5510 SK'ndan daha geniş tutmuştur. Ancak aynı konutta birlikte yaşama kavramının 5510 SK'nda geçen bir ailenin bireyleri olma yerine kullanıldığı kabul edilmektedir.³⁶⁷

Konut kavramından maksat kişilerin çalışma saatlerinden artan zamanı uyumak,dinlenmek,yemek yemek,eğlenmek gibi amaçlarla içinde geçirdiği evdir.Yani işin konut sınırlarını taşmaması gerekmektedir. Birlikte yaşamaksa bazı temel ihtiyaçların konut içinde birlikte karşılanıyor olmasıdır.³⁶⁸

Üçüncü dereceye kadar hısımların kimler olduğu 4721 Sayılı TMK'ununun 17.ve 18. maddelerinde açıklanmıştır. Birinci dereceden hısımlar;çocuklar,anne ve baba;ikinci dereceden hısımlar;torunlar,büyükanne ve büyükbaba, kardeşler; üçüncü

³⁶⁵ Tuncay, Ekmekçi,2009:238

³⁶⁶ (Güzel,Okur, Caniklioğlu,2009:121)

³⁶⁷ Okur,2004:5,7

³⁶⁸ Okur,2004:6

dereceden hısımlarsa yeğenler,torun çocukları,amca,hala teyze,dayıdır. Bazı yazarlar evlatlıkların ve eşin de bu kapsama girdiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.³⁶⁹

Bazı yazarlar da çocuklar bu madde kapsamında sayılmadıkları için reşit olmuş çocukların sigortalı sayılmaları gerektiğini savunmuşlardır.³⁷⁰ Yüksek mahkeme bir kararında 506 SK'nun 3.madde uygulamasında inşaatı yedi çocuğuyla birlikte yapan işverenin,çocukları da işveren durumunda değılseler,zorunlu sigortalı sayılmaları gerektiğini belirtmiştir³⁷¹

Ancak çocukların zaten 1.derece hısım sayıldığını ve bu nedenle 5510 sayılı kanunun 6.maddesinin 1.fıkrasının b bendi kapsamına dahil olduklarının yorumu açık olmaması karşısında böyle bir karar işveren açısından sakıncalı durumlara yol açabilir.

C.Ev Hizmetlerinde Çalışanlar

Ev işiyle,evde yapılan iş arasındaki sınırın çizilmesi yasaların kapsamı açısından son derece önemlidir.³⁷² Ev hizmetlerinden maksat,hizmetçi,ahçı, bahçıvan,çocuk bakımı gibi evin günlük ihtiyaçlarını karşılamak üzere evde çalışan üçüncü kişilerdir.³⁷³ Burada aynı konutta birlikte yapılan işlerden farklı olarak yapılan işin ev işi olması dışında bir şart aranmamıştır.³⁷⁴

506 sayılı kanunun 3-D. Maddesinde ev hizmetlerinde çalışanların ücretle ve sürekli olarak çalışanlar hariç sigortalı sayılmayacakları hükmü mevcuttu. Belirtmek gerekir ki 506 SK'nunun 3/1-D maddesinde 2100 Sayılı Yasayla yapılan değışiklikle ücretli ve sürekli olarak ev hizmetlerinde çalışanlar 2100 sayılı Kanunun

³⁶⁹ Tunçomağ,1990:110

³⁷⁰ Tuncay,Ekmekçi, 2009:239

³⁷¹ 10.HD 6.2.1975 T.,6696 E.,601 K.,Çakmak,2005:81

³⁷² Okur,2004:2

³⁷³ Tuncay,2000:176; Çelik,2004: 66;

³⁷⁴ Okur,2004:8

yürürlüğe girdiği 24.11.1977 tarihi itibariyle sigortalı sayılmışlardır.Bu tür davalarda bu tarihten önceki çalışma iddiaları sürekli ve ücretli bile olsa dinlenemez.³⁷⁵

Yargıtay da 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu uyarınca ev hizmetlerindeki çalışma sürekli nitelikte ve ücret karşılığı yapılıyorsa çalışanın kanun kapsamında olduğuna ilişkin kararlar vermiştir.³⁷⁶ Ancak ev hizmetlerinde sigortalı olarak çalışmanın İş Kanuna tabi olmayı gerektirmeyeceğini de belirtmeliyiz.³⁷⁷

5510 SK bu düzenlemeyi aynen korumuştur (m.6.c) Ev hizmetlerinde çalışanlar (ücretle ve sürekli olarak çalışanlar hariç) sigortalı sayılmamışlardır.Bir başka anlatımla ücretle ve sürekli çalışanlar sigortalı sayılmıştır.Ücret alınmasına rağmen çalışma sürekli değilse bu kişiler sigortalı sayılmayacaklardır.Önemli olan işin ücretle ve sürekli yapılmasıdır.³⁷⁸

Ancak işin sürekliliği konusunda bazı sıkıntılar yaşanmaktadır.Hangi işler sürekli sayılacaktır? Yargıtay uygulamasında konuya haftalık çalışma açısından yaklaşılmakta,haftanın çoğu ev işlerinde geçirilmiş ve bu çalışma bir süre devam etmişse sigortalı çalışmanın doğduğu kabul edilmektedir (Okur,2004:13). Yargıtay haftanın 5 günü bir evde çalışma iddiasını süreklilik unsuru bulunduğundan bahisle sigortalı hizmet olarak saymıştır.³⁷⁹

Günlük çalışmanın kısmi süreli olması da sonucu değiştirmemektedir.³⁸⁰ Nitekim Yargıtay bir kararında haftanın yarısını ev hizmetleri yaparak geçiren kişinin çalışmasının geçici olmayıp devamlı olduğu ve bu nedenle sigortalı sayılması gerektiğine karar vermiştir.³⁸¹

Ancak başka bir kararında ise Yüksek mahkeme 4 yıl boyunca haftada 2 gün ev hizmetlerinde çalışan kişinin yaptığı iş süreklilik arz etmediğinden sigortalı

³⁷⁵ Tunçomağ,1990:112

³⁷⁶ 10.HD,15.4.2002,2002/2921 E.. 2002/3299 K..

³⁷⁷ 9.HD,25.2.1997,E.1996/19707 E.,1997/3321 K.

³⁷⁸ (Okur,2004:11

³⁷⁹ Y 10.HD,24.12.1987 T.,1987/7430 E.,1987/7462 K.

³⁸⁰ 10.HD 24.12.1987,87/7430E.1987/7462K.

³⁸¹ 10.HD, 9.11.1982 T.,1982/4086 E.,1982/4882K.

sayılmayacağı³⁸²; haftada 5 gün çalışanın ise çalışması kısmi nitelikte de olsa sigortalı sayılacağına karar vermiştir.³⁸³

Ev hizmetleri kapsamına evde çocuk bakımı da dahildir.³⁸⁴ Özellikle eşlerle birlikte aynı işverenin yanında geçen çalışmalarda eşlerin gördüğü hizmetin birbirine yardım mı ya da ayrı ayrı hizmet akdi mi olduğu konusu tartışmalara yol açmaktadır. Bu durumda her iki eşin yaptığı işin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. İşverene ait yayla evinde eşi işçi olarak çalıştığı sırada evin temizlik bakım gibi işlerini yapan, gelen misafirlere hizmet eden,yemek hazırlayan, kışın da şehirdeki evde benzer ev işlerini ve hizmetleri gören kadının sigortalı sayılacağı açıktır.³⁸⁵

Gündelik ücretle haftada bir gün çalışmak gibi süreklilik arzetmeyen çalışmalarda işçi sigortalı sayılmayacaktır.Burada dikkat edilmesi gereken durum hizmetin kesintili olup olmadığıdır.Yargıtay ev hizmetlerinde kesintili çalışanları sigortalı saymamaktadır.Diğer taraftan Kanun ev hizmetlerini saydığı için büro gibi işyerlerinde geçen çalışmalar süresiz bile olsa sigortalı çalışmadır.³⁸⁶

Yargıtay kamu düzenine ilişkin olan bu davalarda işverenin sürekli olarak bir sigortalı istihdam etmeye ekonomik gücünün olup olmadığı,evin sürekli bir hizmete ihtiyaç olup olmaması noktasından hareketle sigortalının sürekli çalıştığına ilişkin iddiasının ispatlanması gerekliliğine vurgu yapmıştır.³⁸⁷

D.Askerlik Hizmetini Yapmakta Olan Yükümlüler

Askerlik hizmeti,kamu hukuku çerçevesinde gerçekleşen bir yükümlülük olduğundan bu kişilerin faaliyetlerinin hizmet sözleşmesi olduğunun kabul edilmesine imkan yoktur.³⁸⁸ 5510 Sayılı Kanununun 6.maddesinin d bendine göre askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay okulu

³⁸² 10.HD,27.6.1995 T.,507/5904,Okur,2004:14

³⁸³ 10 HD 24.12.1987 T.,7430/7462 K.Okur,2004:15

³⁸⁴ 21.HD E. 2003/10681 K. 2003/9534 T. 18.11.2003

³⁸⁵ 9. HD E. 2001/1079 K. 2001/3913 T. 14.3. 2001

³⁸⁶ Y 10.HD 18.6.1996 günlü 5679 E.,5788 K.

³⁸⁷ Yarg.10. HD,13.2.1992, E.1991/11188,K. 1992/1639 K.,10 HD,12.2.1992T,11188/1639 K,Okur,2004:13

³⁸⁸ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009:122

öğrencileri sigortalı sayılmamaktadır. Bu kişiler sigortalı sayılmayı gerektirir bir işte çalışsalar bile sigortalı sayılmayacaklardır. Sigortalının bağımlı ya da bağımsız çalışmasının bir önemi olmayıp bağımsız çalışanlar da zorunlu askerlik yaptıkları dönemde sigortalı sayılmamaktadır.³⁸⁹ Ancak askerliğini yapan kişilerin 5510 SY m.41/b uyarınca askerlikte geçen sürelerini borçlanma imkanı bulunmaktadır.

Askerlik yapan kişilerin izinli olduğu dönemdeki çalışmaları konusunda öğretide ve Yargıtayda bir görüş birliği yoktur. Askere gidiş tarihiyle terhis tarihi arasındaki çalışmaların sigortalı sayılmaması gerektiğini ileri sürenler yanında³⁹⁰ ise Yargıtay bu çalışmaların sigortalı çalışma olduğunu kabul etmektedir.³⁹¹ Bu şekilde çalışan askerlerin sigortalı sayılmaması gerektiğini ileri sürenler askerlik görevinin bir kamu görevi olmasını gerekçe göstermektedir.

Ancak bizim de katıldığımız görüş bu kişilerin sigortalı sayılmasının gerektiği yönündedir. Askerler de diğer sigortalılar gibi iş kazası ve meslek hastalığı tehdidi altında olup söz konusu risklerden onları korumamak, yasa koyucunun amacına ters düşer.³⁹²

Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay, bu çalışmaların izinli sayılan dönemlerde geçmesi gerektiği, hava değişimlerinde veya raporlu dönemlerdeki çalışmaların sigortalılık ilişkisi doğurmayacağına ilişkin kararlar da vermiştir. Ancak, isabetli olarak görüşünden daha sonra vazgeçmiştir³⁹³

E.Yabancı Kuruluşlarca Türkiye’de Çalıştırılan Yabancılar

5510 Sayılı Kanununun 6.maddesinin e bendinde de Yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş nam ve hesabına Türkiye’ye bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler, 506 Sayılı yasanın m3/I.G hükmündeki gibi sigortalı sayılmamıştır.

³⁸⁹ Y 10.HD 12.12.1991 E.1990/12547, K.1991/10590; Bilgili, 2008:117

³⁹⁰ Saymen, Ekonomi, 1966:60: akt., Aslanköylü, 2009:175; Çenberci, 1985, 64-65

³⁹¹ 10.HD 17.11.1983, 83/4296 E., 83/5380 K.; 10.6.1983 T., 1983/859 E., 1983/3124 K.

³⁹² Aslanköylü, 2009:276

³⁹³ Aslanköylü, 2009:277

Bu hükmün uygulanabilmesi için çalışılan Kuruluşun yabancı bir ülkede kurulmuş bir kuruluş olması, çalışan kişinin o kuruluş nam ve hesabına Türkiye'ye gönderilmiş olması, yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgelemesi gerekmektedir. Yüksek mahkeme bir kararında yabancı ülkeden gelen kişinin, geldiği ülkede sigortalı olduğunu bildirmemesi durumunda bu sigortalılık başka bir yolla öğrenildiğinden Türkiye'de sigortalı sayılmayacağını belirtmiştir.³⁹⁴

Mütekabiliyet esasına dayalı olarak ikili sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hakkında sosyal güvenlik sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır. Bu şekilde çalışan kişiler hariç olmak üzere yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar, Yasanın 4. maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır.³⁹⁵

F. Meslek ve Sanat Okullarında Çalışan Bazı Öğrenciler

Mesleki öğrenim gören öğrenciler 5510 SK'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının f bendi uyarınca sigortalı sayılmamışlardır. Bu hükümde resmî meslek ve sanat okulları ile yetkili resmî makamların izniyle kurulan meslek veya sanat okullarında ve yüksek okullarda fiilen okullarda yapılan tatbiki mahiyetteki yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrencilerin sigortalı sayılmadıkları belirtilmiştir.

506 Sayılı Yasanın m.3/1 hükmünde de benzer bir düzenleme vardı. Öğrencilerin sigortalı sayılmamalarının nedeni yaptıkları işin sigortalılık niteliğini gerektirmemesi, gördükleri eğitimin doğal bir sonucu olmasıdır.³⁹⁶ Bununla birlikte öğrencilerin de meslek hastalığı ya da iş kazasına uğrama olasılığı bulunduğundan bu sigorta dallarından mahrum bırakılmaları haklı olarak eleştirilmektedir.³⁹⁷

³⁹⁴ Yarg.10.HD 14.2.1975 T.,1975/6558 E.,1965/1427 K

³⁹⁵ Bilgili,2009: 60

³⁹⁶ Çemberci,1985: 69

³⁹⁷ Güzel,Okur, Caniklioğlu,2009:123; Tunçomağ,1990: 114

Anılan hükümde bazı şartlar aranmıştır.Bunlardan ilki,işin görüldüğü yerin resmi meslek ve sanat okullarıyla,resmi makamların izniyle kurulan meslek ve sanat okulu olmasıdır.Ancak madde içeriğinde belirtilmemekle birlikte Yargıtay okul kavramına üniversiteleri de dahil saymaktadır.³⁹⁸

Diğer şart da işin tatbiki mahiyette yapım ve üretim işi olmasıdır. Bu tür durumlarda bir hizmet ilişkisi doğmaz. Ancak,öğrenimin doğal sonucu sayılmayan ve öğrencinin işgücünden faydalanmayı amaçlayan çalışmaların sigortalılık niteliğini doğurduğu kabul edilmektedir.³⁹⁹ Bu nedenle uygulamada sıklıkla rastlanan,okul kantinlerinde çalıştırılan öğrencilerin ya da stajı bittiği halde çalıştırılmaya devam edilen öğrencilerin sigortalı sayılmaları gerekmektedir.⁴⁰⁰

Yüksek mahkeme,stajyer öğrencilerin işe giriş bildirgelerinin okullarca verilmesi gerektiğinden,süresinde verilmeyen işe giriş bildirgelerinden dolayı Kuruma karşı okulların sorumlu olduğu görüşündedir.⁴⁰¹

G.Sağlık Kurumlarında İşe Alıştırılmakta Olan Hasta Veya Malûller

Hastalık ya da özürleri nedeniyle bir işte çalışamayacak durumda olanların,eski işlerinde ya da bu işe uygun başka bir işyerinde çalıştırılmaları sosyal güvenliğin amaçlarından birisidir.⁴⁰²

Sağlık Kurumlarında İşe Alıştırılmakta Olan Hasta Veya Malûller Sağlık hizmet sunucuları tarafından işe alıştırılmakta olan veya rehabilite edilen hasta veya maluller konusunda da 506 sayılı yasadaki düzenleme korunarak bu kişiler sigortalı sayılmamıştır. 5510 SK'nun 6.maddesinin birinci fıkrasının g bendinde sağlık hizmet sunucuları tarafından işe alıştırılmakta olan veya rehabilite edilen, hasta veya malûllerin sigortalı sayılmadıkları belirtilmiştir.Rehabilitasyon sebebi ne olursa olsun

³⁹⁸ Aslanköylü,2009:279

³⁹⁹ Çenberci,1985:69

⁴⁰⁰ Aslanköylü,2009:280

⁴⁰¹ 10. HD., 20.9.1993 T., 1992/1888 E.,1993/9625 K.

⁴⁰² Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:124

daha önce yaptığı işi artık yapamayacak duruma gelen kişi,bakım,egzersiz gibi aktivitelerle yeniden işe uygun hale getirilmeye çalışılmaktadır.⁴⁰³ Bu hükümde sayılan kişilerin çalışmasında asıl amaç emeklerinden faydalanma değil, eski yaşama standartlarına kavuşmasını sağlamaktır. Dolayısıyla eski işlerine benzer bir işte çalışmak da uyum sürecinin bir parçasıdır. Ancak sözü edilen kişiler,eğer bu amaç dışında bir amaçla,örneğin emeğinden faydalanma amacıyla çalıştırılıyorsa sigortalı bir çalışma söz konusu olacağı da belirtilmelidir.⁴⁰⁴

İş Kanununda da benzer bir düzenleme mevcuttur. Rehabilitasyon merkezlerinde üretimle ilgili işlerde ücret karşılığı çalıştırılanlar bile işçi ya da sigortalı sayılmayacaklardır.⁴⁰⁵ Ancak, ortada hizmet akdini çağrıştıran unsurlar varsa bu kişilerin sigortalı sayılacakları da açıktır.

H. Devlet Memuru Olarak Ya Da Bağımsız Çalışanlardan 18 Yaş Şartını Sağlamayanlar

5510 SK'nun 4.maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri gereği sigortalı sayılması gerekenlerden 18 yaşını doldurmamış olanlar 6.maddenin birinci fıkrasının h bendi gereğince sigortalı sayılmamıştır. Söz konusu hüküm,sadece devlet memuru olarak ya da bağımsız çalışanlar açısından geçerlidir. Yani hizmet akdine dayanarak çalışanlar 18 yaşından küçük de olsa sigortalı sayılırlar.⁴⁰⁶ Bu hükümde tabir yerinde ise asgari çalışma yaşı devlet memuru ve bağımsız çalışanlar açısından 18 yaş olarak belirtilmiştir.⁴⁰⁷

Benzer bir hüküm,5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanununun 12.maddesinde ve 1479 sayılı Kanunun 24/II maddesinde de düzenlenmişti. Bu maddeler,18 yaşını tamamlamamış olanların sigortalı sayılmayacaklarını belirtmişti. Aynı yönde düzenlemeye yer veren 657 sayılı Devlet memurları Kanunu'nun 40. maddesinde de 18 yaşını tamamlayanların Devlet memuru olabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak

⁴⁰³ Uşan,2009:10/

⁴⁰⁴ Aslanköylü,2009:281

⁴⁰⁵ Kurt, 2004:84

⁴⁰⁶ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:124

⁴⁰⁷ Uşan,2009:107

bir meslek veya sanat okulunu bitirenlerin en az 15 yaşını doldurmuş olmak ve Türk Medeni Kanunu'nun 12. maddesine göre kazai rüşt kararı almak şartıyla Devlet memurluklarına atanabilecekleri belirtilmiştir. Bu Kanunda belirtilen istisnaya, 5510 Sayılı Kanunun 6.maddesinin 2.fıkrasında da yer verilmiştir. Bir meslek ya da sanat okulunu bitirenlerden,2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa göre mahkemelerce ergin kılınanlar,öğrenimleriyle ilgili görevlerde çalışanlar hakkında 18 yaş bitirme şartı aranmamaktadır.

Kazi rüştle 18 yaş şartını sağlayanlar açısından,Kanununun 57.maddesi şöyle bir düzenleme içermektedir: “...İş kazası, meslek hastalığı, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından gelir ve aylık tahsisleri ile sermaye değerinin hesabında, iş kazasının olduğu veya meslek hastalığının hekim raporuyla ilk defa tespit edildiği veya sigortalıların bu Kanuna ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılmış kanunlara tâbi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonraki yaş düzeltmeleri dikkate alınmaz”. Bu düzenleme,kazai rüştle kazanılan 18 yaş şartının, Kurum tarafından dikkate alınması için ilk defa çalışmaya başladıktan önce olmasını koşul olarak aramaktadır.

I. Kamu İdarelerine Ait Olmayan Tarım Ve Orman İşlerindeki Süreksiz İşlerde Çalışanlar

Kamu idareleri hariç olmak üzere, tarım işlerinde veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz işlerde çalışanlar 6.maddenin birinci fıkrasınının 1 bendi gereğince sigortalı sayılmamıştır.

Aynı şekilde tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler sigortalı sayılmamaktadır. Görüldüğü gibi hükümde iki grup kapsam dışında bırakılmıştır. Tarım işlerinde süreksiz işlerde iş sözleşmesi ile çalışanlar ilk gruptur.İkinci grupsa tarımsal faaliyette bulunup aylık geliri düşük olanlardır.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ Güzel,Okur, Caniklioğlu , 2009: 124,128

Ancak hangi işlerin tarım işi sayıldığı konusunda Kanunun 3.maddesinin 19. bendinde şu hüküm bulunmaktadır: “... *Tarımsal faaliyet: Kendi mülkünde, ortaklık veya kiralamak suretiyle başkalarının mülkünde veya kamuya mahsus mahallerde; ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yoluyla yahut doğrudan doğruya tabiatın istifade etmek suretiyle bitki, orman, hayvan ve su ürünleri elde edilmesini ve/veya bu ürünlerin yetiştiricileri tarafından; muhafazasını, taşınmasını veya pazarlanmasını,*” ifade eder. Tarım işlerinin bitkisel ve hayvansal ürünlerin elde edilmesi için toprağın işlenmesi ve hayvan yetiştirilmesi olarak anlamak uygundur. İş Kanununun 111.maddesi gereğince çıkartılan Yönetmelik de bu anlamda referans sayılabilir.⁴⁰⁹ Adı geçen Yönetmelik hangi işlerin tarım işi sayıldığını açıklamaktadır.

5510 SK,tarım işlerinde veya orman işlerinde hizmet akdiyle süresiz işlerde çalışanları sigortalı saymadığı için sürekli olarak hizmet akdiyle çalışanların sigortalı sayılacakları açıktır.Yüksek Mahkeme kararlarına göre tarım işi,bağ çapalama,filiz alım ve kazımı,üretim safhasında kalmış mandıracılık ve süt üretimi,tarım işyerindeki traktör şöförlüğü, hizmetleridir.⁴¹⁰ Orman işletmelerinde kimlerin sigortalı sayılmayacakları Yargıtay kararlarıyla ortaya konmuştur. Bunlar orman idaresine ait depoda kesim,imal,taşıma işlerinde çalışanlardır. Ağaç dikimi ise tarım işidir⁴¹¹ Ancak,bu tür işleri yapmayan, sadece istifleme iş yapan kişilerse sigortalı sayılmaktadır.⁴¹²

Tarım sanatları ise tarım işi sayılmamaktadır. Tarım sanatları tarım ürünlerinin işlenmesine, çeşitli maddeler üretilmesine yönelik faaliyetlerdir.⁴¹³ Sütçülük ve peynircilik,sabunculuk,konservecilik gibi işler tarım sanatlarıdır⁴¹⁴ Ayrıca pamuk,tütün ve üzüm işlenmesi de tarım sanatı sayılmaktadır.⁴¹⁵

⁴⁰⁹ Sanayi Ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik,3.9.2008 T. Ve 26986 S. RG

⁴¹⁰ Tunçomağ,1990; 108

⁴¹¹ 10.HD,24.6.1999 T.,4797 E.,4563 K.Çakmak,2005:307

⁴¹² 10.HD 19.1.1984 T., 30.E., 108 K.,Çakmak,2005:304; Yarg.HGK,14.10.1987 T.,1987/10-6 E.,1987/716 K.

⁴¹³ Güzel, Okur, Caniklioğlu,2009:126

⁴¹⁴ Tunçomağ,1990: 108

⁴¹⁵ Tuncay,Ekmekçi, 2009:214

Kamu idareleri hariç tarım işinde çalışanların kapsam dışında kalmaları için işin süreksiz olması gerekmektedir.Süreksiz iş 4857 S.İŞ Kanununun 10.maddesinde nitelikleri bakımından en fazla otuz gün süren işler olarak tanımlanmıştır.⁴¹⁶ Kanun hizmet akdiyle “süreksiz işlerde “ çalışanlardan söz ettiği için özel sektöre ait orman işletmesinde 30 işgününden fazla yani sürekli sayılan çalışmalar zorunlu sigortalılık doğurmaktadır.⁴¹⁷

Ancak,Kanun kamu idarelerini hükmün dışında bıraktığı için kamu idarelerine ait tarım ve orman işlerinde çalışanlar,sürekli ya da süreksiz olup olmadığına bakılmaksızın Kanun kapsamındadır.⁴¹⁸

Tarımsal faaliyette bulunup da aylık geliri düşük olanlar da sigortalı sayılmayan ikinci grubu oluşturmaktadır. Tarım işi Kanunda tanımlanmamakla birlikte tarımsal faaliyet Kanunun 3.maddesinin 19.bendinde tanımlanmıştır.Tarımsal faaliyet,kendi mülkünde, ortaklık veya kiralamak suretiyle başkalarının mülkünde veya kamuya mahsus mahallerde; ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yoluyla yahut doğrudan doğruya tabiatan istifade etmek suretiyle bitki, orman, hayvan ve su ürünleri elde edilmesini ve/veya bu ürünlerin yetiştiricileri tarafından; muhafazasını, taşınmasını veya pazarlanmasını ifade etmektedir.Bu kişilerden yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, bu Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler sigortalı sayılmayacaklardır.Birinci fıkranın (1) bendinin uygulanmasında,Türkiye Ziraat Odaları Birliğinin görüşü alınmalıdır.

III. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALI

İsteğe bağlı sigorta, sosyal sigorta ilişkisinin çalışma olgusuna dayanmadığı bir sigortalılık türüdür. Bu sigortalılığın amaçlarından en önemlisi sigortalıları, çalışma hayatında sıkça rastlanan, sürekli ve düzenli iş bulma güçlüğü karşısında,

⁴¹⁶ Demir,2005,37

⁴¹⁷ 10.HD., 14.2.2000,T.,2000/635 E.,2000/706 K.

⁴¹⁸ Güzel,Okur, Caniklioğlu, 2009:128

uzun süreli sigorta kolları bakımından sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakmamaktır.⁴¹⁹

İsteğe bağlı sigortalılık, Yasanın 50.maddesinde düzenlenmiştir. Kanun bu sigortalılığı kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tabi olmalarını sağlayan sigorta olarak tanımlanmıştır.506 Sayılı Yasada ise isteğe bağlı sigortalılığın herhangi bir tanımı yapılmamıştı. Yasanın 85.maddesinde isteğe bağlı sigortalılığın şartları sayılmış ve isteğe bağlı sigortalılığın, kuruma yapılan müracaatı takip eden aybaşından itibaren başlatılacağı kabul edilmişti.5510 Sayılı Yasada isteğe bağlı sigortalı olabilmek için belli bir prim ödeme gün sayısı aranmazken 506 Sayılı Yasanın 85.maddesinde en az 1080 gün malüllük,yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak zorunluluğu mevcuttu. 5510 Sayılı Yasa bu hükme yer vermeyerek isteğe bağlı sigortalılığı kolaylaştırmıştır.

5510 Sayılı kanunla birlikte farklı sosyal sigorta kanunları kapsamına tabi olanlar açısından farklı koşullara bağlı tutulan isteğe bağlı sigortalılık artık tüm sigortalılar için aynı şartlarla uygulanacaktır.⁴²⁰

Diğer taraftan 506 Sayılı Yasada öngörülen her ay kesintisiz 30 gün üzerinden malüllük,yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemek zorunluluğuna da 5510 sayılı yasada yer verilmemiştir.5510 Sayılı Yasanın 50.maddesi sigortalı olarak çalışmakla birlikte, ay içerisinde 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmayanlara da sigortalılık imkanı getirmiştir.Yasanın önceki metninde prime esas asgari kazancın altında geliri olanlar için isteğe bağlı sigortalılık imkanı getirilirken;bu kesim, zorunlu sigortalılıktan çıkarılmıştı ki bu düzenleme son derece suistimale müsait bir yapıyı ortaya çıkaracağı için haklı olarak eleştirilere maruz kalmıştı.⁴²¹

⁴¹⁹ HGK Esas No: 2005/10-104 Karar No: 2005/186 Tarihi: 16.03.2005

⁴²⁰ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009: 173

⁴²¹ BALKIR, 2009

5510 sayılı yasanın 50.maddesinde isteğe bağlı sigortalılığın şartları düzenlenmiştir.Bunlardan ilki Türkiye’de ikamet etmektir.Sürekli oturma amacıyla Türkiye’de oturanlar isteğe bağlı sigortalı olabilir.⁴²²

Diğer şart zorunlu sigortalı olmamak ya da ay içinde otuz günden az ya da tam gün çalışmamaktır. Bu bakımdan sigortalılık türünün bir önemi de yoktur.⁴²³ Bu durumda prim gün sayısının nasıl tespit edileceği Kanunda düzenlenmiştir.Sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları,aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını gösterecektir.Ancak, işveren ve sigortalı arasında kısmî süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur.⁴²⁴ Örneğin,ayda 60 saat çalışan bir kişinin Kuruma bildireceği gün sayısı (günlük çalışma süresi olan 7,5 saate bölmek suretiyle) sadece 8 gündür. Sigortalı eksik kalan 22 günü isteğe bağlı sigortalılık çerçevesinde değerlendirebilecektir.⁴²⁵

İsteğe bağlı sigortada da,günlük kazanç sınırlarını düzenleyen 82.madde hükümleri gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı,asgarî ücretin otuzda biri, üst sınırı ise günlük kazanç alt sınırının 6,5 katıdır. Bütün sigorta dalları açısından prim oranları Primlere İlişkin Hükümler başlıklı dördüncü bölümde;Kanunun 81.maddesinde düzenlenmiştir. Ancak isteğe bağlı sigortalıların ödeyecekleri prim oranlarına,bu maddede değil,İsteğe Bağlı Sigorta Hükümleri başlıklı altıncı bölümde yer verilmiştir. Bu hükmün “Primlere İlişkin Hükümler” başlıklı dördüncü bölümde yer alması kanaatimizce Kanunun kendi sistematığına daha uygun uygun düşerdi.

⁴²² m.50/II

⁴²³ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:174

⁴²⁴ m.80/I,h.

⁴²⁵ Güzel,Okur,Caniklioğlu, 2009:174

Sözü edilen düzenlemeye göre isteğe bağlı sigorta primi,5510 sayılı Kanun'un 82. maddesine göre belirlenen prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında, sigortalı tarafından beyan edilecek prime esas aylık kazancın % 32'sidir. Bunun % 20'si malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, % 12'si genel sağlık sigortası primidir.⁴²⁶

İsteğe bağlı sigortalı olabilmek için aranan diğer bir şart da kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmaktır.Kanun kendi sigortalılığı nedeniyle aylıktan söz ettiği için ölüm geliri ya da işgöremezlik geliri alanların isteğe bağlı sigortalı olması mümkündür.⁴²⁷

İsteğe bağlı sigortalı olabilmek için Kanunun aradığı diğer bir şart da 18 yaşını doldurmuş olmaktır.(m.50/II,c) Kanun açıkça 18 yaş dediği için evlilikle ya da mahkeme kararıyla ergin sayılanların bu haktan yararlanmaları mümkün değildir.⁴²⁸

Yüksek Mahkeme Kuruma yapılan başvuruyu geçerlilik değil ispat şartı olarak kabul etmektedir. Mahkemeye göre,primleri ödenmiş ise isteğe bağlı sigortalılık gerçekleşmiş sayılmaktadır.⁴²⁹

506 Sayılı Yasada ise isteğe bağlı sosyal sigorta ilişkisinin, müracaat formunun kurum kayıtlarına geçtiği tarihi takip eden aybaşında kurulduğu kabul edilmişti.Her ikisinde de isteğe bağlı sigortalılığın kurulma anı bu formun kurum kayıtlarına girdiği ana bağlanmıştır.İsteğe bağlı sigortalı olma yöntemine ilişkin düzenlemelere SSİY'nin 98.ve devamı maddelerinde, de yer verilmiştir. Bu sigortalılık hali İsteğe Bağlı Sigorta Hakkında Tebliğde de düzenlenmiştir. İsteğe Bağlı Sigorta Hakkında Tebliğinin C maddesinde de isteğe bağlı sigortalılığın başladığı tarihten itibaren,5510 sayılı Kanunun 4.maddesine göre sigortalı olmayı gerektirecek çalışması bulunduğu tespit edilen isteğe bağlı sigortalılıkların,5510 Sayılı Kanuna tabi sigortalılıklarının sona erdiği tarihi takip eden günden

⁴²⁶ m.52/1

⁴²⁷ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:175

⁴²⁸ Güzel,Okur,Caniklioğlu,2009:175

⁴²⁹Yarg.10.HD 19.1.1995 T.,17 E.,307/

K.,Çakmak,2005:506;21.HD.,14.6.1999,4060/4244,Güzel,Okur,Caniklioğlu, 2009:175

başlatılacağına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Ödenen isteğe bağlı primler talep halinde iade edilecek veya var olan borçlara mahsup edilecektir.⁴³⁰

Zorunlu sigortalılıkla isteğe bağlı sigortalılığın çakıştığı durumlarda öncelik zorunlu sigortalılıktadır. Bir başka anlatımla isteğe bağlı sigortalı olabilmek için zorunlu sigortalı olmamak gerekmektedir. Nitekim Yargıtay Bağ-Kur üyeliği devam eden kişinin isteğe bağlı sigortalı olamayacağına hükmetmiştir.⁴³¹

Diğer taraftan 506 sayılı Yasadan farklı olarak isteğe bağlı sigortalıların genel sağlık sigortası primi ödemeleri zorunlu hale gelmiştir. 5510 sayılı Yasanın 52. maddesinin 2. fıkrasına göre isteğe bağlı sigortalılar, bakmakla yükümlü olunan kişi dahi olsalar genel sağlık sigortası primini de ödemekle yükümlüdürler.

5510 SK'nun 51. maddesinde, isteğe bağlı sigortalılığın sona erme sebepleri düzenlenmiştir. İsteğe bağlı sigortalılığını sona erdirme talebinde bulunanların, primi ödenmiş son günü takip eden günden, aylık talebinde bulunanların, aylığa hak kazanmış olmak şartıyla talep tarihinden ve ölen sigortalının da ölüm tarihinden itibaren sona ereceği hükme bağlanmıştır.

İsteğe bağlı sigortalılık başlama ve sona ermeleri yönünden zorunlu sigortalılıktan ayrılmaktadır. Zorunlu sigortalılar, işe alınmakla kendiliğinden sigortalı sayıldıkları halde, isteğe bağlı sigortalılar, Kuruma başvurduktan sonra bu niteliği kazanırlar.

⁴³⁰ SSIY/99-2

⁴³¹ Yarg. 10.HD,27.4. 1995 T.,E.3840,K.4138, Çakmak, 2005:507

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOSYAL SİGORTALAR İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN

YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I.GENEL OLARAK

Sigortalılar çalışmaya başlamakla sigortalı sayılırsalar da bir takım haklardan yararlanabilmeleri için bazı şartların yerine getirilmesi gereklidir. Sigortalın çalışmaya başladığının Kurum tarafından öğrenilmesi gerekir ki sigortalı bu haklardan faydalanabilsin. Bu amaçla işverenin ve işçinin bir takım prosedürlere uygun davranması gerekmektedir. Sosyal sigorta ilişkisinin tarafları olarak sigortalı,işveren ve Kurumun yükümlülükleri genel hatlarıyla aşağıda incelenmiştir.

II. SİGORTALININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sigortalılar 5510 Sayılı Kanunun uygulanması açısından bazı yükümlülüklerle sahiptir.Bunlar; kendini Kuruma bildirmek,iş kazası ve meslek hastalığına uğrama durumunda gerekli sağlık tesislerine başvurmak,tedavi için gerekenleri yapmak ve sosyal sigortadan kaynaklı haklarını süresi içinde kullanmaktır.

A. KENDİNİ KURUMA BİLDİRME

Sigortalılık niteliğini kazanabilmek için herhangi bir işleme gerek yoktur.⁴³² Bu durum yüksek mahkeme kararlarında da açıkça vurgulanmıştır.⁴³³ Ancak,Kurumun sigorta yardımlarını yapabilmesi ve kanundan kaynaklanan denetim yetkisini yerine getirebilmesi için sigortalının varlığından haberdar olmalıdır.⁴³⁴ Bu nedenle sigortalı çalışmanın Kuruma bildirilmesi zorunludur. Kuruma bildirim işveren tarafından yapılabileceği gibi sigortalı tarafından da yapılabilir.

⁴³² üzel, Okur, Caniklioğlu,2009:147

⁴³³ 21.HD,24.12.1998 T.,8745/9076

⁴³⁴ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009:147

Nitekim,Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sayılan sigortalılar faaliyetlerine başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde sigortalılıklarını Kuruma bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

Sigortalıların kendilerini Kuruma bildirmemesi aleyhlerine delil teşkil etmez. Bu yükümlülüğe uymayan sigortalıya herhangi bir yaptırım uygulanmaz.⁴³⁵ Ayrıca sigortalılık sürelerinin tespiti için dava açma hakları ortadan kalkmaz. Ancak işsizliğin yüksek olduğu ülkemizde işten atılma korkusu bu bu hükmün uygulanırlığını mümkün kılmamaktadır.

4447 sayılı Kanun'un 506 sayılı SSK'ya eklediği Ek md. 40'de de benzer bir düzenleme mevcuttu.Buna göre, sigortalı sayılanlar, çalışmaya başladıklarını, işe başladıkları tarihten itibaren 30 gün içinde Kurum'a bildirebilirlerdi.

Sigortalıların Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin ekinde yer alan "Sigortalı Bildirim Belgesi " ile Kuruma kendilerini bildirmeleri gerekmektedir.⁴³⁶ Sigortalının bildirimini ile işverenler ya da ilgili kuruluşlar tarafından yapılan bildirimlerde farklılık olması halinde yapılacak yazışmalar sonucunda farklılık giderilemezse,Kurum kontrol ve denetim yetkisini kullanacak;bu sonucuna göre işlem yapacaktır.

B.GEREKLİ SAĞLIK TESİSLERİNE BAŞVURMAK VE TEDAVİ İÇİN GEREKENLERİ YAPMAK

Sigortalının iş kazası ya da meslek hastalığına tutulduğunda gerekli tedaviler için sağlık kurumlarına müracaatı zorunludur. Bu yükümlülük açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte 5510 sayılı Kanunun 22.maddesinin içeriğinden anlaşılmaktadır. Anılan maddede sigortalının hekimin bildirdiği tedbir ve tavsiyelere uymaması sonucu tedavi süresinin uzamasına veya iş göremezlik oranının artmasına, malûl kalmasına neden olması halinde, geçici iş göremezlik ödeneği veya sürekli iş göremezlik gelirinini kesileceğini hükme bağlanmıştır.

⁴³⁵ Aslanköylü, 2009:328

⁴³⁶ Tuncay/Ekmekçi,2009:190

C.ÜCRETİNDEN PRİM KESİNTİSİ YAPILMASINA RIZA GÖSTERME

Bilindiği üzere,sosyal sigortalar çeşitli sosyal risklere karşı ,kişilerin ekonomik güvenliğini sağlamayı amaçlamaktadır.⁴³⁷ Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de sosyal sigortaların finansmanı primlerle karşılanmaktadır.⁴³⁸

Bu nedenle sosyal risklerin güvencesi olan edimlerin karşılıklarının onlardan yaralananlar tarafından ödenmesi zorunludur.⁴³⁹ Bu amaçla sigortalı, ücretinden yapılan prim kesintilerine rıza göstermek zorundadır. Sosyal sigortaların finansmanı açısından Kurumun tahsil ettiği primler şu şekilde belirlenmiştir. İş kazası ve meslek hastalığı, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primleriyle sosyal güvenlik destek primidir⁴⁴⁰ ve genel sağlık sigortası primidir. Söz konusu primlerin,işveren ve sigortalı tarafından karşılandığını ve prim oranlarının Kanununun 81.maddesinde düzenlendiğini belirtmeliyiz. Devletin de bu primlere katkıda bulunması ve katkı oranı aynı maddede hükme bağlanmıştır.

II.İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A.GENEL OLARAK

Sigortalılar işe başlamakla sigortalılık niteliği kazansa da işe başlama,tek başına sigortalının bir takım haklardan yararlanması için yeterli değildir. Bunun için belli koşulları sağlamak gereklidir. Örneğin bir süreden beri sigortalı olmak veya o sigorta kolu için belli bir prim ödeme gün sayısına ulaşmak gerekir.⁴⁴¹ Kurumun bu amaçla işlem yapabilmesi için sigortalı hakkındaki bilgilerin, Kuruma iletilmesi gerekmektedir. Bu amaçla işverenlere sosyal sigorta ilişkisi çerçevesinde bazı yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülükler;işyerini Kuruma bildirmek,iş kazasını bildirmek ve acil sağlık yardımlarını yapma,meslek hastalığını bildirme,işyeri

⁴³⁷ Okur/Güzel,1994:8

⁴³⁸ Kolak,2009

⁴³⁹ Saraç,1998:25

⁴⁴⁰ Saraç,1998:34

⁴⁴¹ HG GK Esas :2003/21-571 ,Karar: 2003/575,T.15.10.2003,kişisel arşiv

devrini,işyerindeki değişiklikleri Kuruma bildirmek,alt işverenlik durumunu ve sigortalılığı Kuruma bildirmek,prime esas kazanç miktarını ve prim ödeme gün sayısını bildirmek ve primleri yatırmaktır. Bu yükümlülükler aşağıda incelenmiştir.

B.İŞYERİNİ KURUMA BİLDİRME

İşverenin işyerini bildirmesi,önemli işveren yükümlülükleri arasında yer alır. İşveren yeni bir işyeri kurup sigortalı çalıştırmaya başladığında en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte işyeri bildirgesini Kuruma vermekle yükümlüdür.⁴⁴² Bu bildirim sigortalı çalışmaya bağlanmasının nedeni sigortalı çalıştırmaya başlamayan kişinin işveren niteliği kazanamayacak olmasıdır.⁴⁴³

İşyeri bildirgesinin verilmesi sigortalı ve Kurumun yararı dikkate alınarak belli sürelerle bağlanmıştır İşyeri bildirgesi herhangi bir belge değil,Kurumca geliştirilen bir formdur.⁴⁴⁴ 5510 SK'nun 11.maddesinin 3.fıkrasında işverenin,örneği Kurumca hazırlanacak işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte, Kuruma vermekle yükümlü olduğu düzenlemesi mevcuttur. Şirket kuruluş aşamasında, çalıştıracağı sigortalı sayısını ve bunların işe başlama tarihini, ticaret sicili memurluklarına bildiren işverenlerin, bu bildirimleri Kuruma da yapılmış sayılmaktadır. Aynı yükümlülük şirketlerin nevelerinin değişmesi, birleşmesi veya diğer bir şirkete katılması ,şirkete yeni ortak alınması durumunda da söz konusudur. Bu hususların ticaret siciline tesciline ilişkin ilân tarihinin; adi şirketlerde şirkete yeni ortak alınması durumunda en geç yeni ortağın alındığı tarihi takip eden on gün içinde Kuruma bildiri gerekmektedir.⁴⁴⁵

İşyeri bildirgesinin verilme şekli SSİY'nin 31.maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.⁴⁴⁶

İşyeri bildirgesinin adi posta veya kargo yolu ile gönderilmesi ya da Kuruma doğrudan verilmesi halinde, bildirgenin Kurumun evrak kayıtlarına intikal ettiği

⁴⁴² Tuncay,Ekmekçi,2009:184

⁴⁴³ Aslanköylü,2009:357

⁴⁴⁴ Bilgili,2009:181

⁴⁴⁵ m.11/4

⁴⁴⁶ Tuncay,Ekmekçi,2009:185

tarih; taahhütlü, iadeli taahhütlü veya acele posta servisi şeklinde gönderilmesi halinde, postaya verildiği tarih; e-sigorta kanalıyla gönderilmesi halinde ise internet kanalıyla gönderilmesi sırasında onaylama işleminin yapıldığı tarih, Kuruma intikal tarihi olarak kabul edilmektedir.

Yeni dönemde işyeri bildirgesi internet ortamında Kuruma gönderilecek ve işverenler işyeri numarasını elektronik ortamda alacaklardır. Aynı işverenin, birden fazla işyeri kurması veya devir alması yahut kendisine intikal etmesi halinde her işyeri için ayrı işyeri bildirgesi düzenlenecektir.

1.İşyeri

Kanunun yer açısından uygulanma alanı sigortalı kavramının belirlenmesinde olduğu gibi, sigorta yardımlarının yapılması açısından da önemlidir.5510 SK, uygulanma açısından işyerini esas almıştır.⁴⁴⁷

Kanunun 11.maddesinin birinci fıkrasında işyeri, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerler olarak tanımlanmıştır. Anılan maddenin 2.fıkrasında işyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma,muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılmıştır.

506 SK'nun 5.maddesinde ise sigortalıların işlerini yaptıkları yerler "işyeri" olarak tanımlanmıştır.⁴⁴⁸ İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ve araçların da işyerinden sayıldığı belirtilmiştir.

⁴⁴⁷ Okur,Güzel,Caniklioğlu, 2009: 193

⁴⁴⁸ Aslanköylü,2009:356

Görüldüğü gibi 5510 SK,506 SK'nundan farklı olarak daha geniş bir tanımlama yapmıştır.4857 Sayılı İş Kanununun 2.maddesini 1.fikrasında ise işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimler işyeri olarak tanımlanmıştı.5510 SK,506 SK'nundan farklı bir yaklaşımla iş organizasyonunu esas alan bir tanımlama yapmıştır.⁴⁴⁹

2.Asıl İşyeri

İşyeri tanımına dahil olan yerlerden en önemlisi bir işverenin temel amacına uygun olarak mal ve hizmet üretmek için sigortalı çalıştırdığı asıl işyeridir.⁴⁵⁰ Asıl işyeri Kanununun 11.maddesinde sigortalı kavramı esas alınarak sigortalıların işlerini yaptığı yer olarak tanımlanmıştır. Kanunun uygulanmasında sigortalıların çalışmaya başlamasıyla birlikte o yer işyeri niteliği kazanır.⁴⁵¹

3.Asıl İşyerine Bağlı Yerler

Kanununun 11.maddesinin 2.fikrasında bahsi geçen işyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerlerdir.Burada işyerine nitelik yönünden bağılılık ve aynı yönetim altında örgütlenme şartları birlikte aranmıştır.Bundan maksat asıl işyerinde yapılan ve işin niteliği gereği iktisadi bağılılık ve yürütümü ile ilgili hukuki bağılılıktır.⁴⁵² Ancak işyerine bağlı olan yerin neler olduğunun tespiti zaman zaman zor olmaktadır. Çünkü her işyerinde basit de olsa bir işbölümü bulunmaktadır.⁴⁵³

4857 Sayılı İş kanununun 2.maddesinde yapılan açıklamaya göre işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler işyerine bağlı yerlerden sayılmaktadır. Asıl işyerine bağlı yerlerden söz edebilmek için herşeyden önce işverenin aynı kişi olması gerekmektedir.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ Okur,Güzel,Caniklioğlu,2009: 193

⁴⁵⁰ Tuncay,2000:191

⁴⁵¹ Okur,Güzel,Caniklioğlu,2009: 193

⁴⁵² Tuncay,2000:191

⁴⁵³ Tunçomağ,1990:130

⁴⁵⁴ Okur,Güzel, Caniklioğlu,2009: 194

4.İşyerinin Eklentileri

Kanunun 11.maddesinin 2.fıkrasında dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi yerler eklenti olarak sayılmıştır.Benzer bir düzenleme 4857 Sayılı İş Kanununun 2.maddesinin 2.fıkrasında da bulunmaktadır. 506 SK'nun 5.maddesinin 2.fıkrasında dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi yerler eklenti olarak sayılmıştı.

İşyeri ve işin görülmesiyle ilgili yerlerin işyerinin eklentileri olduğu söylenebilir.Bu anlatım sınırlı değildir.Bu durumda mesela garaj bile işyeri eklentisi sayılabilir.⁴⁵⁵ Ancak işyeri eklentisi olarak dinlenme, uyku, yıkanma gibi yerler, sayılmışsa da bu kavrama lojmanlar dahil değildir.Yüksek mahkeme lojmanı işin görüldüğü yerle aynı binada dahi olsa işyerinden saymamıştır.⁴⁵⁶

5.Araçlar

Kanunun 11.maddesinin 2.fıkrasında işyerine dahil olan yerler içinde araçlar da sayılmıştır. 506 SK'nun 5.maddesinin 2.fıkrası da araçları işyeri kavramına dahil etmişti.Bu düzenlemede araç kavramı sadece taşıt araçları,aletler değil, vinç,buldozer gibi makineleri de kapsayacak şekilde geniş düşünölmelidir. Bu durumda işyerindeki işe ait sonucun gerçekleşmesine katkısı bulunan tüm makineler ve taşıt araçları araç kavramı içinde değerlendirilecektir.⁴⁵⁷

İşverenin aracın maliki olması da zorunlu olmadığından kiralanana ya da ödünç alınan araçlar da 5510 SK m. 11/II kapsamına girmektedir.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Tunçomağ,1990:131

⁴⁵⁶ 9.HD.21.10.1969,7602/100058; Okur,Güzel, Caniklioğlu,2009: 195

⁴⁵⁷ Tunçomağ,1990:131

⁴⁵⁸ Tuncay,2000:194

C.KAZAYI BİLDİRMEK VE ACİL SAĞLIK YARDIMLARINI YAPMA

İşveren, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan genel sağlık sigortalısına sağlık durumunun gerektirdiği sağlık hizmetlerini derhal sağlamakla yükümlüdür.⁴⁵⁹ Bu amaçla işveren tarafından yapılan ve belgelere dayanan sağlık hizmeti giderleri ve 65 inci madde hükümlerine göre yapılacak masraflar Kurum tarafından karşılanmaktadır.⁴⁶⁰ Kanun koyucu, iş kazasına uğrayan sigortalının en kısa zamanda tedavi altına alınmasını sağlamak amacıyla işvereni, iş kazasını kazadan sonraki üç iş gün içinde bildirmekle yükümlü kılmıştır.Kanunun 13.maddesinde iş kazası;

- a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
- b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle
- c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olay olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi Kanun, burada iş kazasının tanımından çok kazanın unsurlarını ve koşullarını ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme de Kanunda sayılan bu yerlerin örnek olarak değil sınırlayıcı olarak belirtildiğine,sayılan bu yerler dışında meydana gelen iş kazalarınınsa iş kazası sayılmayacağına karar vermiştir.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Bilgili,2009:469

⁴⁶⁰ (m.76/1)

⁴⁶¹ HGK., 13.10.200421-529/527, Okur, Güzel, Caniklioğlu, 2009:317

Yüksek mahkeme traktörle görevli olduğu yere giderken yaralanan ve malul kalan⁴⁶² olay sırasında sarhoş da olsa iş yerinde çalışırken kaza geçiren,⁴⁶³ işyerinde kalp krizi geçiren ancak hastanede ölen⁴⁶⁴ kişilerin yaşadığı olayı iş kazası saymıştır.

5510 SK'nun 13.maddesinin 2.fıkrasında ise iş kazasının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; (a) bendi kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde bildirilmesi yükümlülüğü getirmiştir.506 SK'nun 27.maddesinde işveren, iş kazasını,Kuruma en geç kazadan sonraki iki gün içinde örneği Kurumca hazırlanan haber verme kağıtlarının doldurulması bildirmekle yükümlü tutulmuştur.Ayrıca 506 SK'nunda zabıta deyimini kullanılırken 5510 SK'nunda kolluk kuvvetleri deyimini kullanılmıştır.5510 SK'nunda ise bildirim süresi 3 işgünü olarak değiştirilmiştir.⁴⁶⁵

5510 SK'nun 13.maddesinin 2.fıkrasının c bendinde işverenin iş kazasını ya da meslek hastalığını iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile Kuruma bildirmesi zorunlu tutulmuştur.Belirtilen süre, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde, iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır.⁴⁶⁶

506 Sayılı Kanunun 15'inci maddesinde, işverenin, iş kazasına uğrayan sigortalıya, kurumca işe el konuncaya kadar, durumunun gerektirdiği sağlık yardımlarını yapmakla yükümlü olduğu düzenlenmişti. Yapılan ve belgelere dayanan masraflarla, yol paralarının kurum tarafından işverene ödeneceği Kanun'da hüküm altına alınmıştır. 5510 Sayılı Kanunun 76.maddesinde de aynı nitelikte düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hükümde “ *İşveren, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan genel sağlık sigortalısına sağlık durumunun gerektirdiği sağlık hizmetlerini derhal sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla işveren tarafından yapılan*

⁴⁶² 21.HD ,11.2. 1999, 415/562

⁴⁶³ 10.HD 14.9.1994,11128/16216; Okur, Güzel, Caniklioğlu, 2009:323

⁴⁶⁴ 10.HD 6.2.1990,100005/704

⁴⁶⁵ Aslanköylü,2009:413

⁴⁶⁶ Uşan,2009:179

ve belgelere dayanan sağlık hizmeti giderleri ve 65 inci madde hükümlerine göre yapılacak masraflar Kurum tarafından karşılanır.” açıklaması mevcuttur.

Kanunun 21. maddesinin 2.fıkrasına göre,üç günlük süre içinde Kuruma bildirilmeyen iş kazası dolayısıyla, bildirme tarihine kadar işveren tarafından yapılmış olan harcamalar Kurumca  denmez.

D.MESLEK HASTALIĞINI BİLDİRME

Kanunun 14.maddesinin 1. fıkrasında meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal  z rl l k halleri olarak tanımlanmıştır.

Kanunun 4.maddesinin 4. fıkrasında meslek hastalığının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;(a) bendi ile 5 inci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından, sigortalının meslek hastalığına tutulduğunu öğrenen veya bu durum kendisine bildirilen işveren tarafından, bu durumun öğrenildiği günden başlayarak   işgünü içinde, Kuruma bildirilmesi zorunlu tutulmuştur. Bildirimde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi kullanmak gereklidir.⁴⁶⁷ Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yazılı olarak bildirilen hususları kasten eksik ya da yanlış bildiren işverene Kurumca bu durum için yapılmış bulunan masraflar ile ödenmişse geçici iş göremezlik ödenekleri r c  edilmektedir.⁴⁶⁸

Meslek hastalığı ile ilgili bildirimler üzerine gerekli soruşturmalar,Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla yaptırılabilir.

⁴⁶⁷ Uşan,182

⁴⁶⁸ m.14/4,b

F.İŞYERİNİN DEVRİNİN KURUMA BİLDİRİMİ

İşyerinin faaliyette bulunduğu adresten başka bir ildeki adrese nakledilmesi veya devredilmesi halinde nakil ve devir tarihinden itibaren on gün içinde işyeri bildirgesi verilmesi gerekmektedir.⁴⁶⁹

İşyerinin devri,bir işletmenin bütün hukuki sonuçlarıyla birlikte yani işçisi ve tesisatı,aktif ve pasifiyle birlikte bir başkasına geçmesi demektir. Bu durumda işi devralan işverenin işyeri bildirgesi verme yükümlülüğü doğmaktadır.⁴⁷⁰ Kanununun 11.maddesinde sigortalı çalıştırılan bir işin veya işyerinin başka bir işverene devredilmesi veya intikal etmesi halinde,işyerinin nakledildiği, yeni işverenin işi veya işyerini devraldığı tarihi takip eden on gün içinde,işyerinin miras yoluyla intikali halinde ise,mirasçılarının, ölüm tarihinden itibaren en geç üç ay içinde, işyeri bildirgesini Kuruma vermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Devir veya intikal nedeniyle düzenlenen işyeri bildirgesine istinaden ayrıca işyeri dosyası tescil edilmeyecek, işlemlerin eski işyeri numarasından devam ettirilebilmesi için, devir veya intikale ilişkin gerekli değişiklikler tescil kütüklerine kaydedilecektir

G.İŞYERLERİNDEKİ DİĞER DEĞİŞİKLİKLERİN BİLDİRİMİ

İşyerinin birleşmesi, nevelerinin değişmesi veya diğer bir şirkete katılması, adi şirketlerde yeni ortak alınması durumlarında işveren bu durumu Kuruma bildirmekle yükümlüdür. İşyeri bildirgesi, 29/6/1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi şirketlerin birleşmesi veya nevelerinin değişmesi ya da diğer bir şirkete katılması halinde, en geç bu hususların ticaret siciline tesciline ilişkin ilân tarihini takip eden on gün içinde; adi şirketlerde şirkete yeni ortak alınması durumunda ise en geç yeni ortağın alındığı tarihi takip eden on gün içinde, işyerinin işlem gördüğü Kurumun ilgili ünitesine verilecektir.

⁴⁶⁹ Tuncay,Ekmekçi,2009:185

⁴⁷⁰ Bilgili,2009:182

Diğer taraftan ünvan değişikliklerinde işyeri bildirdesini verme süreye bağlı değildir.Sadece Kuruma yazılı bir başvuru yapmak gerekmektedir.⁴⁷¹

Şirketlerin nevilerinin değişmesi, birleşmesi veya bir şirketin diğer bir şirkete katılması ya da adi şirketlerde yeni ortak alınması durumunda, yeni işyeri dosyası tescil edilmeyecektir.

İşyerlerinde işletme adı değişikliklerinde işyeri bildirgesi verilmez. Değişiklik, Ticaret Sicil Gazetesinin de ekli olduğu bir yazı ile Kuruma bildirilir.

H. ALT İŞVERENLERİN KENDİLERİNİ BİLDİRMESİ

Alt işverenlerin asıl işverenden iş aldıkları işyerini ne şekilde Kuruma bildireceklerine ilişkin 506 SK'nunda bir düzenleme bulunmamasına rağmen 5510 SK bu tereddüte son vermiştir.⁴⁷² Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 33.maddesinin 1 numaralı bendinde alt işverenin, sigortalı çalıştırmaya başlamadan önce asıl işverenle yapmış olduğu sözleşmeyi Kuruma ibraz etmek kaydıyla mevzuattan doğan yükümlülüklerini, asıl işverenin işyeri dosyası üzerinden yerine getireceği hükmü mevcuttur.Bu düzenlemeye göre alt işveren adına bağımsız bir işyeri dosyası açılmayacaktır.⁴⁷³

Bu hükümler, sigortalıyı devralan işveren için de geçerlidir. SSİY'nin 33,maddesinin 2.fikrasında şu düzenleme mevcuttur:

“Sigortalıyı devralan işveren, devraldığı sigortalıyı çalıştırmaya başlamadan önce, sigortalısını devir aldığı işverenle yapmış olduğu sözleşmeyi Kuruma ibraz etmesi kaydıyla müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu yükümlülüklerini, Kurumca kendisine verilecek geçici iş ilişkisi kurulan işveren numarası ile sigortalıyı devir aldığı işverene ait işyeri dosyası üzerinden yerine getirebilir. Sigortalıyı geçici iş ilişkisi çerçevesinde devralan işveren adına işyeri dosyası açılmaz.”

⁴⁷¹ Bilgili,2 009:182

⁴⁷² Tuncay,Ekmekçi,2009:186

⁴⁷³ Tuncay,Ekmekçi,2009:186

I. SİGORTALILIĞI KURUMA BİLDİRMEK

Çalışanlar işe alınmaları ile birlikte sigortalı sayılmakta, gerek sigortalılık niteliğinin kazanılması ve gerekse sigortalılık süresi açısından herhangi bir işlem yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalıştırılanların Kuruma bildirilmesi ve Kurum tarafından da tescil işleminin yapılması sigortalılık niteliğinin kazanılması bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır.⁴⁷⁴

İşe giriş bildirgesi vermekle yükümlü olan kişi işverendir. Nitekim kanun koyucu 5510 SK'nun 8.maddesinde bu konuda işvereni yükümlü kıldığını açıkça belirtmiştir.⁴⁷⁵

İşverenin çalışan sigortalıları Kuruma bildirme yükümlülüğünün amacı sigortalıların tescil edilmesini sağlamaktır.⁴⁷⁶ Kurumun yükümlülüklerini yerine getirilebilmesi için, her şeyden önce sigortalıların varlığından haberdar olması gerekir. Bu nedenle işverenler, çalıştıracakları kimseleri işe başlatmadan önce örneği Kurumca hazırlanacak işe giriş bildirgesiyle Kuruma bildirmekle yükümlü kılınmıştır.⁴⁷⁷

Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında hizmet akdine tabi sigortalı sayılanlar için sigortalılık,çalışmaya,mesleki eğitime veya zorunlu staja, başladıkları tarihten itibaren başlar. İşverenler, bu sigortalıları örneği Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğiyle belirlenen sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmek zorundadır. Uygulamada bu belgeye kısaca işe giriş bildirgesi denmektedir.⁴⁷⁸

5510 SK'nun Sigortalı bildirim ve tesciline ilişkin 8.maddesinde işverenlerin sigortalıları bildirim usulü düzenlenmiştir (Uşan,116). Anılan hükümde 4' üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri çalıştıranların, 7 'nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık

⁴⁷⁴ Yarg.10.HD., 01.10.1987, 4657/4782: Evcil / Geçer, s. 214

⁴⁷⁵ Evcil,2006,16

⁴⁷⁶ Türe,,2004:40

⁴⁷⁷ Öztürk, E., 39

⁴⁷⁸ Türe,2004,137

başlangıç tarihinden önce bu çalışanları, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür hükmüne yer verilmiştir. Aşağıda sayılan durumlarda Kurumun ilgili ünitesine yapılan bildirimler sigortalılık başlangıcından önce yapılmış sayılacaktır:

“ İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür. Ancak işveren tarafından sigortalı işe giriş bildirgesi;

a) İnşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar için, en geç çalışmaya başlatıldığı gün,

b) Yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde; ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya başlayan sigortalılar için, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar,

c) Kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınanların, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde,

Kuruma verilmesi halinde, sigortalılık başlangıcından önce bildirilmiş sayılır... “.

Hizmet Akdine Tabi Çalışanların Kuruma bildirim esasları SSİY’nde düzenlenmiştir. Kuruma bildirim e-sigorta yoluyla yapılır (Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009:150).

Sigortalı işe giriş bildirgesini düzenleyen Yönetmeliğin 15.maddesi de şu şekildedir: *“Bu Yönetmeliğin 11 inci maddesinde belirtilen sigortalılık başlangıcı ile ilgili bildirim yükümlülüğü, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının; (a) ve (b)*

bentlerine tabi olanlar için Ek-4, (c) bendine tabi olanlar için ise Ek-4-A'da bulunan sigortalı işe giriş bildirgelerinin, Kuruma e-sigorta ile verilmesiyle yerine getirilir. Sigortalı işe giriş bildirgesi dışında, başka biçimlerde yapılan bildirimler geçerli sayılmaz “.

506 sayılı Kanunda da benzer bir düzenleme bulunmakla birlikte, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, işverenin çalıştırdığı sigortalıları en geç bir ay içinde Kuruma bildirme yükümlülüğü bulunmaktaydı. Bu düzenleme, işyerinde fiilen çalıştıkları halde, bildirim süresinin henüz dolmadığı gerekçesiyle, işverenlerce sigortasız işçi çalıştırma yolunu açık tuttuğu için eleştirilmekteydi.⁴⁷⁹

İşe giriş bildirgesinin Kuruma zamanında verilmediği Kurum tarafından ileri sürülebilir. Bu durumda ispat yükümlülüğü işverene aittir.⁴⁸⁰ Umulmayan hal ve mücbir sebebin varlığı halinde bildirim süresinin işlemeyeceği de belirtilmelidir. Kanunun çalıştırılan sigortalıların bildirilmesini düzenleyen maddesinde umulmayan mücbir sebeplerin varlığı halinde bildirim süresinin işlemeyeceğine ilişkin bir hüküm yok ise de genel kurallar çerçevesinde yargıda bu husus kabul edilmektedir.⁴⁸¹

İşverenin sigortalı çalıştırmaya başladığını süresi içinde Kuruma bildirmemiş olması durumu, sigorta haklarından yararlanmasında bir sakınca doğurmayacaktır.⁴⁸² Bu durumda, 5510 SK'nun 86. maddesinin 10. fıkrası gereğince sigortalılık olayının doğduğu Kurum tarafından fiilen tespit edilirse, hastalık ve analık sigortasından gerekli yardımlar yapılabilir.

⁴⁷⁹ Güzel / Okur, 115

⁴⁸⁰ Türe, 2004, 144

⁴⁸¹ Tozan, 207

⁴⁸² Evcil, 2006, 20

İ. SİGORTALILIĞIN SONA ERDİĞİNİ BİLDİRME

Hizmet akdine dayanarak çalışanlar açısından sigortalılığın sona ermesi Kanunun 9.maddesinde düzenlenmiştir.⁴⁸³ Anılan maddede kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık;4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların, hizmet akdinin sona erdiği tarihte sona erer hükmü mevcuttur.

Kanunun 5.maddesi gereğince bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalıların sigortalılığı, sigortalı sayılmalarını gerektiren halin sona erdiği tarihte⁴⁸⁴ sona erer. Bu şekilde çalışanlardan sigortalılığı sona erenlerin durumları işverenleri tarafından, en geç on gün içinde Kuruma bildirilir⁴⁸⁵

Kanunun 5 inci maddesi gereği bazı sigorta kollarına tabi tutulanların sigortalılıklarının sona erme ve bildirim esasları SSİY m.14/4'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre ;

1) Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların sigortalılığı çalışmalarının sona erdiği veya işlerine son verildikleri tarihten itibaren,

2) 3308 sayılı Kanunda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler, meslek liselerinde okuyanlar, yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi tutulan öğrencilerin sigortalılığı eğitim veya öğretimlerinin/staj sürelerinin bittiği tarihten itibaren ,

3) Harp malulleri ile 3713 veya 2330 sayılı kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış olanlardan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında sigortalı olanların sigortalılıkları, sigortalı çalışmalarının sona erdiği tarihten itibaren sona erer.

⁴⁸³ Uşan,2009:124

⁴⁸⁴ m.9/d,Uşan,2009:124

⁴⁸⁵ m.9/5

4) Harp malulleri ile 3713, veya 2330 sayılı kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış olanlardan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışanlardan uzun vadeli sigorta kollarına tabi olup bu sigorta kollarından çıkmak isteyenler hakkında isteklerine dair yazılı taleplerini takip eden ayın başından itibaren sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanmaya devam edilir.

5) Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerlerin sigortalılığı, kursların bitiminden veya ayrıldığı tarihten itibaren sona erer.

J. AYLIK PRİM VE HİZMET BELGESİNİ KURUMA VERME

1.Genel Olarak

İşe giriş bildirgesi ile Kurum tarafından tescili sağlanmış olan sigortalıların prim ödeme gün sayıları ile sigorta primine esas kazanç tutarlarının ve prim ödeme gün sayılarının da Kuruma bildirilmesi, ayrıca ilgili primlerin de yatırılması gerekir.⁴⁸⁶ Böylece belli gün prim ödenmesi ve belli sigortalılık süresinin doldurulması şartına bağlı sigorta yardımlarına ilişkin kayıtların Kurum tarafından tutulması sağlanacaktır.⁴⁸⁷

Kanunun 86.maddesine göre, işveren, çalıştırdığı sigortalıların ve sosyal güvenlik destek primine tâbi sigortalıların; ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını, prime esas kazançlarını, prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını gösteren ve örneği Kurum tarafından çıkarılacak Yönetmelikte öngörülen prim belgelerini düzenleyip Kuruma vermelidir. Yeni yönetmelik çıkarılıncaya kadar prim belgesi olarak aylık prim ve hizmet belgesi uygulanacaktır (Caniklioğlu). Burada sözü edilen Yönetmelik SSİY olup Yönetmeliğin 102.maddesi aylık prim ve hizmet belgesinin düzenlenmesi, verilmesi ve saklanması ile ilgili düzenlemeleri içermektedir.

⁴⁸⁶ Tuncay/Ekmekçi,203

⁴⁸⁷ Evcil,22

a.Prim Kavramı

Sosyal sigortalar kişileri bazı risklere karşı korurken bir taraftan sigortalılardan aldığı primlerle onları gelir kaybına uğratmakta bir taraftan da sosyal riskler gerçekleştiğinde onların tekrar gelir hakkına kavuşmasını sağlamaktadır.⁴⁸⁸ Sigortalıya yapacağı her türlü yardım ve ödemelerle ilgili giderleri karşılamak üzere Kurumun işveren ve sigortalılardan tahsil ettiği para prim olarak tanımlanabilir.⁴⁸⁹

Sosyal sigorta primi,sosyal risklerin gerçekleşmesi durumunda Kurumun sağlayacağı edimleri karşılamak amacıyla,işverenden ve sigortalıdan alınan paradır. Sosyal sigorta ilişkisinde Kurumun “prim ve talep hakkının”, sigortalının ve işverenin “prim ödeme yükümlülüğünün olduğu bir prim ilişkisi ortaya çıkmaktadır.”⁴⁹⁰

Kanunda Kurumca tahsil edileceği belirtilen prim türleri,hastalık,iş kazası ve meslek hastalığı,analıktan oluşan kısa vadeli; malulluk,yaşlılık ve ölüm sigortasından oluşan uzun vadeli sigorta primi ile,sosyal güvenlik destek primleri,işsizlik sigortası primi,isteğe bağlı sigorta primi ve genel sağlık sigortası primidir. Prim belgelerinin yasal süresi içinde tanzim edilerek Kuruma verilmesi yükümlülüğü Primlere İlişkin Hükümler başlıklı Dördüncü Kısımın birinci bölümünde,”Prim Alınması, Prime Esas Kazanç, Prim Oranları ve Asgarî İşçilik” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanunun Prim alınması zorunluluğunu düzenleyen 79.maddesi şu şekildedir:

“MADDE 79- Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır...” .

⁴⁸⁸ Saraç,1998:25

⁴⁸⁹ Tuncay,2000:147

⁴⁹⁰ Saraç,1998:28

b.Prime Esas Kazanç Kavramı

Hizmet akdi ile çalışan sigortalılardan kesilecek primlere esas olan kazançların hesabı Kanunun 82.maddesinde düzenlenmiştir.⁴⁹¹ Kanun gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, asgarî ücretin otuzda biri, üst sınırı ise günlük kazanç alt sınırınının 6,5 katıdır. Bu hesaplamada hak edilen ücretler ile prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay için yapılan ödemelerin brüt toplamı esas alınacaktır.⁴⁹² Bu durumda hizmet akdi karşılığı elde edilen her türlü gelir Kanunda sayılan istisnalara girmemesi şartıyla sigorta primi kesilmesine yol açacaktır.⁴⁹³

5510 SK'nun "Prime esas kazançlar" başlıklı 80 inci maddesinin birinci fıkrasında; Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas tutulacak kazançları belirtilmiştir.28/8/2008 tarihli ve 26981 sayılı Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde, hizmet akdine dayanarak çalışan sigortalıların prime esas kazançları 103. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre ücret ve ücret niteliğindeki kazançlar bu kapsamdadır. 5510 SK'nun 3. maddesinin 12 numaralı bendinde ücret, saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar olarak tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 32. maddesinde ise, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Sigortalıların bu ücretlerinin prime esas kazançta dahil edilebilmesi için Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre hak edilmesi yeterlidir. Ücret dışında sigortalılara ödenmekte olan prim, ikramiye gibi ödemeler, ödemenin yapıldığı ayın kazancına dahil edilerek prime tabi tutulmaktadır.⁴⁹⁴ Bu durumda, sigortalılara, ücretinin yanı sıra prime esas kazançta dahil edilebilecek nitelikte ücret dışında ödeme yapılması halinde, bu nitelikteki kazançlar, prime esas kazanç aylık üst sınırı aşılmamak kaydıyla prime tabi tutulacak, buna karşın her iki kazanç

⁴⁹¹ Uşan,2009:130

⁴⁹² Uşan, 2009:131,132

⁴⁹³ 10.HD.17.10.1975,75/3373,E.75/5288K.,kişisel arşiv

⁴⁹⁴ SSIYm. 103

toplamının üst sınırı aşması halinde, ücret dışındaki ödemenin üst sınırı aşan kısmı, 5510 sayılı Kanunun 82 nci maddesi hükmü de dikkate alınarak en fazla takip eden iki ayın prime esas kazanç tutarına dahil edilecektir.⁴⁹⁵ Dolayısıyla bu açık hüküm karşısında, Yargıtayın 2007 yılında verdiği ve “aynı yardım yerine parası ödense dahi bu ödemeler prime esas kazanç sayılmaz” şeklindeki karar, 5510 sayılı Kanun döneminde uygulanma olanağını yitirmiştir.⁴⁹⁶

5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, (b) bendinde belirtilen istisnalar dışında, tüm ödemelerin prime tabi tutulacağı ve diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacağı, öngörülmüştür. Bu bakımdan, sigortalılara Kanunda belirtilmeyen nedenlerle yapılan ödemeler, ödemenin yapıldığı aydaki prime esas kazançta dahil edilecektir. Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançlarının ne şekilde belirleneceği Kanunun 80.maddesinde hükme bağlanmıştır.

Sözü edilen maddede “ 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları aşağıdaki şekilde belirlenir.a) Prime esas kazançların hesabında; 1) Hak edilen ücretlerin,2) Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların,3) İdare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıdaki (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin,brüt toplamı esas alınır. “ düzenlemesi mevcuttur.

Kanunun 80.maddesi, aynı yardımlar, ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları ile Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik

⁴⁹⁵ SSIYm.103

⁴⁹⁶ CANIKLIOĞLU

sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payı tutarlarının, prime esas kazançta tabi tutulmayacağını düzenlemiştir. Saatlik, günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücrete dayanmış olmayıp da komisyon ücreti ve kâra katılma gibi belirsiz zaman ve tutar üzerinden ücret alan sigortalıların prim ve ödeneklerinin hesabında esas tutulacak günlük kazançlarının, Kanunun 82 nci maddesi hükmüne göre belirlenen alt sınır olduğu hükme bağlanmıştır .

c.Prim Yükümlülüğü

Bilindiği gibi, sosyal güvenlik Kurumlarının en önemli gelir kalemini primler oluşturmaktadır.5510 sayılı Kanunun 79. maddesinde de, “*Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır*” denilmektedir. Kurum bakımından yaşamsal önem taşıyan primler işveren ve sigortalılar bakımından da büyük önem taşımaktadır⁴⁹⁷

İşverenin prim yükümlülüğü kendi hissesine ait yükümlülükle ilgili kısımdır. Öğretide bu yükümlülüğün üçüncü şahıs yararına sözleşme olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁹⁸ Sözleşme taraflarından birisi, borçlu, diğerine, alacaklıya,bir üçüncü şahsa edimini ifa edeceğini taahhüt etmektedir.İşçi yararına kurulmuş olan bu sigorta sözleşmesi çerçevesinde üzerine düşen primleri ödeyen işçi sigortadan edim talep etme hakkı kazanmaktadır.⁴⁹⁹

Kanunun 88. Maddesinde “*4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna*

⁴⁹⁷ CANIKLIOĞLU

⁴⁹⁸ Sözer,1991:59

⁴⁹⁹ Saraç,1998:56

kadar Kuruma öder.” düzenlemesi bulunmaktadır. Kanunun, 3.maddesinin 4.ve 5.bentleri,kısa ve uzun vadeli sigorta dalları kavramlarıyla hangi sigorta kollarının ifade edildiğini açıklamıştır. Kanunun 3.maddesinin 4.bendinde,kısa vadeli sigorta kollarının, “iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası”;5.bendinde de uzun vadeli sigorta kollarının,”malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortası” olduğu belirtilmiştir.

Prim oranları ve Devlet katkısı Kanunun 81.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları için alınacak sigorta prim oranları ise 81.maddenin birinci fıkrasının a bendinde şu şekilde belirlenmiştir; “ *Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı, sigortalının prime esas kazancının % 20'sidir. Bunun % 9'u sigortalı hissesi, % 11'i işveren hissesidir...* ” . Kısa vadeli sigorta kolları prim oranı ise aynı maddenin c bendinde “ *yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre % 1 ilâ % 6,5 oranları arasında olmak üzere, 83 üncü maddeye göre Kurumca belirlenir. Bu primin tamamını işveren öder.*” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin f bendinde ise genel sağlık sigortası primi düzenlenmiştir.Sözü edilen hüküm şu şekildedir: ” *Genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için 82 nci maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın % 12,5'idir. Bu primin % 5'i sigortalı, % 7,5'i ise işveren hissesidir. Yalnızca genel sağlık sigortasına tâbi olanlar ile 60 uncu maddenin birinci fıkrasının (e) bendi ve bu Kanunun geçici 13 üncü maddesinde belirtilenlerin genel sağlık sigortası primi, prime esas kazancın % 12'sidir*”.

Kanunun 88.maddesinin 1 bendinde Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazinece karşılanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak anılan düzenlemeye göre,işveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Kuruma vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece

karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri, Kuruma prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır.

d.Prim Ödeme Yükümlülüğü

İşveren prim yükümlüsü olmanın yanında sigortalının ücretlerinden sigortalının yükümlülüğündeki prim tutarlarını ücretinden kesmek ve kendi yükümlülüğündeki prim tutarlarıyla birlikte Kuruma yatırmak zorundadır.⁵⁰⁰

İşverenin sigortalıya ait primleri ücretinden keserek Kuruma yatırma yükümlülüğü öğretide yasal vekalet ilişkisi olarak nitelendirilmektedir.⁵⁰¹ Gerçekten de işverenin sigortalıya ait primleri ücretinden keserek Kuruma yatırması kamu hukuku karakterli bir vekalet ilişkisidir. İşverenin prim ödeme yükümlülüğü ve Kurumun da primleri talep etme hakkı bulunmaktadır. Kurumun söz konusu primleri talep hakkı herhangi bir işleme gerek kalmazsın kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.⁵⁰²

Prim ödeme yükümlülüğüne Kanunun 87.maddesi de yer verilmiştir. Bu madde şu şekildedir; ”... *Bu Kanunun uygulanmasında kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası ve isteğe bağlı sigorta bakımından;*

a) (Değişik: 17/4/2008-5754/51 md.) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine ve 5 inci maddenin (a) bendine tabi olanlar için bunların işverenleri,

b) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tâbi olanlar ile bu kapsamda sayılan kişilerden sosyal güvenlik destek primine tâbi olanlar, isteğe bağlı sigortalı olanlar ve 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (g) bentlerinde sayılan kişilerin kendileri,

c) 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan kişiler için primi yılı merkezî yönetim bütçesinden karşılanmak üzere ilgili kamu idareleri,

⁵⁰⁰ Saraç,1998:57

⁵⁰¹ Çenberci,1977,635

⁵⁰² Saraç,1998:57,58

d) (Değişik: 17/4/2008-5754/51 md.) 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde sayılan kişiler ile 5 inci maddenin (e) bendinde belirtilenler için Türkiye İş Kurumu,

e) 5 inci maddenin (b) bendinde belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim görenler ile meslek liselerinde zorunlu staja tâbi tutulan öğrenciler için Milli Eğitim Bakanlığı veya bu öğrencilerin eğitim gördükleri okullar, yüksek öğrenim sırasında zorunlu staja tâbi tutulan öğrenciler için öğrenim gördükleri yüksek öğretim kurumu,

f) (Değişik: 17/4/2008-5754/51 md.) 5 inci maddenin (c) ve (g) bentlerine tabi olanlar için işverenleri veya kendileri, prim ödeme yükümlüsüdür”.

Sigorta primlerinin ödenme süresi SSIY'nin 115.maddesinde de düzenlenmiştir. Anılan maddede, Kanunda belirtilen sigorta primleri, Kurumca çıkarılacak tebliğde belirtilecek süre içinde Kuruma ödenir düzenlemesi mevcuttur. Bu primlerin ne şekilde, hangi sürede yatırılacağına ilişkin hükümler de bulunmaktadır.

2.Aylık Prim Ve hizmet Belgesinin Kuruma Verilmesi

Sosyal sigortalarda prim yükümlülüğü kural olarak işveren ve sigortalıya aittir. Bunların bir kısmının tamamını işveren üstlenmektedir. Bu primlerin Kuruma yatırılması gerekmektedir. Prim belgelerinin düzenlenip Kuruma verilmesi yükümlülüğü, prim ödeme yükümlülüğünden ayrı ve bağımsız bir yükümlülük olup her iki yükümlülük ayrı maddeler içinde düzenlenmiştir. Gerçekten, 86. madde prim belgelerinin Kuruma verilmesini, 88. madde ise primlerin ödenmesini düzenlemektedir.⁵⁰³ Prim belgelerinin yasal süresi içinde tanzim edilerek Kuruma verilmesi yükümlülüğüne ilişkin hükümler, Kanunun 86.maddesinde bulunmaktadır. Sözü edilen maddede;“ İşveren bir ay içinde 4 üncü ve 5 inci maddeye tâbi çalıştırdığı sigortalıların ve sosyal güvenlik destek primine tâbi sigortalıların;

⁵⁰³ Saraç, 1998,56;Demircioğlu / Güzel,akt.Evcil,23

a) Ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını,

b) 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını,

c) Prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını, gösteren ve örneği Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenen asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındakiler için en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar, diğer sigortalılar için ise ait olduğu ayı takip eden ayda Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma vermekle veya sigortalı çalıştırmadığı takdirde, bu hususu sigortalı çalıştırmaya son verdiği tarihten itibaren, onbeş gün içinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür.” düzenlemesi mevcuttur.

Aynı durum,506 sayılı Yasanın 79/1. maddesinde düzenlenmişti. Buna göre, işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalının sigorta primleri ve destek primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile bu primleri gösteren ve örneği yönetmelikle belirlenen asıl veya ek belgeleri ait olduğu ayı veya dönemi takip eden ayın sonuna kadar Kuruma vermekle yükümlü tutulmuştu.

506 sayılı Kanunun 79. maddesinde bahsi geçen prim belgeleri, 01.05.2004 tarihine kadar yürürlükte bulunan eski SSİY'nin 16, 17 ve 20. maddelerinde; aylık sigorta primleri bildirgesi, dört aylık sigorta primleri bordrosu ve aylık sosyal güvenlik destek prim bordrosu olarak düzenlenmiş bulunmaktaydı. Ancak 506 sayılı Kanunda 4958 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklere uyum sağlamak amacıyla çıkarılan ve 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe giren SSİY'nin 20. maddesi uyarınca işverenler tarafından Kuruma verilmesi gereken prim belgesi tek belgeye indirgenmiştir. Bu belge aylık prim ve hizmet belgesidir.⁵⁰⁴ Daha önce sigortalıların primleri ve prim ödeme gün sayıları ile diğer bilgilerine ilişkin ayrı ayrı alınan "Aylık Sigorta Primleri Bildirgesi", "Aylık Sosyal Güvenlik Destek Prim Bordrosu" ile "Dört Aylık Sigorta Primleri Bordrosu"nun tek belge olarak birleştirilmiş hali "Aylık Prim Ve Hizmet Belgesi" olarak tanımlanmaktadır.

Kanunun 86.maddesi,işverenin, sigortalıyı 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi halinde, sigortalıyı devir alanın,söz konusu belgelerin Kuruma

⁵⁰⁴ Evcil,23

verilmesinden,işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır. Aynı maddeye göre ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların, otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklenmesi şarttır. Ancak kamu idareleri ile toplu iş sözleşmesi imzalanan işyerlerinde bu şartın aranmayacağı belirtilmiştir.

Anılan madde ayrıca,sigortalıların otuz günden az çalıştığını gösteren bilgi ve belgelerin aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi gereken süre içinde Kuruma verilmemesi veya verilen bilgi ve belgelerin Kurumca geçerli sayılmaması halinde, otuz günden az bildirilen sürelerle ait aylık prim ve hizmet belgesi Kurumca re'sen düzenleneceğini ve muhteviyatı primlerin, bu Kanun hükümlerine göre tahsil olunacağını düzenlemiştir. Sigortalıyı çalıştıran işveren ile alt işveren ve iş görme edimini yerini getirmek üzere sigortalıyı geçici olarak devralan işveren;bu belgeyi Kuruma verilmesi gereken sürenin son gününü takip eden günden başlanarak, müteakip belgenin verilmesi gereken sürenin sonuna kadar,sigortalılar tarafından görülebilecek bir yere asmak zorundadır.⁵⁰⁵

Bu noktada elektronik bildirge uygulamasından söz etmekte yarar bulunmaktadır. İşverenlerin,çalıştırdıkları sigortalılara ait aylık prim ve hizmet belgesini internet üzerinden Kuruma vermeleri ve bildirimlerine ait tahakkuk eden primleri internet bankacılığı yoluyla ödeyebilmeleri için oluşturulan elektronik platforma kısaca e-bildirge denilmektedir.⁵⁰⁶ Aylık Prim Ve Hizmet Belgesinin Kuruma verilme süresi “Aylık Prim Ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine Ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğde” açıklanmış;ardından bu tebliğde değişiklik yapan 28 Eylül 2009 Tarihli,27360 sayılı “Aylık Prim Ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine Ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul Ve Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğle” işverenlerin bu belgeyi Kuruma internet ortamında vermeleri zorunlu hale getirilmiştir. Bu Tebliğden önce,sadece iki ve üzerinde sigortalı çalıştıran işverenler için bu belgenin verilmesi zorunluydu. Bir sigortalı

⁵⁰⁵ m.86/6

⁵⁰⁶ Çavuş/Karakaş,akt.Evcil,25

çalıştıran işveren ise hem internet yoluyla hem de posta yoluyla bu belgeyi Kuruma verebiliyorlardı. Ancak Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte bütün işverenler açısından elektronik ortamda belge verilmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu belgenin e-postayla gönderilebilmesi için işverenin bir e-sigorta hizmetleri internet kullanıcı şifresi ve kodu alması gerekmektedir .

IV. KURUMUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A.İŞYERİNİ TESCİL ETME

Kurum işyerinin varlığından ilk olarak işyeri bildirgesi verilmesiyle haberdar olur. Bu bildirgeye dayanarak işyerini tescil eder ve işyerine bir dosya açarak işyeri numarası verir.⁵⁰⁷

Kanunun 11.maddesinin 3 fıkrası uyarınca şirket kuruluşu aşamasında, çalıştıracağı sigortalı sayısını ve bunların işe başlama tarihini, ticaret sicili memurluklarına bildiren işverenlerin, bu bildirimleri Kuruma yapılmış sayılır. Ticaret sicili memurlukları, kendilerine yapılan bu bildiri en geç on gün içinde Kuruma bildirmek zorundadır. Aynı maddenin 6.fıkrasında valilikler, belediyeler ve ruhsat vermeye yetkili diğer kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yapı ruhsatı ve diğer tüm ruhsat veya ruhsat niteliği taşıyan işlemlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile varsa bunların verilmesine esas olan istihdama ilişkin bilgileri, verildiği tarihten itibaren bir ay içinde Kuruma bildirmekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir.

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Uyarınca İşyerlerinin Tesciline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğde bu konu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan Tebliğin 2.maddesinde,5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası (a) bendi kapsamında sigortalı çalıştıran işverenlerin,işyeri bildirgesini, en geç sigortalı çalıştırmaya başladıkları tarihte Kuruma vermelerinin gerektiği düzenlenmiştir.

⁵⁰⁷ Bilgili,2009:181

İşverenler tarafından, şirket kuruluşu aşamasında, çalıştırılacak sigortalı sayısı ile bu sigortalıların işe başlama tarihlerinin ticaret sicili memurluklarına bildirilmesi halinde, bu bildirimler Kuruma yapılmış sayıldığından, ticaret sicil memurlukları, kendilerine yapılan bu bildirimleri en geç on gün içinde Kuruma bildirmek zorundadır. Bu durumda işyeri kurum tarafından resen tescil edilecektir.⁵⁰⁸ *Kanununun 86.maddesinin 7.fıkrasına göre Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenmektedir.” Aynı maddenin 9.fıkrasında şu hüküm bulunmaktadır: “Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.”*

Yukarıdaki hükümler,Kurumun bir işyerinin,tescil edilmemiş olduğundan hangi şekillerde haberdar olacağını düzenlemiştir.Adı geçen Tebliğde de Kurumun,

a) denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından ,

b) kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapılan soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde düzenlenen tutanak veya raporlardan,

c) kamu idareleri ile döner sermayeli kuruluşlardan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşlardan, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan, ruhsata tabi işlerde ruhsatı veren mercilerden alınan bilgilerden,

⁵⁰⁸ Bilgili,2009:184

ç) mahkeme kararlarından bir işyerinin tescil edilmemiş olduğunu öğrenebileceği ve bu durumda işyerinin resen tescil edileceği hükme bağlanmıştır.

SSİY'nin 30.maddesinde ,Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince sigortalı çalıştırılan işyerinin tescil sistematığı hükme bağlanmıştır.Buna göre ,işyerine:

"a) Kurumca "Mahiyet Kodu", "İşkolu Kodu", "Ünite Kodu", "Sıra Numarası", "İl Kodu", "İlçe Kodu," "Kontrol Numarası" ve varsa "Geçici İş İlişkisi Kurulan İşveren Numarası" ile "Alt İşveren Numarası" nı ihtiva eden bir sicil numarası verilir ve bu numara işverene tebliğ edilir."⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ SSİY'nin 30.maddesi Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince sigortalı çalıştırılan işyerleri için devamlı:

b) Yapılan işin özel veya kamu sektörüne ait daimi veya geçici olduğunu belirleyen "Mahiyet Kodu" ile ilgili haneye; kamu sektörüne bağlı devamlı işyerleri için "1", özel sektöre bağlı devamlı işyerleri için "2", kamu sektörüne bağlı geçici veya mevsimlik işyerleri için "3", özel sektöre bağlı geçici veya mevsimlik işyerleri için "4" rakamı yazılır.

c) Yapılan işin "Kısa Vadeli Sigorta Kolları Prim Tarifesi" ne göre hangi iş koluna girdiğini belirleyen bölüme, Prim Tarifesinde bu işe karşılık gösterilen dört rakamlı işkolu kodu yazılır.

ç) Ünite kodu hanesine, işyerinin işlem gördüğü ünitenin kodu yazılır.

d) Her işyerine ilgili ünite tarafından iller itibarıyla ve sıra takip etmek suretiyle bir sıra numarası verilir.

e) Kurumca, sigorta işlemlerinde kullanılmak üzere işyeri hangi "il"de ise, o "il"e ait trafik kod numarası ilgili bölüme yazılır.

f) İllere bağlı ilçelerin her birine işyeri hangi ilçede ise bu ilçe kodu ilgili bölüme yazılır.

g) İşyeri sicil numarasının doğru kullanılması amacıyla Kurumca "Kontrol Numarası" verilir.

ğ) Alt işverenlerin işlemlerinde kullanılmak üzere her bir alt işverene o işyeri için bir "Alt İşveren Numarası" verilir.

h) İşyeri numarasından önce gelmek üzere gerçek ve tüzel kişilere işveren numarası verilebilir. Bu numara gerçek kişi işverenlerde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, yabancı uyruklu gerçek kişi işverenlere Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünce verilecek numarası, tüzel kişi işverenlerde ise vergi kimlik numarasıdır.

(2) Kanunun 4 üncü maddesi birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı çalıştırılan işyerlerine, Kurumca ünite kodu, saymanlık ve kurum numarası, il kodu, ilçe kodu ve kontrol numarasını ihtiva eden sicil numarası verilir ve bu numara işverene tebliğ edilir.

a) Saymanlık numarası, altı haneli olup ilk iki hanesi saymanlığı, takip eden iki hanesi sigortalının çalıştığı işyerinin bulunduğu ili, son iki hanesi ise ilçe kodunu ifade eder.

b) Kurum numarası, altı haneli olup sigortalı çalıştırılan kamu kurumunu ifade etmek üzere Kurumca verilen numarayı ifade eder.

c) İl kodu, ilçe kodu ve ünite kodu bu maddenin birinci fıkrasında açıklanan esaslar çerçevesinde bu işyerleri için de verilir." hükümlerini düzenlemiştir.

B.SİGORTALİYİ TESCİL ETME

Sigortalılık durumunun ne kadar sürede Kuruma bildirilmesinin gerektiğine yukarıda değinilmiştir. Ancak bu yükümlülüğe rağmen sigortalılık durumu Kuruma bildirilmemiş olabilir.⁵¹⁰ Kurum önceleri Kanunda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene karşı ölçümleme yoluna gidebiliyordu. Bu imkan, 3395 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 506 sayılı Kanunun 79. Maddesinde bulunuyordu. Ölçümleme,kayıt ve belgeleri vermeyen işverenin ödeyeceği prim miktarının hesaplanmasında temel alınacak kazancın Kurum tarafından re'sen takdir ve tespit edilmesi işlemydi.⁵¹¹ Ancak bu düzenleme,beklenen yararı sağlamaması sonucunda ortadan kaldırılmıştır.

506 sayılı Yasanın 79. maddesinde yapılan değişiklikle, prim belgelerinin yasal süresi içinde Kuruma verilmemesi veya noksan verilmesi halinde anılan belgelerin Kurum tarafından re'sen düzenlenmesi ve primlerin saptanması yetkisi tanınmıştır.⁵¹²

Ekleyelim ki 5510 sayılı kanunun 85.maddesinde düzenlenen asgari işçilik uygulaması neticesinde her hangi bir çalışana hizmet kazandırılmadığından, asgari işçilik uygulaması hizmet tespiti kavramı kapsamında değerlendirilemez.⁵¹³

5510 Sayılı Kanun 86.maddesinin7.fıkrasındaki düzenlemeye göre,SGK Müfettişleri, SGK yoklama memurları ve genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idarelerin denetim elemanlarınca yapılan tespit üzerine,ihale makamları, ruhsata tabi işlerde ruhsat veren merciler ve diğer resmi kuruluşlardan alınan bilgilere istinaden .sigortalı çalışmasından haberdar olunarak Kurumca resen tescil işlemi yapılabilir. Bu durumlar aşağıda incelenmiştir.

⁵¹⁰ Tuncay,Ekmekçi,2009:193

⁵¹¹ Bedük, 25

⁵¹² Evcil,28; Güzel / Okur, 186

⁵¹³ Evcil,30

1.Kuruma Bildirim Üzerine Tescil

Kurum sigortalı çalışmasından, işverenin ve sigortalının yapacağı bildirimle haberdar olur. Zaten işverenin çalışan sigortalıları Kuruma bildirme yükümlülüğün amacı sigortalıların tescil edilmesini sağlamaktır.⁵¹⁴ Bir başka deyişle Kurum sigortalı işe giriş bildirgesiyle sigortalının çalışmadan haberdar olur ve bu bildirim üzerine sigortalıyı tescil etmekle yükümlüdür. Kanunun Sigortalı Bildirimi Ve Tescili başlıklı 8.maddesi şu şekildedir: “...⁵¹⁵ İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür.” Ancak anılan maddede devamlı işveren tarafından sigortalı işe giriş bildirgesinin;

“...a) İnşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar için, en geç çalışmaya başlatıldığı gün,

b) Yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde; ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya başlayan sigortalılar için, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar,

c) Kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınanların, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde, Kuruma verilmesi halinde, sigortalılık başlangıcından önce bildirilmiş sayılacağı” belirtilmiştir.

Sözü edilen maddenin 2.fıkrasında ise sigortalıların,kendilerini bildirim esası düzenlenmiştir. Buna göre “ Sigortalılar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirirler. Ancak, sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez.” Kanunun, 4 üncü maddesi birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanların sigortalılığın başlangıcı ve bildirim yükümlülüğü SSİY'nin 11. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Sigortalılığın tescili başlıklı ikinci bölümde ise bu konudaki esaslar hükme bağlanmıştır.

⁵¹⁴ Türe, 2004:40

⁵¹⁵ Değişik fıkra: 17/04/2008-5754 S.K./6.mad

Tebliğe göre, sigortalı işe giriş bildirelerinin, Kuruma e-sigorta ile verilmesiyle yerine getirilir. Sigortalı işe giriş bildirgesi dışında, başka biçimlerde yapılan bildirimler geçerli sayılmaz.⁵¹⁶ Sigortalıların kendilerini bildirmesi Tebliğin 12.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede,

”...Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar, çalışmaya başladıklarını, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, örneği Ek-3’te bulunan sigortalı bildirim belgesi ile doğrudan veya internet ya da benzeri ortamda Kuruma bildirecekleri” hükme bağlanmıştır..

Tebliğe göre işverence işe alınacak sigortalılar için nüfus cüzdanlarına göre üçer nüsha ve fotoğraflı olarak düzenlenecek “Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi” sigortalı işe başlatılmadan önce ilgili Üniteye doğrudan verilir ve iadeli taahhütlü olarak gönderilir. Sigortalı İşe Giriş Belgesine Kurum tarafından genel evrak tarih ve giriş numarası verilir⁵¹⁷ İşverenlerce ilk defa bildirilen her sigortalıya Kurumca “İl Kodu”, “Ünite Kodu”, “Tescil Yılı” ve “Sıra Numarası” nı ihtiva eden 13 haneli bir sigorta sicil numarası verilir.

2.Fiili Tespit Üzerine Tescil

Fiilen tespit, çalışmalarını Kanun kapsamına giren sigortalıların, işverenlerince Kuruma bildirilmediğinin veya gerçeğe aykırı olarak bildirildiğinin anlaşılması durumunda, sigorta müfettişleri, Kurum Yönetim Kurulu kararı ile görevlendirilen yoklama memurları veya genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idarelerin denetim elemanları tarafından işyerinde eylemli olarak çalışırken görülmeleri sonucunda yerel denetim tutanağına kaydedilmeleri şeklinde tanımlanabilir.⁵¹⁸

Kurumun denetleme ve kontrol yetkisi 5510 Sayılı Kanununun 59.maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin

⁵¹⁶ m.15

⁵¹⁷ bkz.m.15,16,17

⁵¹⁸ Geçer,234;Uzun,2

denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütüleceği belirtilmiştir. Ancak askerî işyerlerine ait sigorta işlemlerinin denetim ve kontrolü, askerî iş müfettişleri tarafından yapılabilecektir. Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında tespit ettikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler, yemin hariç her türlü delile dayandırılabilirlerdir. Bunlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir.

Fiili denetimi ancak SSK Başkanlık Sigorta Müfettişleri, Sosyal Sigortalar Kurumu Yönetim Kurulu tarafından görevlendirilen yoklama memurları ve genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idarelerin denetim elemanları yapabilir.⁵¹⁹ Kanununun 86.maddesinin 7.fikrasında Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda çalıştığı anlaşılacak sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir düzenlemesi mevcuttur. Sigortalılara ait olup Kuruma verilecek belgeler ise aylık prim ve hizmet belgesi ile sigortalı işe giriş bildirgesidir.⁵²⁰

Fiilen tespit, uygulamada yerel denetim kavramı olarak bilinen ve SSIY'nin 4/ç. maddesinde tanımlanan durum tespiti kavramından daha dar kapsamlı bir uygulamayı ifade etmektedir.⁵²¹ Bu maddede durum tespiti sigortalılık niteliğinin, tescil işlemlerinin, sigorta olaylarının, asgari işçiliğinin tespiti amacıyla yapılan denetim ve kontroller olarak tanımlanmıştır.

Sigortalının işe giriş bildirgesinin Kurumca resen düzenlenebilmesi için sigortalıya esas bilgilerin müfettiş tutanağında yer alması gerekmektedir. Bunlar vatandaşlık numarası, işe başlama tarihi, ücreti, ad, soyad gibi bilgilerdir.⁵²² Yargıtay

⁵¹⁹ Çolak, Öztürk, 2006:73, vd

⁵²⁰ Bilgili, 2009:204

⁵²¹ Evcil, 2006:31

⁵²² Bilgili, 2009:204

da bir çok kararında işyerinde tutulan müfettiş raporlarını sigortalı çalışmanın ispatı için delil olarak aramaktadır. Söz konusu raporların aksi ancak eşdeğer belgelerle ispatlanabilir. Yüksek mahkeme kararlarında bu davalarda işyerinin yasa kapsamına alındığı tarihin nazara alınması, müfettiş tutanağı, işçilik ödemesi dönemlerine ait kayıtların, stopaj listelerinin, muhtasar beyannamelerin resmi makamlardan getirtilmesini gerekli görmektedir.⁵²³

Sigorta müfettişlerince görevleri sırasında saptanan Kurum alacağını doğuran olay ve işlemler yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Bu düzenleme 4958 sayılı Kanunun 49.maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 130 uncu maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenmiştir.

Sigorta müfettişlerince 3395 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 9.7.1987 tarihinden 4958 SK' un yürürlüğe girdiği 6.8.2003 tarihine kadar yapılan fiili tespitlerde geriye dönük bir süre kısıtlaması bulunmamaktaydı⁵²⁴ Yapılan denetimler sonucu tutulan tutanaklarla fiilen çalıştığı tespit edilen sigortalıların sigortalılıkları sağlanmış ve yargı kararları da tutanakları geçerli saymıştı.⁵²⁵

Ancak 1.5.2004 tarihinde yürürlüğe giren SSİY'nin 24.maddesinde bu tespitlerde geriye yönelik hizmetlerin 1 yıllık süreye ilişkin kısmının dikkate alınabileceği hüküm altına alınmıştır. 506 sayılı Yasanın 79/7. maddesinde, sigortalı hizmetlerinin fiilen tespitine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği yönünde herhangi bir hükme yer verilmediği halde, 20.06.1987 tarihinden günümüze kadar nitelik ve kapsamında değişiklik olmaksızın devam eden fiilen tespit, SSİY'nin 24. maddesiyle belli koşullarla bir yıllık süre kısıtlamasına tabi tutulmuştur.⁵²⁶ Bu şekilde tespit edilen çalışmaların geriye dönük kabul edilebilmesi ancak inandırıcı ve yeterli delil olması durumunda mümkündür⁵²⁷.

⁵²³ Yarg.10.HD E. 1993/8030 K.1994/1336 T. 1.2.1994;E. 1990/7370 K.1990/8737 T. 22.10.1990

⁵²⁴ bkz.Yarg. 10.HD ,21.9.1995,6663 E.,7228 K.

⁵²⁵ 10.HD 26.4.1993 1993-2725 E. 1993-4251 K.,kişisel arşiv; Çolak,Öztürk,2006:74

⁵²⁶ Evcil,33;Çolak,155

⁵²⁷ Bu değişikliğin gerekçesi SSK Başkanlığı Sigorta İşlemleri Genel Müdürlüğü'nün 04/12/2004 tarih ve B.13.2.SSK. 5.01.08.00/VII-309/2391 sayılı yazısında şu şekilde belirtilmiştir:

“Yapılacak durum tespiti (fiili tespit) sadece yapıldığı andaki fiili durumu yansıtabilen bir belge niteliğindedir. Hiçbir durum tespiti ne tespit yapıldığı günün öncesini ne de bir gün sonrasında

3.Kayden Tespit Etme

Sigorta müfettişleri ve kontrol memurları ile kamu idarelerinin denetim elemanlarınca işyeri kayıt ve belgelerinin incelenmesi esnasında, işyeri kayıtlarında yer alan her türlü bilgiden işyerindeki çalışmalar tespit edilebilir.⁵²⁸ Kurumun denetleme ve kontrol yetkisini düzenleyen, Kanununun 59.maddesinin ikinci fıkrasına göre işverenler ve sigortalılar ile işyeri sahipleri, tasfiye ve iflâs idaresinin memurları, işle ilgili gerçek ve tüzel kişiler, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarına gerekli olan defter, belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek, görevlerini yapmak için her türlü kolaylığı sağlamak ve bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler. Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları görevlerini yaparken, tüm kamu görevlileri gerekli kolaylığı göstermek ve yardımcı olmak zorundadır.

Kanununun 86.maddesinin 7.fıkrasında Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir düzenlemesi mevcuttur. 4958 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanun'un 79. maddesinin 7. Fıkrasında da; *“Fiilen veya iş yeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden ya da kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde,*

yanıtma imkanına sahip değildir. Hatta tespitin yapıldığı anın öncesinde veya sonrasında neler olduğunu kimlerin çalıştığını ve şartlarını gösterme özelliğine sahip değildir. Dolayısıyla maddi delillerle desteklenmeyen bir tespit tutanağının tanık beyanları veya işçi ve işveren beyanı üzerine işleme alınarak tespitte belirlenen süre kadar sigortalıya hizmet verilmesi beklenemez. Sosyal güvenlik sistemini oluşturan sosyal güvenlik kuruluşlarının da yasalarla sınırları belirlenmiş olan sosyal güvenlik hak ve sorumluluğunu yasalarındaki sınırlar gözetilerek uygulanması gerekmektedir. Yasaların vermemiş olduğu bir hakkın uygulayıcılar tarafından yorumlama suretiyle verilmesi aynı yasaya tabi olanlar bakımından adaletsiz bir durum yaratacaktır ki, bu da yasalar önünde eşitlik ilkesine dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bir durum yaratacaktır”

⁵²⁸ Bilgili,2009: 205

bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir.” hükmü yer almaktaydı.

4958 sayılı Kanun'dan önce, Kanun maddesi dar yorumlandığı için uygulamada sadece işyeri kayıtları (yasal defter ve ücret bordrosu) inceleniyor ve işyeri kayıtlarından bir tespit yapılırsa hizmet kazandırılıyordu. Ancak, 4958 sayılı Kanun'dan sonra sadece işyeri kayıtlarının değil; kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara da hizmet kazandırılabilmektedir.⁵²⁹ 506 sayılı Yasanın 79. maddesinde 4958 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle getirilen “işyeri kayıtlarından elde edilecek her türlü bilgi ile hizmet tespiti” usulü, yasal değişiklik öncesinde “kayden tespit” kavramıyla karşılanmaya çalışılmaktaydı.⁵³⁰ Kanun maddesi dar yorumlandığı için sadece işyeri kayıtları incelenmekte ve işyeri kayıtlarından bir tespit yapılırsa hizmet kazandırılmaktaydı.⁵³¹

Örneğin, adına gider belgesi, makbuz, irsaliye, ceza makbuzu, borç-alacak senetlerinin imzalanması, senet, çek, fatura gibi belgelerin yazımı, görevlendirme belgesi veya ücret ödeme bordrosuyla ücret ödemesi yapılmış kişilerin sigortalılıkları sağlanabilmektedir.⁵³²

4.Kamu Kuruluşlarınca Düzenlenen Belgelere Göre Tespit Etme

Başka bir delile veya tespite gerek kalmadan sigortalının kayıt altına alınmasını sağlayan bir diğer husus da, kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalışma olgusunun tespit edilmesidir.⁵³³

Kanunun 59.maddesinin 7.fıkrasına göre kamu idareleri kendi mevzuatları gereğince yaptıkları inceleme ve tespitler sırasında bu Kanuna göre sigortalı sayılanların prime esas kazançlarının veya sigortalı gün sayılarının eksik bildirilmesi

⁵²⁹ Uzun,1

⁵³⁰ Geçer,akt.Evcil;38

⁵³¹ Uzun,68

⁵³² Çolak,Öztürk,2006:79,vd

⁵³³ Evcil,47

sonucunu doğuran tespitlerini de en geç bir ay içinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür. Kurum bu bildirimleri esas almak üzere gerekli yasal işlemi yapar. Bu durumda işe giriş bildirgesi ve aylık prim ve hizmet belgesi Kurumca resen düzenlenir.⁵³⁴ İlgililerin itiraz hakları saklıdır.

Benzer bir düzenleme 506 sayılı Kanunun değişik 79/7. Maddesinde bulunmaktaydı. 506 sayılı kanunun 79. maddesi 7. fıkrasında, fiilen veya iş yeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden ya da kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalılarla ilgili belgelerin, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca işverene yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya eksik verilmesi durumunda, söz konusu belgeler Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından resen düzenlenerek ve muhteviyatı sigorta primleri kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilmekteydi. 4958 sayılı Yasanın 37. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79. maddesine eklenen 14. fıkra ile "*Kamu idare ve müesseseleri (kamu hizmeti ifa eden kurum ve kuruluşlar dahil) Kurumca yazı ile istenilecek bilgileri yazılı olarak en geç bir ay içinde vermeye mecburdurlar*" ibaresi kanun metnine işlenmiş ve kamu idare ve müesseselerinden Kurum işlemleriyle ilgili olarak bilgi sağlanması kanuni dayanağa bağlanmıştır.⁵³⁵

Kanunda belirtilen belge ve bilgiler sınırlı olmayıp tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, tescilsiz çalıştırıldığı iddiasında bulunan kimselerle ilgili olarak temin edilebilecek her türlü belge ve bilgiyle sigortalılar kayıt altına alınabilecektir. Bu belgeler, sigorta müfettişi tutanakları, trafik kazası tespit tutanakları, iş müfettişlerince düzenlenen tutanaklar, Kurum ve vergi yoklama memuru tutanakları, zabıta (polis-jandarma) tarafından düzenlenen tutanaklar, ihale makamları tarafından düzenlenen imza föyleri, puantaj kayıtları, çalışanların işyerine girmesinde kullanılan kimlik belgeleri ve manyetik kartlar, çalışanlar için dosyada yer alan bilgiler, liman reisliklerince düzenlenen gemi çalışanları listeleri, PTT memurlarınca yapılan tebligata ait tebliğ mazbatalarıdır.⁵³⁶ Tespitlerde edinilen bilgiler ise ihale konusu işlerde çalıştırılanlarla ilgili ihale makamından

⁵³⁴ Bilgili,2009:208

⁵³⁵ Evcil,48

⁵³⁶ Evcil,49;ÇolakÖztürk;93,vd

alınan bilgiler, Milli Eğitim Bakanlığı İl Müdürlüklerinden özel öğretim kurumları ;Sağlık İl Müdürlüğünden özel sağlık kuruluşları hakkında alınan bilgiler, kamu bankalarından alınan bilgiler, Türkiye Futbol Federasyonundan temin edilen profesyonel futbolcularla ilgili bilgilerdir.⁵³⁷

Bu hükümlerin Kurumun sigortalı tespitine yönelik imkan ve kabiliyetini arttırdığını söylemek mümkünse de yeterli olduğu söylenemez.⁵³⁸ Kanunda kayıt dışı çalışanları kapsamaya yönelik bütüncül bir sistem tedbiri ne yazık ki öngörülmemiştir⁵³⁹

5.Sosyal Sigorta İlişkisinin Dava Yoluyla Tespiti

Sosyal sigorta ilişkisinin fiilen ya da kayden tespit edilememesi nedeniyle sigortalılar bu ilişkinin varlığını mahkeme kararıyla ispatlayabilirler. Bu dava imkanı ,5510 Sayılı Kanunun 86.maddesinin dokuzuncu fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükümde aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar,çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır denilmektedir. Bu konu dördüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

⁵³⁷ Çolak,Öztürk;93,vd

⁵³⁸ Bilgili,2009, 207

⁵³⁹ Demir,1999:37,vd

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET AKDİNE DAYANAN SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİNİN DAVA YOLUYLA TESPİTİ

I.GENEL OLARAK

Çalışanların Sigorta Kurumunun edimlerinden faydalanabilmesini kolaylaştırmak üzere işverene işyerini, çalışan sigortalıları bildirme, aylık prim ve hizmet belgelerini verme, primleri ödeme gibi yükümlülükler getirilmiştir.⁵⁴⁰ Kuruma bildirilmeyen sigortalıların, sigortasız geçmiş sürelerinin Kurum tarafından dikkate alınması için iş mahkemelerinde açtıkları bu dava bir tespit davasıdır.⁵⁴¹

Söz konusu davalara uygulamada hizmet tespiti davası denilmektedir (Evcil,81). Sigortalının, özellikle uzun vadeli sigorta kollarından aylığa hak kazanabilmesi için belirli süre sigortalılık ve belirli gün prim ödeme koşullarını da yerine getirmiş olması zorunlu olduğundan bu imkan Kurumun tüm bu bilgileri elde etmesiyle yani, sigortalının Kuruma bildirilmesi ve prim belgelerinin verilmesiyle olanaklı hale gelmektedir.⁵⁴²

Sigortalı niteliğini taşımasına rağmen çalıştığı Kuruma bildirilmeyen kişilerin bu durumu Kurum tarafından saptanamazsa ortaya gizli sigortalı çalıştırma olgusu ortaya çıkar. Kaçak sigortalılar çoğu kez işlerini kaybetme korkusuyla işverenine ya da Kuruma başvurmaktan çekinebilirler. Ya da sigortalı gösterilmediklerini çok sonra öğrenebilirler.⁵⁴³ İşverenlerin yasalara uygun bir şekilde çalışması için işverenlerin bir gün denetlenebileceğinin bilincinde olması gerekir.Ancak,denetimden beklenen verimin alınabilmesi için,denetim mekanizmasının da iyi işlemesi şarttır.⁵⁴⁴ Kuruma bildirilmemek her ne kadar sosyal

⁵⁴⁰ Sözer,1991:65

⁵⁴¹ Tunçomağ, 1990 :193

⁵⁴² Demircioğlu / Güzel, 127

⁵⁴³ Sözer, 1991: 73

⁵⁴⁴ Zengin G.Ç.,2008:77

sigorta ilişkisinin doğumuna engel değilse de Kurum tarafından bu sürenin dikkate alınması için sigortalının dava açarak bu durumu tespit ettirmesi gerekmektedir.

Bu dava, 5510 Sayılı Kanunun 86.maddesinin dokuzuncu fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükümde aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır denilmektedir. Sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespitinde amaç, sigortalıların açacakları bir davayla işverenin Kuruma vermediği belgelerde bulunması gereken hususların tespit edilmesi suretiyle bu sürelerin Kurum tarafından nazara alınmasını sağlamaktır.⁵⁴⁵ Bu dava özellikle sosyal sigorta ilişkisinin tarafı olan Kurum açısından finansal bir önem arz eder. Böylelikle kayıt dışı sigortalı çalıştırarak prim ödeme yükümlülüğünden kaçınan; bu yükümlülüğe uyan işverenler karşısında haksız rekabete yol açan işverenlerin sebepsiz zenginleşmesi engellenmektedir.⁵⁴⁶

5510 Sayılı Kanunun 86.maddesinin onuncu fıkrasında ise sigortalının kendisi için verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgesinin işveren tarafından verilmediği veya verilen aylık prim ve hizmet belgesinde kazançların veya prim ödeme gün sayılarının eksik gösterildiği Kurumca tespit edilirse hastalık ve analık sigortalarından gerekli ödemelerin yapılacağı hükmü mevcuttur. Burada sadece aylık prim ve hizmet belgesinin verilmemesi; verilen aylık prim ve hizmet belgesinde kazançların veya prim ödeme gün sayılarının eksik gösterilmesi durumları belirtilmiştir. Koşullardan anlaşılacağı üzere,prim ödeme gün sayılarının eksik gösterilmesi sigorta yardımından yararlanmaya engel değildir; hiç prim ödenmese dahi sigortalı sigorta yardımından yararlanabilecektir. Ancak bunun için kişinin primi ödenen diğer sigortalılar gibi asgari bekleme süresi kadar çalışmış olması gereklidir.⁵⁴⁷ Kanunda yapılacağı bildirilen yardımlar ise hastalık ve analık sigortalarıdır. Ancak anılan hükümde belirtilmemiş bile olsa iş kazasından

⁵⁴⁵ Sözer,1991:73

⁵⁴⁶ Duman,2002:2

⁵⁴⁷ Çemberci, 1977: 631

kaynaklanan yardımların da bu kapsama gireceği tartışmasızdır.Yasanın 23.maddesinde süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk başlığı altında sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödeneklerinin Kurumca ödeneceği belirtilmiştir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79. maddesinin onuncu fıkrası ise şöyleydi: *“Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır ”*. Görüldüğü gibi 5510 sayılı yasa aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen sigortalılardan; 506 sayılı yasa ise yönetmelikte tespit edilen belgelerden söz etmiştir. Burada geçen Yönetmelik SSİY'dir. İşe giriş bildirgesi verilmiş bile olsa,prim ve hizmet belgesi verilmemişse,bu durum sigortalı çalışmanın karinesi sayılmaktadır. Yargıtay bir çok kararında,işe giriş bildirgesinin verilmiş olmasının yeterli olmayıp aynı zamanda çalışma olgusunun tereddüde yer vermeyecek şekilde kanıtlanmasının gerektiğini; bu belgenin tek başına çalışma olgusunu kanıtlamadığını vurgulamıştır.⁵⁴⁸ Bu davalar aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

II. DAVANIN NİTELİĞİ

5510 Sayılı Kanunun 86.maddesinin dokuzuncu fıkrasında sözü edilen dava, nitelik itibariyle bir olumlu tespit davasıdır. Yargıtay 506 sayılı Kanunun 79/10 maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davalarında sigortalılığın başlangıcına yönelik her davanın,aynı zamanda sigortalılığın tespiti istemini de içerdiğini belirtmiştir.⁵⁴⁹ Ancak bu dava ileride açılacak olan eda davasına esas teşkil edecek bir tespit davası

⁵⁴⁸ Yarg. HD 10, E: 2002/3002, K: 2002/3441, Tarih: 18.04.2002;HGK 22.11.2000, E. 2000/21-1652, K.2000/1719 ;HGK.14.2.2001 E.2001/10-121,K.2001/152 ,Kişisel Arşiv

⁵⁴⁹ HGK E: 2004/21-742, K: 2004/744,Tarih: 22.12.2004,Kişisel Arşiv

olarak nitelenemez.⁵⁵⁰ Kanuni düzenlemeye göre davacı, açacağı davada sigortalı hizmetlerinin tespitini isteyecek; talebi kabul edilirse alacağı ilamı gerekli işlemleri yapması için Kuruma iletacaktır. Mahkeme kararda sadece sigortalının hangi tarihler arasında kaç gün çalıştığını (prim ödeme gün sayısını) ve günlük çalışma ücretini belirlemekte; mahkeme ilamında gösterilen ücret üzerinden alınacak prim oranları ve miktarları ise Kanundaki usule uygun olarak Kurum tarafından hesaplanmaktadır.⁵⁵¹

III. DAVA AÇMANIN KOŞULLARI

Sigortalı hizmetin tespiti davasını düzenleyen ,5510 Sayılı Yasanın 86. maddesinin dokuzuncu fıkrası bu dava açısından belli şartlar getirmiştir. Dava şartları aşağıda incelenmiştir.

A. SİGORTALI HİZMETİN VARLIĞI

Sigortalı olmak, kişi bakımından salt bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür Bu nedenle, kişinin isteğine, ediminin sosyal, toplumsal, etik niteliğine bırakılmaksızın kişi, yasanın sigortalı sayılmak için belirlediği duruma dahil olmakla kendiliğinden sigortalı olmaktadır.⁵⁵² Sigortalı hizmetin tespiti davasında davacı, tespitini istediği süreler bakımından sigortalı niteliğini taşımalıdır. Taraf sıfatına sahip olabilmesi için bu şarttır. Burada sözü edilen sigortalılık zorunlu sigortalılıktır.

Sigortalılığın değerlendirilmesinde; taraflar arasında sadece bir hizmet akdinin bulunması yeterli olmayıp eylemli veya gerçek çalışmanın varlığı gereklidir. Fiili çalışmanın bulunmadığı bir hizmet akdi sigortalılık için yeterli değildir.⁵⁵³ Bu tür davalar kamu düzenine ilişkin olduğu için hakimın resen araştırma yapması gerekmektedir.

⁵⁵⁰ HGK 14.4.2004T.,2004/21-226 E K.2004/223 ,Kişisel Arşiv

⁵⁵¹ HGK E: 2004/21-226, K: 2004/223, Tarih: 14.04.2004 ,Kişisel Arşiv

⁵⁵² HG GK, E: 2004/10-736, K: 2005/25, Tarih: 02.02.2005;kişisel arşiv

⁵⁵³ HD 10, E: 2002/3002, K: 2002/3441, Tarih: 18.04.2002;kişisel arşiv

İşe giriş bildirgesi hizmet akdiyle bir gün çalışmanın karinesi olduğu kabul edilmekle birlikte çalışmanın mevcudiyeti yönünden yalnız başına yeterli görülmemektedir. Bu nedenle, işe giriş bildirgesinin verildiği, ancak yasal belgelerin bulunmadığı durumlarda çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar da aranmalı ve sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığı belirlenmelidir.⁵⁵⁴

Hizmetin sigortalı bir hizmet olmadığı tespit edilirse, dava taraf sıfatının yokluğundan reddedilmektedir. Çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu ancak bu koşullar varsa inceleme konusu yapılabilecektir. Sigortalı hizmetin tespiti davasını açabilecek olan zorunlu sigortalılar, iş ilişkisi kural olarak hizmet akdine dayanan ve Kanundaki istisnalara girmeyen kişilerdir. Bu kişilerin İş Kanunu kapsamında olmaları gerekmemektedir. İş ilişkisi hizmet akdine dayanan kişilerin yanında memuriyet ilişkisine dayanarak çalıştırılan koruma bekçileri ile istisna akdine dayanarak çalıştırılan sanatçı, düşünür ve yazarlar da sigortalı sayılmışlardır.⁵⁵⁵

Yasanın 7.maddesinin birinci fıkrasında sigortalı hak ve yükümlülüklerinin ne zaman başladığı açıklanmıştır. Madde şu şekildedir:

“Sigorta hak ve yükümlülükleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;

a) (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî eğitime veya zorunlu staja başladıkları tarihten” itibaren başlar.

Hizmet akdinden söz edebilmek için bir çalışmanın işveren hizmetine sunulmasının zorunlu olduğunu belirtmeliyiz. İşçi emeğini verme taahhüdünde bulunur ve hizmet verme sorumluluğunu taşır. Bu edimin işverene ait işyerinde ifası gerekmediği gibi, bizzat işverene sunulması da zorunlu değildir.

Sigortalı sayılmak için çalışma olgusunun varlığının zorunlu olduğu, “eylemli ve gerçek çalışma “olgusunun varlığı” saptanmadıkça; salt hizmet akdine dayanılarak sigortalılıktan söz edilemeyeceği belirtilmelidir. YHGK’nın 16.06.1999

⁵⁵⁴ HD 10, E: 2002/3002, K: 2002/3441, Tarih: 18.04.2002; kişisel arşiv

⁵⁵⁵ HGK 2004/21-226E K.2004/223 T: 14.4.2004; kişisel arşiv

tarix ve 1999/21-508 esas ve 1999/25 K. sayılı kararında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasa sistemi bakımından sigortalı sayılmak için “eylemli ve gerçek biçimde çalışma olgusunun varlığı” saptanmadıkça; hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan söz edilemediği belirtilmiştir.

Yargıtay eski kararlarında sigortalı sayılmak için işe alınmanın sigortalı olmak için yeterli olduğuna ilişkin kararlar vermişti.⁵⁵⁶ Son dönemlerde ise yöntemince düzenlenen işe giriş bildirgesi işe alınmayı göstermekle birlikte çalışmanın mevcudiyeti bakımından yalnız başına yeterli kabul edilmemektedir. Sigortalılıktan söz edebilmek için, çalışmanın varlığının, Yargıtay’ın sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul ettiği ilkelere uygun biçimde belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁵⁷ Zira; sigortalılığın başlangıcına yönelik her davanın; sigortalılık tespitini de içerdiği kabul edilmektedir. Hukuk Genel Kurulu bir kararında 506 sayılı Yasanın 2 ve 6’ncı maddelerinin, çalışmanın varlığının ispatının zorunlu olduğunu ve bunun salt işe giriş bildirgesi ile saptanmasının yeterli olmadığını belirttiğini ifade etmiştir.⁵⁵⁸ Hizmet akdine dayanan sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespitinde sigortalının sunduğu hizmetin bağımlılık ve süreklilik taşıyıp taşımadığının tespiti sigortalılık niteliğinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Bağımlılık ve zaman unsuru hizmet akdinin ayırt edici özelliğidir. Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmeti işveren gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Bağımlılık işverenin talimatına uyma borcu olarak da tanımlanabilir. Hizmet akdini diğer işgörme akitlerinden ayıran bu özellik sadece işverene değil işveren vekiline karşı da bulunmaktadır.⁵⁵⁹ Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır.⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ Yirmi birinci Hukuk Dairesi 1.2.1996 tarih ve 1996/250-409

⁵⁵⁷ HGK E. 2003/21-35 K. 2003/64 T. 5.2.2003;kişisel arşiv

⁵⁵⁸ HGK E. 2003/21-35 K. 2003/64 T. 5.2.2003;kişisel arşiv

⁵⁵⁹ Demir.2005:91

⁵⁶⁰ HGK, E: 2004/10-736, K: 2005/25, Tarih: 02.02.2005 ;Kişisel Arşiv

Ancak ücret unsuru sigortalılığın tespiti açısından hizmet akdinin zorunlu unsurları içerisinde sayılmamıştır. Ücret adı altında ödeme yapılmaması veya ücret alınmaması hizmet akdine bağlı olarak çalışma niteliğini değiştirmez. Ücretin, sigortalı sayılmanın vazgeçilmez koşulu olmadığını gösteren yasal düzenleme 5510 sayılı Yasanın 82.maddesidir. 5510 Sayılı Yasanın günlük kazanç sınırlarını düzenleyen 82.maddesinin ikinci fıkrası “*Günlük kazançları yukarıdaki fıkroda belirtilen alt sınırın altında olan sigortalılar ile ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden, günlük kazançları üst sınırdan fazla olan sigortalıların günlük kazançları da üst sınır üzerinden hesaplanır.*” demek suretiyle ücretsiz çalışanların da sigortalı olabileceğini; başka bir ifadeyle ücretin hizmet akdinin unsuru olmadığını belirtmiştir. 506 Sayılı Kanunun 78.maddesinin 2.fıkrasında da günlük kazanç sınırları düzenlenirken “*...ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden... hesaplanır.*” hükmüne yer verilmişti. Bu hükümden hareketle Yargıtay hizmet akdinin unsurları içinde ücretin sayılmadığını vurgulayan çok sayıda karar vermiştir. Ücret almadan yapılan çalışmalarında sigorta kapsamına alınması gerektiği genel olarak kabul görmektedir.⁵⁶¹

Diğer taraftan Kanuna göre hizmet akdine dayalı çalışmanın ücretsiz de olabileceğinin kabul edilmesi karşısında anılan hizmet akdinin, Borçlar Kanununda tanımlanan hizmet akdine göre özellikler gösteren bir (hizmet) sözleşme biçiminde olduğu söylenebilir.⁵⁶²

Bu arada sigortalı hizmetin tespiti davasının açılabilmesi için iş akdinin geçerli olmasının bir şart olmadığını belirtmeliyiz. Yargıtay bir kararında “*bir kimsenin çalıştırılması yasak olan bir işte çalıştırılmış bulunması, bir başka anlatımla aradaki sözleşmenin geçersiz olması o kimsenin çalıştığı sürece sigortalı sayılmasına engel değildir.*” şeklinde hüküm vermiştir.⁵⁶³ Yargıtay Basın İş Kanununun 4. maddesinde öngörülen sözleşmenin yazılı yapılmasına ilişkin hükme

⁵⁶¹ HGK 00, E: 2004/10-736, K: 2005/25, Tarih: 02.02.2005;HGK 6.11.1996 E.1996/21-537-K.735;kişisel arşiv

⁵⁶² HGK, E: 2004/10-736, K: 2005/25, Tarih: 02.02.2005,kişisel arşiv

⁵⁶³ 10.HD E.1997/3965 K.1997/3791 T.20.5.1997;kişisel arşiv

uyulmamasının, söz konusu gazetecinin tespit edilen çalışma sürelerinde sigortalı sayılmasına engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir (Aydınlı,2009).

B.SİGORTALI ÇALIŞMANIN KURUMA BİLDİRİLMEMİŞ OLMASI

Sigortalının Kuruma bildirilmeyen çalışmalarının tespiti amacıyla dava açabilmesi için işveren tarafından Kuruma bildirilmemiş olması; kendini kuruma bildirme hakkını da kullanmamış olması gerekir. İşverenin sigortalıyı Kuruma ne zaman bildireceğinin tespiti bu noktada önem taşımaktadır. 5510 Sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında hizmet akdine tabi sigortalı sayılanlar için sigortalılık, çalışmaya, mesleki eğitime veya zorunlu staja başladıkları tarihten itibaren başlamaktadır. İşverenler, söz konusu sigortalıları bu tarihlerden önce örneği Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğiyle belirlenen sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmek zorundadır. Ancak Kanunda sayılan istisnai durumlarda,daha sonra yapılan bildirimler de sigortalılık başlangıcından önce yapılmış sayılmaktadır.

Sigortalıların işe başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde sigortalılıklarını sigortalı bildirim belgesi ile Kuruma bildirme yükümlülüğü vardır.Sigortalı bildirim ve tesciline ilişkin Kanunun 8.maddesinde “ *Sigortalılar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirirler.* “ hükmü mevcuttur. Ancak bu yükümlülüğün herhangi bir yaptırımını olmadığını belirtmeliyiz. Kendini Kuruma bildirmeyen sigortalıların kendini Kuruma bildirmemesi aleyhlerine delil teşkil etmediğinden sigortalılık sürelerinin tespiti için dava açma hakları ortadan kalkmamaktadır.

Öğretide bildirim yükümlülüğünün şekline ilişkin tartışmalarda bildirmenin belli şekil şartlarına uygun olmasının zaruri olduğunu ileri sürenler vardır.⁵⁶⁴ Bizim de katıldığımız başka bir görüş ise işverenin sigortalının önceden örneği basılı işe giriş bildirgesi ile işe girişini yapmasını zorunlu tutmanın;bu şekilde giriş

⁵⁶⁴ Çemberci, 1975:28

yapılmayan durumlarda Kuruma yapılan bildirim geçersiz saymanın,son derece katı bir uyguma olduğu yönündedir.⁵⁶⁵

Kanımızca,işverenin sigortalının Kuruma bildirim yükümlülüğünün sıkı şekil şartlarına bağlı tutulması ,sigortalı aleyhine sonuçlar yaratacağından ,sigortalı olma hakkının işe alınmayla başlayacağına ilişkin düzenlemeye aykırıdır. Zira yapılan bildirim şekli ne olursa olsun Kuruma çalışma olgusu ihbar edilmiş durumdadır. Kurum bu ihbara rağmen sigortalıyı kayıt alma yükümlülüğünü yerine getirmediğine göre şekil şartına uymayan işverenin kusurundan daha ağır bir kusur sergilemiş sayılmaktadır. Sonradan kendi kusurundan faydalanmasına imkan tanımamak ve bunun sigortalı aleyhine sonuç doğurmasına göz yummamak gerektiği düşünülmektedir.

C.SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİNİN KURUM TARAFINDAN TESPİT EDİLMEMİŞ OLMASI

Kurumun yükümlülüklerini incelerken,işyerinin tescil edilmesini bu yükümlülükler içinde saymıştık. İşyerinin tescili 4 şekilde yapılabilmektedir. Bunlardan ilki işe giriş bildirgesiyle yapılan tescildir. Diğerleri de Kurum denetim elemanlarının yaptığı fiili tespit; işyeri kayıtlarında yer alan her türlü bilgiden yapılan kayden tespit, kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden yapılan tespitlerdir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca vatandaşın her türlü soru, sorun, eleştiri, öneri, ihbar ve talebini alarak, geri bildirim sağlamak amacıyla 28.05.2008 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu Çağrı Merkezi kurulmuştur. Ancak sigortalılar iş güvencelerinin olmaması nedeniyle bu imkanı da etkin bir şekilde kullanamamaktadır. Denetim elemanlarının sayıları da oldukça yetersizdir.Bunun sonucunda da kayıt dışı işyerleri ve sigortalı çalışma sayısı oldukça fazladır. TÜİK verileri,21 milyon 455 bin olan çalışanın, yüzde 44.6'sı olan 9 milyon 565 bin

⁵⁶⁵ Tunçomağ,1973 :406

çalışanın herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna kaydı bulunmadan istihdam edildiğini ortaya koymaktadır.⁵⁶⁶

Sigortalının dava açması için sigortasız çalışmalarının sadece işveren tarafından bildirimini yapılmaması değil Kurum tarafından bu yöntemler kullanılarak kayıt altına alınmamış olması da gerekir. Sigortalının Kurum tarafından kayıt altına alındığı durumlarda dava açmada hukuki yararının bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak, Kurum tarafından sigortalı çalışma bu şekilde tespit edildiyse tespitite kayıt altına alınmayan sigortalılık bilgilerine ilişkin sigortalıların dava açma haklarının ortadan kalkmayacağı kanaatinde olduğumuzu da belirtmeliyiz. Bilindiği üzere müfettiş raporlarıyla tespit edilebilen süre 1 yıl ile sınırlıdır. Bu süreyi aşan çalışma olgusunun dava açmak suretiyle tespit edilmesi gereklidir. Yani gerçek çalışmanın tespit edilenden daha uzun süre olması, prime esas kazançlarda farklılık olması durumlarında, sigortalının dava açma hakkı saklı tutulmalıdır.

D.DAVA AÇMADA HUKUKİ YARAR ŞARTI

1.Genel Olarak

Bir kişinin dava açarken ya da mahkemeden herhangi bir talepte bulunurken hukuki yararının bulunması gerekir. Buna hukuki korunma ihtiyacı da denilmektedir.⁵⁶⁷

Tespit davası açabilmek için hukuki yarar bulunması bir dava şartı olarak davanın her aşamasında dikkate alınır.⁵⁶⁸ Kanunda aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen sigortalıların çalışmaları Kurum tarafından da saptanamazsa dava açabilecekleri belirtilmiştir. Eğer sigortalı bu çalışmalarını mahkemede ispat edebilirse o ilamda belirtilecek olan aylık prim ödeme gün sayıları ve prime esas kazanç miktarları Kurum tarafından dikkate alınarak sigortalının

⁵⁶⁶ <http://www.porttakal.com/haberleri/turkiye/>

⁵⁶⁷ Kuru, Aslan, Yılmaz, 2002:314

⁵⁶⁸ Kuru, 1988:43

çalışmaları kayıt altına alınmaktadır. Bu dava işverenin prim belgelerini vermemesi nedeniyle sigortalının uğradığı zararların engellenmesini sağlamaktadır.⁵⁶⁹

2.Sigorta Dalları Açısından Hukuki Yarar Şartı

Sigortalı hizmetin tespiti davasında incelenmesi gereken bir husus da tespitin bütün sigorta dalları için istenip istenmeyeceğidir. İlke olarak hizmet tespiti yoluna maluliyet,yaşlılık ve ölüm sigortası için gidilebilirse de⁵⁷⁰ Kanunun 86.maddesinin 10.fıkrası ,Kanunda yazılı şartları yerine getirmiş olmasına rağmen, sigortalı için verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgesinin verilmemesini belirttiğine göre bu hükümde kısa vadeli sigorta dalları açısından dava açma konusunda bir sınırlama yoktur.⁵⁷¹

Sigortalının çalıştığı işte, kendisi için verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgesinin işveren tarafından verilmediği veya verilen aylık prim ve hizmet belgesinde kazançların veya prim ödeme gün sayılarının eksik gösterildiği Kurumca tespit edilirse, hastalık ve analık sigortalarından gerekli ödemeler yapılabilecektir. Kanunun 86.maddesinin 10. fıkrası sigortalının çalıştığı işte prim ödeme yükümlülüğünü yerine getirdiği halde işvereni gerekli kayıt ve belgeleri vermediyse veya kayıt ve belgelerde kazanç veya prim ödeme gün sayıları eksik gösterildiği Kurum tarafından saptanmışsa sigortalıya hastalık ve analık sigortalarından gerekli yardımların yapılacağını hükme bağlamıştır.

İşveren gerekli kayıt ve belgeleri vermediyse veya kayıt ve belgelerde kazanç veya prim ödeme gün sayıları eksik gösterildiği Kurum tarafından saptanmışsa sigortalıya hastalık ve analık sigortalarından gerekli yardımların yapılacağına ilişkin hüküm, mahkeme kararı yerine geçen bir karar olarak nitelendirilmektedir.⁵⁷² Ancak,bu geriye dönük olarak sigortalıların zararlarını karşılamaya yetecek bir düzenleme değildir. Bu tür davanın amacı hem sigortalının hem de Kurumun

⁵⁶⁹ Tunçomağ,1990:192

⁵⁷⁰ Sözer,1991:76

⁵⁷¹ Duman,2002:54

⁵⁷² Çemberci,1985:527

çıklarlarını korumak, mağdur durumda olan sigortalının, tüm primleri ödenmekte olan bir sigortalıyla aynı statüye getirilmesini sağlamaktır. Buna imkan tanımamak işveren açısından sebepsiz zenginleşme⁵⁷³ ve bildirim yükümlülüklerine uyan işverenler karşısında haksız rekabet; Kurum ve sigortalı açısından da ekonomik anlamda yoksullaşmak sonuçlarına yol açardı.

Yargıtay ise kısa vadeli sigorta dalları açısından dava açılmasını hukuki yarar olmadığı gerekçesiyle ret etmektedir.⁵⁷⁴ Oysa bu durumda Kuruma bildirim yapılmayan sigortalının daha önceki sağlık harcamaları karşılıksız kalacaktır. Aynı şekilde, analıktan kaynaklanan hakları da daha sonradan telafi edilmeyecektir. Kanımızca Yargıtayın bu tutumu karşısında bu konuda ayrı bir tazminat davası açarak bu zararlar istenebilir. Sigortalı kendisinin ya da bir yakınının karşılaştığı hastalık ve analık riski karşısında yeterli süre çalıştığı halde işvereni tarafından yeterli süre prim ödenmemişse Kurum da ayrıca bir tespit yapmamışsa bu zararlarıyla ilgili ayrı bir dava açmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır.

E.DAVA AÇMA SÜRESİNİN GEÇMEMİŞ OLMASI

1.Genel Olarak

Sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespiti imkanı belli bir süre içinde kullanılmalıdır. Nitekim 506 SK'nun 79.maddesinin 10. fıkrasındaki düzenlemeye paralel bir düzenleme getiren 5510 SK'un 86.maddesinin 9 fıkrasında “*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.*” hükmü bulunmaktadır.

Dava açma süresi yıllar içinde değişiklik göstermiştir. 506 SK'nun 79.maddesinin ve 3995 SK'nun 3.maddesinin uygulamasında ;7.6.1994 den önce

⁵⁷³ Sözer,1991:77

⁵⁷⁴ 10.HD 29.11.1983,7011/7693 Çemberci 1985:419

açılmış davalar 10 yıl; sonra açılmış davalar ise 5 yıllık hak düşürücü süreye tabidir.⁵⁷⁵ Ancak bu değişiklik, bu tarihe yakın dönemde dava açanlar için dava açma hakkının kullanılmamasına neden olacağı için eleştirilere yol açmıştır. Yargıtay bir kararında 1982-1985 yılları arasında geçen bir çalışmanın tespiti için 2.12.1994 tarihinde açılan davada hak düşürücü sürenin geçtiğine karar vermiştir.⁵⁷⁶ Bu örnekte davacının hizmetinin geçtiği yılın sonu 1985'dir. Eğer 3995 SK m.3 ile yapılan değişiklik gündeme gelmeseydi söz konusu sigortalı açısından hak düşürücü süre 31.12.1994' te dolacaktı. Ancak bu düzenleme dava açma süresi henüz dolmadan yapıldığı için sürenin kısaltılması davacıyı olumsuz etkilemiştir. Yargıtay hak düşürücü sürenin dolduğuna karar vermiştir.

Bir başka kararında ise Yargıtay 7.1.1994 tarihinde açılan hizmet tespiti davasının yetkisizlikle bir başka mahkemeye gönderildiği esnada hak düşürücü sürede yapılan değişikliğin davacı aleyhine yorumlanamayacağından bahisle 10 yıllık hak düşürücü süreyi esas almıştır.⁵⁷⁷ Bu karara karşı kullanılan karşı oyda ise yetkisizlikle sonuçlanan ilk davadan hiç söz etmeksizin yeni harç ödeyerek açılan ikinci davanın yeni bir dava olması nedeniyle hak düşürücü sürede yapılan değişikliğin davacıyı etkilemesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'ın bu kararı yukarıda verilen kararlarla çelişmektedir. İlkinde sürenin kısaltılmış olması davacı aleyhine yorumlanmışken, ikinci örnekte sürenin kısaltılmış olması davacı lehine yorumlanmıştır.

Doktrinde sigortalılık hakkının mülkiyet hakkı, şahsiyet hakkı gibi mutlak bir hak olduğu, bu nedenle de bunun tespitini öngören davaların herhangi bir süreye bağlanmaması gerektiği düşüncesini savunan yazarlar bulunmaktadır.⁵⁷⁸ Nitekim, 506 Sayılı Kanunundan önceki sigorta yasalarında bu davaların açılması herhangi bir süreyle sınırlandırılmamıştı. 506 SK'nun ilk halinde ise 5 yıllık dava açma süresi kabul edilmişken 1987'de bu süre 10 yıla çıkarılmıştır. Son olarak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek Madde

⁵⁷⁵ Aslanköylü,2009:1313

⁵⁷⁶ HGK 4.12.1996 21-657 E.847 K.;kişisel arşiv

⁵⁷⁷ HGK 19.3.1997 10-906 E.,203 K.;kişisel arşiv

⁵⁷⁸ Bkz.Sözer,1991:78,vd

Eklenmesi ile 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkındaki 1.6.1994 tarih ve 3995 sayılı Kanun, 7.6.1994 tarih ve 21953 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.Yapılan düzenleme ile, 506 sayılı Kanunun 79 uncu maddesinin onuncu fıkrasında belirtilen 10 yıllık dava açma süresi 5 yıla indirilmiştir.

Eski düzenlemeye göre henüz dava açma süresi bulunan ancak yeni düzenleme ile bu süresi sona ermiş olan sigortalının durumuyla ilgili Kanun herhangi bir hüküm getirmemiştir. Kanundaki bu boşluk hakim tarafından doldurulmaktadır.⁵⁷⁹

Kanımızca Kanun Koyucunun özellikle dava açma süresinin çok az kaldığı durumlarda sigortalı aleyhine doğacak sonuçları düşünerek bir geçiş hükmü getirmesi hakkaniyetli bir yaklaşım olurdu. Zira Anayasada da kabul edildiği üzere, sigortalı olma hakkı vazgeçilmez bir haktır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu davalarda hak düşürücü sürenin aranmasının bile Anayasaya aykırı olduğu düşünülürken bu hakkı daha da kısıtlayan düzenlemelerin katı bir şekilde uygulanmasına imkan verilmemesi daha doğru bir yaklaşım olur.

2.Dava Açma Süresinin Niteliği

Dava açma süresinin niteliği tartışmalıdır. Dava açma süresinin yasaya konuluş amacının sosyal güvenlik hakkının korunması olduğundan hareketle,bu sürenin “yıllanma süresi” yani zamanaşımı süresi olduğunu ileri sürenler olmuştur.⁵⁸⁰ Nitekim Yargıtay da önceki kararlarında bu süreyi zamanaşımı süresi gibi yorumlamaktaydı.⁵⁸¹ Ancak sonraki kararlarında görüşünü değiştirerek,söz konusu süreyi hak düşürücü süre olarak nitelendirmeye başlamıştır.

Hak düşürücü süre; bir hakkın kanunun tayin ettiği süre içinde kullanılmaması halinde onun sukutuna yol açan bir süredir. Hâkim tarafından re’sen

⁵⁷⁹ Bkz.HGK 4.12.1996 21-657 E.847 K; Kişisel Arşiv

⁵⁸⁰ Tunçomağ, 1990:193

⁵⁸¹ 10.HD 21.11.1979 4275/9287 ,Kişisel Arşiv

göz önünde tutulması gerekir. Zaman aşımı ise; muaccel bir alacağın kanunun tayin ettiği sürede talep edilmediği takdirde hakkın dava edilebilme özelliğini kaybettiren ve mahkemece resen dikkate alınmayan bir süredir. Zaman aşımının olduğuna ilişkin savunma bir “defi” olduğu halde hak düşürücü sürenin dolduğuna ilişkin savunma bir “itiraz” niteliğini taşır.⁵⁸²

Bu sürenin zamanaşımı süresi olarak kabul edilmesi zamanaşımı süresinin kesilmesi,durması gibi sigortalı lehine durumlar yaratabilmektedir. Ayrıca hakim zamanaşımını resen dikkate alacağı için,davalı tarafından ileri sürülmediği sürece dava hakkının zamanaşımına uğradığından söz edilememektedir. Nitekim Yargıtay bazı kararında 5 yıllık süreyi hak düşürücü süre olarak nitelemekle ancak aynı işyerinde kesintili çalışma nedeniyle bu sürenin başlangıcını ikinci çalışmanın bittiği tarihten itibaren hesaplamaktadır.⁵⁸³ Ancak,son kararlarında Yüksek Mahkeme hak düşürücü sürenin hukuksal niteliği gereğince kesilmesi ve durmasının mümkün bulunmaması karşısında, hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışılmasının hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağını belirtmiştir.⁵⁸⁴ Bu durumda,kesintinin öncesi ve sonrasında oluşacak her çalışma devresi için dava koşulları yukarıda belirtilen olgular dikkate alınarak belirlenmektedir. Nitekim,Yargıtay bir davada dava dışı başka bir işyerinde çalışmakla çalışmanın kesintiye uğramasını gerekçe göstererek dava tarihi itibarıyla hak düşürücü sürenin geçtiğine karar vermiştir.⁵⁸⁵

Hak düşürücü süreye ilişkin yaptığı bir değerlendirmede Yargıtay , çalışmalarının sigorta müfettişi tarafından saptanması durumunda 506 sayılı Yasanın 79/8’inci maddede öngörülen hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemeyeceğine karar vermiştir.⁵⁸⁶ Bir başka kararında da “... sigortalı işe giriş bildirgesi ve

⁵⁸² Hatipoğlu,2009

⁵⁸³ Yarg.10.HD 21.11.1979-4275/9286 K;HGK 15.3.1995 10-20 E.,70 K., Kişisel Arşiv

⁵⁸⁴ Yarg.10.HD E: 2005/7867 K: 2005/11916 T: 21.11.2005, Kişisel Arşiv

⁵⁸⁵ HGK 26.02.2003 T. 2003/21-44 E. 2003/98 K.;YHGK 23.06.2004 T. 2004/21-369 E. 2004/371 K.

⁵⁸⁶ 21 HD10.12.1996 tarih ve 1996/6785-6844, Kişisel Arşiv

ücretlerden prim kesildiğini gösteren ücret tediye bordrosunun hak düşürücü süreyi kestiğini” belirtmiştir.⁵⁸⁷

Sözü edilen belgelerin varlığı halinde hak düşürücü sürenin kesileceğine dair yorumlar aslında Kanunun içeriğiyle örtüşmemektedir. Kanımızca, bu kararın dayanağı 5510 SK’un 86.maddesinin 9 fıkrasında sözü edilen “Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar” cümlesi olmalıdır. Müfettiş raporuyla ,işe giriş bildirgesiyle veya diğer belgelerin varlığı durumunda Kurum sigortalı çalışmadan haberdar olacağı için bu tür belgelerin olmaması bir dava ön şartıdır. Yargıtay ‘ın bu değerlendirmeyi yaparken, Kanunun bu davayı Kurum tarafından sigortalılığı tespit edilemeyen sigortalılar açısından düzenlediğini ve Kurumca tespit edilen sigortalılar açısından hak düşürücü sürenin söz konusu olamayacağını gerekçe göstermesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Ancak Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesinin 10.09.1996 tarih ve 1996/7554-6607 esas ve karar sayılı kararında yerel mahkemenin verdiği kararda geçen olayda işe giriş bildirgesinin varlığını değerlendirirken Kanunun 79/8’deki sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu; bu sebeple zaman aşımı süresinin kesilmesi veya durmasına ilişkin kuralların burada uygulanamayacağı belirtilmiştir. Hatta aynı kararında Onuncu Hukuk Dairesi dört aylık sigorta prim bordrolarının da hak düşürücü süreyi kesmediğini belirtmiştir. Onuncu Hukuk Dairesinin bir başka kararında da hak düşürücü sürenin hiçbir şekilde kesilmesinin mümkün olmadığı gerçeğinden hareketle sigorta müfettişi raporları ve muhtasar beyannameler olsa dahi hak düşürücü sürenin kesilmediği yönünde kararlar vermiştir.⁵⁸⁸

Bu kararlar da kanımızca, Kanununun lafzına uygun değildir. 506 SK’nun 79/10.maddesi “*Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar*” açısından hak düşürücü süreden söz etmiştir. Başka bir deyimle Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren

⁵⁸⁷ Yar. 21.HD; 26.10.1998 T.,1998/7070E.,1998/7035 K. ,Kişisel Arşiv

⁵⁸⁸ 17.09.1996 T.1996/E.7560-K.7003 ;16.12.1996 T. ve 1996/10667E.-10748 K., Kişisel Arşiv

tarafından verilen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilen sigortalılar her zaman bu davayı açabilirler. Yüksek Mahkemenin kararları hem Kanunun lafzıyla hem de kendi içlerinde çelişkilidir.

Ancak,daha sonraki kararlarında 10.HD içtihat değiştirmiştir.Bu defa işe giriş bildirgesinin verilmiş olması durumunda hak düşürücü süreden söz edilmeyeceği yönünde kararlar verilmiştir.⁵⁸⁹ İşe giriş bildirgesiyle bu bildirgenin verildiği tarihten daha eski bir tarihin işe giriş tarihi olarak bildirilmesinde bile hak düşürücü sürenin geçmediği hükme bağlanmıştır.⁵⁹⁰ Ancak işe giriş bildirgesinin yasada öngörülen hak düşürücü süreden sonra verilmesi durumunda hak düşürücü sürenin canlanmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.⁵⁹¹

Yargıtay bir kararında, işe giriş bildirgesini verme süresi aşılmış ve Kurum uzun bir süre prim almaya devam ettiği halde Kurumun primleri kullanmış olmasının hatalı işlemi geçerli hale getirmeyeceğinden bahisle hak düşürücü sürenin geçtiğine karar vermiştir. İki Yargıtay üyesi ise bu kararda karşı oy kullanmıştır. Dava konusu olayda, 7 yıl geçtikten sonra bildirge verilmiş ve primler ödenmiş ve 20 yıl sonra Kurum primleri iptal etmiştir. İki üye Kurumun yaşlılık aylığı bağlanmasına kadar ses çıkarmamasını kusurlu bir davranış olarak nitelendirmiştir. Hiç kimse kendi kusurundan yararlanarak başkası aleyhine sonuç çıkartamayacağı için Kurumun bu tavrı haklı olarak eleştirilmiştir.⁵⁹² Sigortalının bir yanılması olmadığı, Kurumun kusurunun bulunduğu durumlarda sigortalının iyi niyetinin korunmasını gerekli olduğu savunulmuştur.⁵⁹³

Kanımızca işe giriş bildirgesi sonradan verilmiş olsa bile Kurum,bu kişiden haberdar olmuştur. Kurumun yıllarca primleri alması sigortalıyı yanılmıştır. Burada Kurumun büyük kusuru bulunmaktadır. Ancak, yaşlılık aylığı bağlanması için talepte

⁵⁸⁹ Y.10 HD 2003/388 E.,2003/777 K.T.17.2.2003 Yarg Kararları Dergisi,2003 s.1378 1379; Yarg.10 HD 1989/3578 E,1989/5067 K T.8.6.1989 YKD,1989,1581

⁵⁹⁰ 10.HD 2003/6353 E. 2003/7469 K 27.10.2003 ,Kişisel Arşiv

⁵⁹¹ 10 HD 2003/388 E. 2003/777 K T.17.2.2003;Y.10 HD 2003/5008 K.2003/5943.T.22.9.2003 ;kişisel arşiv

⁵⁹² HGK 2003/10 E., K.53 5.2.2003 T.,kişisel arşiv

⁵⁹³ Koçak,2003:306

bulunulduğu sırada işe giriş bildirgesinin zamanında verilemediğinden ve hak düşürücü süreden söz etmek iyi niyetli bir davranış değildir. Sigortalının kusurlu bir eylemi, suç oluşturan bir davranışı olmadığı sürece sigortalı kişinin doğan hukuki ilişkisine geçerlilik tanımak en doğru yaklaşımdır.⁵⁹⁴ Bu durumda en azından sigortalının isteğe bağlı sigortalı sayılmasının hakkaniyetli olacağı kanaatindeyiz. Zira bu kişi zorunlu sigortalı olduğu düşüncesini taşımasaydı, isteğe bağlı sigortalı olma hakkını kullanabilirdi. Kurumun bu hatasının sigortalıyı bütün sigorta dallarından mahrum edecek bir sonuca yol açmasına izin verilmemesi gerekir.

3-Dava açma süresinin başlangıcı

Dava açma süresinin tespitinde bu sürenin başlangıcı önem taşımaktadır. Bu süre çalışmaya başlamadan itibaren mi; işten ayrılmadan itibaren mi yoksa bir başka tarihte mi başlayacaktır sorusuna yanıt bulmak gerekmektedir. 5510 SK'nunun 86.maddesinin 9.fikrası uyarınca dava açma süresinin başlangıcı hizmetlerin geçtiği yılın sonudur. Bu durumda çalışmanın geçtiği yılın sonu işten çıkış tarihi ne olursa olsun 31 Aralık tarihi olacak ve süre bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.⁵⁹⁵

Söz konusu ibareyi her çalışılan gün için ait oldukları yılın sonu olarak yorumlamak da mümkünken, Yüksek Mahkeme uzun süre hizmetlerin geçtiği yılın sonu olarak, işverenin yanındaki çalışmanın son bulunduğu yılın sonunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, bu kararlarında hizmetlerin kesintisiz olması gibi bir şart da aramamıştı.⁵⁹⁶ Sigortalının işten ayrıldıktan sonra dava açma süresi içinde tekrar aynı işverenin yanında çalışmaya başlaması halinde dava açma süresi en son kurulan hizmet ilişkisinin sona erdiği yılın sonundan itibaren işlemeye başladığı kabul edilmekteydi. Bu kararlar hak düşürücü sürenin niteliğine aykırı olduğuna dair eleştiriler dikkate alınarak değiştirilmiş;Yargıtay sigortalının tekrar eski işverenin yanında çalışmaya başlaması durumunda dava açma süresinin kesilmeyeceği yolunda kararlar vermeye başlamıştır. Yargıtay önceki içtihadını hak düşürücü sürelerin

⁵⁹⁴ Sözer,1991:51

⁵⁹⁵ 10.HD 22.9.1998 6473/5880 ;21 HD 28.5.1998, 3622-3923, Kişisel Arşiv

⁵⁹⁶ Öztürk,1998

niteliğiyle bağdaşmadığı için değiştirirken yeni içtihatlarının sigortalılar aleyhine yarattığı sonuçları görmezden gelmiştir.⁵⁹⁷

4.Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi

Sigortalı olma hakkından vazgeçilemeyeceği ve çalışmaya başlayan sigortalının kendiliğinden sigortalı olacağı şeklindeki hükümlere rağmen sigortalılığın tespiti davasının süreye bağlanmasının Anayasaya aykırı olduğu tartışılabilir. Anayasa Mahkemesi bir kararında da sosyal güvenlik hakkının bir insan hakkı olduğunu vurgularken şu cümlelere yer vermiştir: “... hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak kuruluşların yasal düzenlemeleri ‘yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir...”⁵⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin bu kararlarında, bir yandan sosyal devlet ile sosyal güvenlik kavramları arasında doğrudan bir bağ kurulmakta, öbür yandan da, sosyal güvenliğin kişinin temel bir insan hakkı olduğu vurgulanmaktadır.⁵⁹⁹

Nitekim benzer bir düzenlemeye yer veren Federal Almanya’da Anayasa Mahkemesi dava açma süresinin “mülkiyet hakkını” ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶⁰⁰ Alman Anayasa Mahkemesine göre sigortalının bekleme süresi üzerindeki hakkın özünün mülkiyet hakkı gibi korunması gerekmektedir.Yasa Koyucunun sadece edim yüksekliği üzerinde takdir hakkı bulunabilir ancak hakkın özüne yönelik müdahaleler Anayasadaki mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.⁶⁰¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1952 tarihli 1 no.lu Ek Protokolü’ nun “ Mülkiyetin Korunması “ başlıklı 1. maddesinde “ *Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak*

⁵⁹⁷ HGK, E: 2003/21-43, K: 2003/97, Tarih: 26.02.2003

⁵⁹⁸ AYMK., 17.1.1991,E.1990/27, K.1991/2, AMKD, S:27, C: I, 13-39;

⁵⁹⁹ Güzel,2006;44

⁶⁰⁰ Gitter; aktaran,Sözer,1991:79

⁶⁰¹ Sözer,1991:79,80

kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve Uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” hükmü yer almıştır. Anayasa'nın Mülkiyet konusunu düzenleyen 35. maddesi de şu şekildedir: “ Herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir.Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir.Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. “ .

AİHM bir kararında AİHS'ne ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin düzenleniş biçimine ilişkin olarak şu açıklamayı yapmıştır.Söz konusu madde birbirinden ayrı üç kuralı içermektedir:

Mahkemeye göre; “... bireyi mülkiyet hakkından yoksun bırakan bir tedbirin meşru kamu yararı amacı gütmüş olması yeterli değildir, amaca ulaşmak için başvurulmuş amaç ile güdülen amaç arasında aynı zamanda makul bir orantı ilişkisinin de mevcudiyeti gerekir.”⁶⁰²

Bir şeyin mal ve mülk olarak kabul edilebilmesi ve üzerinde mülkiyet hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle hakkın iktisadi bir değere sahip olması gerekmektedir. Alınır satılır olmak parasal bir değerle ifade edilmek yanında, malik olunan değer somut surette hiç olmazsa “meşru bir beklenti” sıfatıyla tespiti mümkün olmalıdır.⁶⁰³

Görüldüğü gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre, mülkiyet hakkına müdahale ya da sınırlamanın haklı ve hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için izlenen yol ile, ulaşılmak istenen hedef arasında makul bir orantısallık ve adil denge ilişkisinin ve hukuki kesinlik veya yasallığın bulunması gerekmektedir. Hak düşürücü süreye bu açıdan bakıldığında sosyal güvenlik hakkının kullanılmasını tamamıyla ortadan kaldırdığı için orantılı bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz.

⁶⁰² AİHM Kararı, Ashingdane/ İngiltere ,28.05.1995

⁶⁰³ AİHM kararı Van Der Mussele/ Belçika, 23.11.1983

Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesince verilen 29.12.1999 tarih ve 1999/33 Esas ,1999/51 K sayılı iptal kararında şu cümlelere yer verilmiştir : ” *Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez.*

Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak yada ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir”. Oysa sigortalı olma hakkından vazgeçilemeyeceğine ilişkin Anayasa hükmüne rağmen getirilen dava açma süresi hakkın kullanılmasını tamamıyla ortadan kaldırmaktadır.

Diğer taraftan bu süre içinde dava açan kişilerle dava açma süresini geçirdiği için sigortalılığı Kurum tarafından kayıt altına alınmayan kişiler arasında eşitlik ilkesi de ihlal edilmiş olmaktadır. AİHS m 14 ‘de ayrımcılık yasağına yer verilmiştir: Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunan kişilere aynı kuralların uygulanmasını gerektirir. Bu durum, T.C. Anayasa Mahkemesi’nin 15.10.2003 tarih, 2003/84 Esas, 2003/89 Karar sayılı kararında şöyle vurgulanmıştır: ”*Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.*”

Anayasa Mahkemesinin yukarıda verdiği karardan hareketle dava açma hakkını kullanan kişiyle bu süreyi kaçırın sigortalı arasında hiçbir fark olmadığını söyleyebiliriz. Her ikisi de sigortalı niteliğine sahiptir. Sigortalılık niteliklerine ilişkin düzenlemeler de aynıdır. Ancak hak düşürücü süre nedeniyle ilk örnekteki sigortalı, sigortalı olmanın sağladığı yardımlardan faydalanabilecekken diğer sigortalı faydalanamayacaktır. Böylece ikinci durumdaki sigortalının sigortalılığı sadece bir “niteleme” olarak kalacaktır. Kurumdan diğer sigortalıya sağlanan yardımların

hiçbirisini talep edemeyecektir. Bu sürenin kaldırılması hem Anayasada hem de kanunda yer alan sigortalı olma hak ve ödevlerine ilişkin düzenlemelerle hem de sosyal güvenlik hakkının temel ilkeleriyle daha uyumlu bir hukuki ortam yaratacaktır.

5. Sigortalının Ölümünde Dava Açma Süresi

Sosyal sigorta yardımlarından yararlanmada, sigortalı tek başına değil, geçindirmekle yükümlü olduğu kişilerle birlikte düşünülmüştür. Ancak sigortalının eş ve çocuklarının, bazı durumlarda ana ve babasının, bu yardımlardan yararlanabilmesi sigortalının ölümü halinde mümkündür.⁶⁰⁴

Sigortalının yakınları ile Kurum arasında da kamu hukuku karakterli bir borç ilişkisi mevcuttur.⁶⁰⁵ Bu nedenle sigortalı hizmetin tespiti davasını sigortalının ölümünde, hak düşürücü süre geçmediyse sigortalının mirasçıları da açabileceklerdir.

Kanunun 3.maddesinin 10 numaralı bendinde sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişiler belirtilmiştir. Bu düzenleme Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinin dışında kalan genel sağlık sigortalısının, sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan;

a) Eşini,

b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını,

⁶⁰⁴ Tuncay, 2000:172

⁶⁰⁵ Sözer,1991:28

c) Geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babasını kapsamaktadır.

Bu kişiler doğrudan Kurumla ilişkisi olmadıkları halde sosyal sigorta yardımlarından yararlandırılmışlardır.⁶⁰⁶ Hukuki yararları varsa sigortalının ölümü halinde sigortalının geçindirmekle yükümlü olduğu kişiler sosyal sigorta ilişkisinin tespiti için dava açabilirler.⁶⁰⁷

Ancak bu noktada dava açma süresi özellik arz etmektedir. Sigortalı öldüğünde dava açma süresi geçmemişse mirasçıları için bu sürenin, sigortalının ölüm tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Başlayan sürenin murisin tamamlamadığı sürenin devamı değil, yeni bir süre olduğu belirtilmelidir. Davacı tarafın dava esnasında ölümü halinde mirasçılar davaya devam edebilecekleri gibi miras bırakanlarının sigortalı olması gerektiğini iddia eden mirasçılar tarafından da söz konusu dava açılabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.04.1984 tarih ve 1982/10/304 esas ve 1984/447 karar sayılı kararında ölen sigortalının eşi ve çocuklarının bu davayı ancak sigortalı hakkında işlemeye başlayan hak düşürücü süre içinde açmaları gerektiğini belirtmiştir. Ancak Yirmi Birinci Hukuk Dairesinin yeni tarihli 07.10.1996 tarih ve 1996/5611/5402 esas ve karar sayılı kararında ise; ölen sigortalının mirasçıları açısından dava süresi şu şekilde değerlendirilmektedir. *“Bir hak sahibi yönünden sözü edilen sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğinden bahsetmek için, öncelikle, muristen bu kişiye sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi ve kişinin buna bağlı bir talep hakkının doğması gerekir. “* Ölen sigortalıların mirasçıları yönünden; murisin ölüm tarihinin hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak kabul edilmesi Medenî Hukukun mirasın intikaliyle ilgili kurallarına da uygun bir anlayıştır.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ Duman,2002:82

⁶⁰⁷ Çenberci,1985:312

⁶⁰⁸ Duman,2002:82

6.Hizmetin Kesintili Geçmesi Durumunda Dava Açma Süresi

Dava açma süresi, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar açısından, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıldır. Görüldüğü gibi hükümde dava açma süresi iki durum için belirtilmiştir. Bunlardan ilki sigortalının aylık prim ve hizmet belgesinin işveren tarafından verilmemesi; ikincisi de çalıştıklarının Kurumca tespit edilememesidir. Nitekim Yüksek mahkeme işe giriş bildirgesinin verildiği durumlarda hak düşürücü sürenin geçmeyeceği şeklinde kararlar vermiştir.

Önceleri sigortalı işten ayrıldıktan sonra tekrar aynı işverenin yanında çalışmaya başladığında dava açma süresinin en son kurulan hizmet ilişkisinin sona erdiği yılın sonundan itibaren işlemeye başladığı kabul edilmekteydi. Yüksek Mahkeme,yeniden işe girme durumunda hak düşürücü sürenin kesileceğinden bahisle dava süresini ikinci kez çalışmaya başlanan süreye göre hesaplamaktaydı.⁶⁰⁹

Bu kararlar hak düşürücü süreye ilişkin kurallara uygun olmadığı için eleştirilere konu olmuştur. Yüksek Mahkeme sonunda doktrindeki itirazları da dikkate alarak bu konudaki içtihadını değiştirmiştir.Yargıtay yeni kararlarında hizmetin kesintili geçtiği durumlarda her bir çalışma için hak düşürücü süreyi ayrı ayrı dikkate almış; son çalışmayı esas alan eski kararlarından farklı bir içtihat oluşturmuştur.⁶¹⁰

Bir başka kararında da davanın yasal dayanağı olan 506 sayılı Yasanın 79/10. madde hükmü uyarınca Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesine ilişkin davanın hizmetin sona erdiği yılın sonundan itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerektiğini belirtmiştir.Hak düşürücü sürenin hukuksal niteliği gereğince kesilmesi ve durmasının mümkün bulunmaması karşısında, hak düşürücü

⁶⁰⁹ 10.HD ,21.11.1979T.,1979/4275 K.1979 9287 ,kişisel arşiv

⁶¹⁰ Yarg.HGK,8.12.1999 T. E:1999/21-1025 K:1999/1020; 4.12.1996 T.,E: 1996/21-657 K.1996/21-657; 15.2.1995 T., E: 1994/10-845,K:1995/64 ;21. HD 2004/7661K.,2004/11954 T. 27.12.2004;kişisel arşiv

süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışılmasının hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağına karar verilmiştir.⁶¹¹ Ancak işçilik alacakları yönünden davacının devamlı çalıştığı kesinleştiyse işe giriş bildirgesinin birden fazla olduğundan bahisle hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemeyeceğini belirtmeliyiz.⁶¹²

Yargıtay bir kararında sigortalının aynı işyerinde 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olamayacağı ve hak düşürücü sürenin kesilmesi ve durmasının mümkün bulunmadığını belirtmiştir.⁶¹³ Aynı şekilde başka bir kararında hak düşürücü sürenin kesilmesinin ya da durmasının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle aynı işyerinde kesintili çalışmalarda hak düşürücü sürenin geçmesini engellemeyeceğini belirtmiştir.⁶¹⁴

Genel olarak işe giriş bildirelerinin sigortalı imzasını içermesi gerektiği kabul edilmektedir. Sigortalı, bildireyi hile, hata veya manevi baskı altında imzaladığını ileri sürmemiş veya imzanın kendisine ait olmadığını söylememiş ise, birden fazla işe giriş bildirgesinin varlığının o işyerinde kesintili çalıştığına karine oluşturacağı kabul edilmektedir.⁶¹⁵

Aslında Yargıtay'ın kesintili çalışmalara ilişkin bu kararı işe giriş bildirgesinin süresi içinde verildiği durumlarda hak düşürücü sürenin işlemeyeceği yolundaki kararlarıyla çelişmektedir. Ayrıca kesintili çalışmalar için bu yorum 5510 SK' un 86.maddesinin 9 fıkrasında yer alan “*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalıların* “ bu davayı açabileceklerine ilişkin düzenlemeye de aykırıdır.⁶¹⁶ Kanunun 86.maddesindeki hak düşürücü süre,Kurumun çalışma olgusundan haberdar olmadığı durumlar açısından getirilmiştir. Bir bakıma dava açarak

⁶¹¹ 10.HD, E: 2002/1670, K: 2002/1821, Tarih: 11.03.2002,kişisel arşiv

⁶¹² HGK, E: 2003/21-43, K: 2003/97,T: 26.02.2003,kişisel arşiv

⁶¹³ HGK E: 1999/21-985, K: 1999/985, T.: 24.11.1999

⁶¹⁴ HGK 4.12.1996 21-657 E. 847 K. ,kişisel arşiv

⁶¹⁵ HGK 00, E: 2003/21-43, K: 2003/97, T: 26.02.2003,kişisel arşiv

⁶¹⁶ Erbaş 2004:380, 381

sigortalının Kurumu bu durumdan haberdar etmesi imkanı getirilmiştir. Oysa işe giriş bildirgesinin verilmiş olması durumunda Kurum çalışma olgusundan haberdar sayılır. Bu durumda sigortalıyı takip etme yükümlülüğünün doğduğundan da haberdardır. Ancak buna rağmen Kurum gerekli takibatları yapmayarak sosyal sigorta ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Yargıtay böylelikle yasanın amacına ters bir şekilde hak düşürücü süreyi sosyal sigorta hakkını tamamıyla ortadan kaldıracak şekilde yorumlamıştır. Çalışanların çalışmaya başlamayla kendiliğinden sigortalı olacaklarına ve bu haktan vazgeçilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler sadece sigortalı için bir hak değil, Kurum ve işveren açısından da birer yükümlülüktür. Bir taraftan bu tür davalarda feragati bile kabul etmemek, diğer taraftan işe giriş bildirgesinin zamanında verildiği durumlarda bile hak düşürücü süreyi uygulamak öğretide de çelişkili bulunmaktadır.⁶¹⁷

Kanımızca, işe giriş bildirgesinin verildiği durumlarda kesintili çalışma olsa bile hak düşürücü sürenin uygulanmaması gerekir. Bu tavır Yargıtay'ın işe giriş bildirgesinin verildiği durumlarda hak düşürücü sürenin işlemeyeceğine dair kararlarına ve yasal düzenlemelere daha uygun olacaktır.

7. Dava Açma Süresinin İşlemediği Durumlar

Kurumun sigortalı çalışmaları tespit etme yükümlülüğü bulunmaktadır. İşveren tarafından Kuruma bildirilmeyen bu tür çalışmalar Kurumun yetkili memurlarınca ya da kamu kuruluşlarından alınan bilgi ve belgelerle ya da işyeri kayıt ve belgelerinden yapılan tespitlerle kayıt altına alınmışsa bu sürelerle ilişkin sigortalının dava açma hakkı bulunmamaktadır. Zira bu tür durumlarda sigortalının dava açmakta hukuki yararı yoktur. Kurumun sigortalının çalışmasından haberdar olması Yargıtayın dava açma süresi hakkındaki yasal düzenlemenin dışına çıktığı durumlardan sayılmaktadır.⁶¹⁸ Kurum sigortalı çalışmayı ilk olarak Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliği ile tespit edilen belgelerin işveren tarafından Kuruma verilmesiyle öğrenir. Bu belgeler 506 SK'nuna göre işe giriş bildirgesi, aylık sigorta primleri bildirgesi ve dört aylık sigorta primleri bordrosuydu. Bu düzenlemenin

⁶¹⁷ bkz. Koçak, 2003:231

⁶¹⁸ Öztürk, 1998

kaldırılmasıyla yürürlüğe giren 5510 SK'nuna göre bu belgeler işe giriş bildirgesi ve aylık prim ve hizmet belgesidir. İşveren bu belgelerden herhangi birisini Kuruma veriyse, Kurumun bu çalışmadan haberdar olduğu kabul edilmektedir. Bu hususlar aşağıda incelenmiştir.

a. Kuruma Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmiş Olması

Sigortalının bildirimini denince ilk yöntem işveren tarafından işe giriş bildirgesiyle sigortalının Kuruma bildirimidir. Kanunun Sigortalı Bildirimi Ve Tescili başlıklı 8. maddesi şu şekildedir: "...⁶¹⁹ İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür." Bu bildirgenin amacı sigortalı çalışmanın Kurum tarafından öğrenilmesini sağlamak ve Kurumun sosyal sigorta ilişkisi açısından sahip olduğu hak ve yetkilerin takibini sağlamaktır.⁶²⁰

Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin tespiti istemine ilişkin olan bir davada Yargıtay, işe giriş bildirgesinin Kuruma intikal ettirildiği sigortalıya ait özlük dosyasından açıkça anlaşıldığından, 506 Sayılı Kanunun 79. maddesinde yazılı 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmesinin söz konusu olmadığına karar vermiştir.⁶²¹

Sigortalılık niteliğinin fiili çalışmaya başlamayla oluştuğu düşünüldüğünde işe giriş bildirgesinin tek başına çalışma olgusunu ortaya koymadığı açıktır. Ancak, bu belge aksi ispat edilinceye kadar çalışma olgusuna karine olarak sayılmakta ve aksinin ispatı davalılara düşmektedir.⁶²² Yargıtay da verdiği kararlarda, işe giriş bildirgesi verildiyse Kurumun prim alacağını kovalama olanağı bulunduğu halde bunu yapmamasının kusur teşkil ettiğine karar vermiştir.⁶²³

⁶¹⁹ Değişik fıkra: 17/04/2008-5754 S.K./6.mad

⁶²⁰ Duman 40

⁶²¹ 10.HD , T. 28.05.2002E: 2002/4166, K: 2002/4841, kişisel arşiv

⁶²² 10HD 30.9.1999 5803 E.6210 K.

⁶²³ HGK, 22.3.1995 10-52 e., 210 k.; HGK 10.7.1996 21-509/585 , kişisel arşiv

Ancak, bu karinenin işe giriş bildirgesinin verildiği tarihten sonraki çalışmalara ilişkin olduğunu belirtmeliyiz. Yargıtay bir kararında işe giriş bildirgesinin verildiği tarihten önceki çalışma olgusu için hak düşürücü sürenin geçtiğine karar vermiştir. Bu kararda davanın yasal dayanağının belirgin olarak 506 sayılı Yasa'nın 79/8. maddesi olduğunu ve anılan maddede; yönetmelikte tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalıların dava açabileceklerinin öngörüldüğünü belirtmiştir. Bu nedenle, işe giriş bildirgesinden önceki sürenin dava tarihi itibarıyla 5 yıllık hak düşürücü süreye uğradına karar vermiştir.⁶²⁴

Yüksek mahkeme Kurumun öncelikle işe giriş bildirgesiyle sigortalı çalışmadan haberdar olduğunu kabul etmektedir. Diğer belgelerin verilmemiş olmasını hak düşürücü süre açısından dikkate almamaktadır. Bu nedenle Yargıtay bir kararında 4 aylık dönem bordrolarının verilmemiş olmasını hak düşürücü süre açısından dikkate alınmamıştır.⁶²⁵ Ancak işe giriş bildirgesi verilmemiş olmakla birlikte Kurum aylık prim ve hizmet belgesinde sigortalıya ilişkin Kuruma bir bilgi verilmişse sigortalının dava açarak bu belgelerle çalışma olgusunu kanıtlayabileceği kabul edilmelidir. Zira bu dava işverenin sadece sigortalıları Kuruma bildirim yükümünün değil, aynı zamanda prim ve hizmet belgelerinin Kuruma verme yükümlülüğünün ihlalinin de bir sonucudur.⁶²⁶ Sigortalı Kuruma bu şekilde bildirilmemişse Kurum fiili tespit sonucunda ya da diğer kuruluşlardan gelen bildirimlerden, işverenin kuruma verdiği bazı belgelerden sigortalı çalışmayı anlayabilir. Eğer Kurum kayıt dışı çalışmaya işaret eden bir belge ve bilgiyle karşılaşmışsa ve sigortalıyı kayıt altına almamışsa hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı düşüncesi Kurumun sigortalıyı takip etme imkânının bulunmasına dayanır. Buna karşılık Kurumun tepkisiz kalması görevin ihmali anlamına gelir. Ancak bu gerçeğe karşın Yargıtay çalışmayı gösteren her belgeyi delil olarak kabul etmemektedir. Nitekim işyerinden alınmış vizite kağıdına, işveren düzenlediği ve Kurumun bu olaydan haberdar olmadığı düşüncesiyle itibar etmemiştir.⁶²⁷

⁶²⁴ Yarg.HGK E. 1998/21-826 K. 1998/855T. 2.12.1998, kişisel arşiv

⁶²⁵ HD 10, E: 2002/4444, K: 2002/4909, T. 30.05.2002, kişisel arşiv

⁶²⁶ Centel, 1998:264

⁶²⁷ HGK 4.2.1998 10-882 E. 4 K. , kişisel arşiv

Kanunun 8.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca,sigortalılar,çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirirler. Ancak, sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmemektedir. Kuruma bildirgeyle kendilerini bildirmiş olan sigortalıların yaptığı bildirim de işverenin yaptığı bildirimle aynı sonuçları doğurmaktadır. Kurum bu işlemle sigortalı çalışmadan haberdar olmuştur. Sigortalıların Kuruma kendilerini bildirmemesi aleyhlerine delil teşkil etmediğini yani sigortalılık sürelerinin tespiti için dava açma haklarının ortadan kalkmadığını belirtmeliyiz.

b.Müfettiş Raporunun Bulunması

Yargıtayın dava açma süresi hakkındaki yasal düzenlemenin dışına çıktığı durumlardan birisi de Kurumun sigortalının çalışmasından müfettiş raporlarıyla haberdar olması halidir.⁶²⁸ Bir başka anlatımla,davacının çalışmalarının müfettiş raporu ile saptanması halinde, artık hizmet tespit davalarına ilişkin hak düşürücü süre işlemeyecektir.⁶²⁹ Yargıtayın yerleşmiş kararları da bu doğrultudadır.

Nitekim Sigortalının çalışmaları Kurum müfettişlerinin denetimi sonucunda tespit edilmişse Kurum bu durumdan haberdar olmuş sayılır. Bu durumda dava açma süresinden söz edilemeyecektir. Nitekim Kanun Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılardan söz ettiğine ettiğine göre işe giriş bildirgesi dışında Kurumu bu çalışma olgusundan haberdar eden belgelerin varlığı halinde hak düşürücü işlemeyecektir. Yargıtay sigortalının çalışmasının müfettiş raporlarıyla tespit edildiği durumlarda hak düşürücü sürenin işlemeyeceği yolunda bir çok karar vermiştir.⁶³⁰

Ancak raporların gerçek olmadığı her zaman ispatlanabilir. Bu durumda çalışma olgusu da mahkemece dikkate alınmaz. Müfettiş raporlarının aksinin ne

⁶²⁸ Öztürk

⁶²⁹ Evcil,95

⁶³⁰ 21.HD 1995-6785 E.1996-5048 K.,kişisel arşiv

şekilde ispatlanacağını da Yüksek mahkeme kararlarıyla ortaya konmuştur. Yargıtay bir çok kararında müfettiş raporlarının aksi eş değerde yazılı belgelerle ispat edilmediği sürece çalışmanın varlığı konusunda güçlü delil olarak değerlendirileceğine hükmetmiştir.⁶³¹

Denetim görevini yapma yetkisi 5502 SK' nunun 17.maddesi uyarınca Rehberlik Ve Teftiş Kurulu Başkanlığı müfettişlerine, aynı Yasanın 31.maddesi uyarınca sosyal güvenlik kontrol memurlarına ve 5510 SK nun 59.maddesinin yedinci fıkrası uyarınca kamu idarelerinin denetim elemanlarına aittir. Müfettişlerin görevleri arasında 5502 SK'nun 17.maddesinde kayıt dışı istihdamın önlenmesi ve sosyal sigorta suiistimalleriyle mücadele etmek, görevleriyle ilgili her tür kayıt ve belgeleri incelemek sayılmıştır. Kontrol memurlarının yetkileri Sosyal Güvenlik Kurumu Kontrol Memurları Yönetmeliğinin 9. maddesinde düzenlenmiş ve bu yetkiler arasında sigortalıların ve sigortalı olması gerekenlerin Kuruma bildirimini yapıp yapılmadığının denetlenmesi de yer almıştır. Bu kişilerin yaptığı denetimler sonucunda Kurum bu işlemlerden haberdar edilmiş sayılır. Artık hak düşürücü süreden söz edilemez. Sigorta müfettişlerinin yaptığı fiili tespitlere ilişkin önemli bir değişiklikten söz etmek gerekmektedir. 3395 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 9.7.1987 tarihinden 4958 SK' un yürürlüğe girdiği 6.8.2003 tarihine kadar yapılan fiili tespitlerde geriye dönük bir süre kısıtlaması bulunmamaktaydı. Yapılan denetimler sonucu tutulan tutanaklarla fiilen çalıştığı tespit edilen sigortalılar sigortalılıkları sağlanmış ve yargı kararları da bu tutanakları geçerli saymıştı.⁶³² Sigortalı beyanıyla yetinilmeden işyerinde tanık dinleyerek belge inceleyerek sigortalı ve işveren tarafından imza altına alınan bu tutanaklar aksi ispatlanıncaya kadar geçerli sayılmıştır.⁶³³ 5510 Sayılı Kanununun 86.maddesinin 8. fıkrasında şu düzenleme mevcuttur: *“Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca işyerinde fiilen yapılan tespitlerden ve kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden kayıt ve belgelere dayanmaksızın çalıştığı belirlendiği halde, hizmetlerinin veya prime*

⁶³¹ 10.HD 1996-10680 E., 1996 -10722 k.19.12.1996);10.HD 15.5.1997 1997-3602 1997 3679 ,kişisel arşiv

⁶³² 10.HD 26.4.1993 1993-2725 E. 1993-4251 K. kişisel arşiv

⁶³³ Çolak, Öztürk, 2006:74

esas kazançlarının Kuruma bildirilmediği anlaşılan veya eksik bildirildiği tespit edilen sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, en fazla tespit yapıldığı tarihten geriye yönelik bir yıllık süreye ilişkin kısmı dikkate alınır". Bu durum 506 sayılı Yasanın 79. maddesinde 4958 sayılı Yasanın 37. maddesi ile yapılan değişiklikle "fiilen veya işyeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden ya da kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir" şeklinde düzenlenmişti. Anılan yasal düzenlemede fiilen tespite sadece yasal yönden geçerli hizmet tespit yöntemi olarak yer verilmiş fakat Kurumca fiilen tespit hangi süreye ilişkin kısmının sigortalılara hizmet kazandırılmasında dikkate alınacağı belirtilmemiştir.⁶³⁴ 5510 sayılı Kanunda bu önemli ayrıntıya yer verilmiş olması isabetli olmuştur.

İşyerlerinde yapılan fiili tespit sonucunda çalıştığı belirlendiği halde, hizmetleri kuruma bildirilmediği anlaşılan veya eksik bildirildiği saptanan sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin, çalışmalarının mevcut olduğuna ilişkin yeterli ve inandırıcı delil ve bulgularla ortaya konulması kaydıyla, en fazla tespit yapıldığı tarihten önceki bir yıllık süreye ilişkin kısmın dikkate alınabilmesi sosyal güvenliğe yönelik büyük tehlike olduğu için eleştirilere uğramıştır. Bu şekilde tespit edilen edilen çalışmaların geriye dönük kabul edilebilmesi ancak inandırıcı ve yeterli delil olması durumunda mümkündür.⁶³⁵

c. İşverenin Resmi Kurum Olması

Resmi kurum olan işverenlerin, sigortalıyı bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmayacağı düşüncesinden hareketle davalı işverenin kamu kuruluşu olduğu davalarda hak düşürücü süre uygulanmamaktadır. Nitekim Yargıtay'a göre işverenin resmi bir kurum olması halinde işyeri kayıtları usulüne uygun olarak düzenlenmiş ve

⁶³⁴ Evcil,33

⁶³⁵ Çolak,Öztürk,2006: 75

ödenen ücretlerden sigorta primleri kesilmişse hak düşürücü süre işlemez. Bu durumda dava açma süresi çalışmanın Kuruma bildirilmediğinin öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır.⁶³⁶

Yargıtayın bu kararı eleştirilere uğramıştır.Zira bu dava türü prim ve hizmet belgesinin düzenlenmemesinin değil Kuruma verilmemesinin sonucudur.⁶³⁷ Yargıtay kamu kurumlarında geçen çalışmaların hak düşürücü süreye tabi olmadığı şeklindeki kararlarında sigorta primlerinin kesilmiş ancak Kuruma intikal ettirilmemiş olmasını gerekçe göstermiştir.⁶³⁸

Yargıtay'ın kararlarında vardığı sonucun ücretinden prim kesildiği için çalışmalarının Kuruma bildirildiğini zanneden sigortalının yararına olduğu tartışma dışıdır. Yüksek Mahkemenin bu konudaki kararlarını 'işyerinin resmi bir kuruluş olması nedeniyle davacıyla ilgili belgelerin düzenlenmesinde muvazaadan söz edilemeyeceği' hususuna dayandırdığı anlaşılmaktadır.⁶³⁹

Söz konusu davalar Kurumun hak alanına etki yapmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında karşı oy kullanan bir yargıç primler kendisine yatırılmadığından Kurumun çalışmadan haberdar olmadığını ve bu nedenle kusurlu olmadığını belirterek hak düşürücü süre nedeniyle davanın ret edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁴⁰ Bu görüşün Kurumu temel alırken zayıf durumdaki sigortalıyı göz ardı ettiği açıktır.TC Anayasasının 10.maddesi,eşitliği “ *Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” şeklinde düzenlemiştir. AİHS 14. maddesi ise ayrımcılık yasağı başlığı altında “*Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.* “ demektedir. Eşitlik ilkesi gereği sosyal

⁶³⁶ 10.HD 7.6.1993 5181/6175,Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1993 yılı kararlarının değerlendirilmesi:191

⁶³⁷ Yürekli,1997:858

⁶³⁸ 10.HD,15.2.2002 T ,2002-965 E 2002-1230 K.kişisel arşiv.

⁶³⁹ Öztürk,1998

⁶⁴⁰ 10HD 25.12.1997 9263 E.9210 K.,kişisel arşiv

sigorta ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler ve haklar açısından kamu kuruluşları da diğer işverenlerle eşit durumdadır. Aynı bakış açısıyla Kamu kuruluşlarında çalışan bir sigortalıyla özel bir işyerinde çalışan sigortalı da eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. Her iki işyerinde de sigortalıların ücretlerinden sigorta primleri kesilmiş ancak bu primler Kuruma yatırılmamışsa bu anlamda da iki sigortalı arasında hakkın özünü etkileyecek bir şekilde eşitsizlik yaratmak öncelikle Anayasaya aykırıdır. Üstelik bu dava Kurumun hak alanını etkilemekle birlikte çok daha güçsüz durumda bulunan sigortalının hakları üzerinde daha büyük oranda etki yaratmaktadır. Yargıtayın kamu kuruluşlarında çalışmış sigortalılar lehine olan bu kararının, diğer sigortalılar açısından son derece adaletsiz bir durum yarattığı kanaatindeyiz.

Sigortalı çalışmanın tespiti davasını düzenleyen Yasa maddesi değerlendirildiğinde, belgeleri işveren tarafından verilmeyen sigortalılardan söz edildiği anlaşılacaktır. Bu belgelerin Kuruma verilmemesinin nedenleri konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargıtay'ın, sigortalıyı mağdur etmemek için bulduğu yapay gerekçelerden olan, dava açma süresini yasadaki haliyle uygulamanın işverene "ihmal ve kayıtsızlığından yararlanma olanağı" tanıyacağı düşüncesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Aksine işverenin ihmal ve kayıtsızlığı prim belgelerinin Kuruma verilmediği her durumda söz konusudur.⁶⁴¹

F.KESİN HÜKÜM OLMAMASI

Uygulamada açtığı davaları ret edilen çalışanların, kayıp olan haklarını yeni davalar açarak kullanmak istedikleri görülmektedir. Dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile çözümlenmemiş olması olumsuz dava şartı olarak adlandırılır.⁶⁴² Bu koşul HUMK. Md. 237 'de de sayılmıştır. Dava şartları, mahkemelerin davanın esasına girebilmesi için aradığı kamu düzeni ile ilgili koşullardandır.⁶⁴³ Kesin hüküm de bir dava şartıdır.⁶⁴⁴ Bu nedenle yargılamanın her derecesinde resen mahkemelerce dikkate alınmaktadır.⁶⁴⁵

⁶⁴¹ Öztürk, 1998

⁶⁴² Gürdoğan, 1960, Sh.64 vd; Çenberci, 1965, 41

⁶⁴³ Gürdoğan, 1960:41

Birinci dava ile ikinci davanın konusunun, dava sebeplerinin ve taraflarının aynı olması maddi anlamda kesin hüküm oluşturur. Bu düzenleme yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir.⁶⁴⁶ Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkeme davanın her aşamasında bu şartın varlığını kendiliğinden gözetebilir. Kesin hüküm olması durumunda dava reddedilebilir. Kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, Yargıtay'da hatta bozmadan sonra da ileri sürülebilir.

Nitekim, Yargıtay, sigortalının daha önce açtığı Kuruma bildirilmemiş sigortalı hizmetlerinin tespiti davası sonucunda, mahkemece tespit edilmeyen sürelerinin tespiti için yeniden dava açamayacağına karar vermiştir.⁶⁴⁷

IV. DAVANIN KONUSU

Sigortalı hizmetin yargı kararıyla tespitinin temel koşullarından birisi saptanması istenen hizmet süresinin 5510 SK anlamında ve kapsamında sigortalı olarak geçmiş hizmetler niteliğinde olmasıdır.⁶⁴⁸ Sigortalı, sosyal sigorta ilişkisinin tespiti için açtığı davada belli bir dönemdeki çalışma süresinin ve prime esas olan kazançlarının tespitini ister. Dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da çalışma süresinin tespiti istemi, prime esas kazançlarının ve prim ödeme gün sayılarının tespiti talebini de içerir.

Prim belgelerinin süresi içinde Kuruma verilmemesi ya da eksik verilmesi durumunda işveren hakkında Kurumca idari para cezası uygulanması ve prim belgelerinin resen düzenlenmesi yanında, kendileri hakkında prim belgeleri Kuruma verilmemiş olan veya çalıştıkları Kurumca tespit edilememiş olan sigortalılara bir tespit davası açma imkanı tanınmıştır.⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ Yarg. HGK, 1997/14-516 E., 1997/751 K., T. 1.10.1997, kişisel arşiv

⁶⁴⁵ Yarg. HGK, 2008/9-142 E. 2008/127 K. T. 13.2.2008, kişisel arşiv

⁶⁴⁶ HGK, E. 1997/14-516 K. 1997/751T. 01/10/1997

⁶⁴⁷ Yarg. 10.HD, 22.10.1991 T., 5668/8221; Saraç, 1998:194

⁶⁴⁸ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 200:270

⁶⁴⁹ Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2009:267

İşverenin çalıştırmış olduğu sigortalılara ait hangi belgeleri Kuruma vermesi gerektiği (Aslanköylü, 2009:1310) Kanunda belirtilmiştir. Sigortalıların ad soyadları ve TC kimlik numaraları, prime esas kazanç tutarları, prime ödeme gün sayıları ile prim tutarlarının gösterilmesi gerekmektedir.⁶⁵⁰ Kanunun 86.maddesinin 1.fikrasında bu durum açıklanmıştır. Bu düzenlemeye göre işveren sigortalıların

a) Ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını,

b) 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını,

c) Prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

Kanunun 86.maddesinin 9.fikrasında ise aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalıların, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarının dikkate alınacağından söz etmiştir.

506 SK'nun 79.maddesinin 1.fikrasında ise işverenin, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalının sigorta primleri ve destek primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile bu primleri gösteren ve örneği yönetmelikle belirlenen asıl veya ek belgeleri ait olduğu ayı veya dönemi takip eden ayın sonuna kadar Kuruma vermekle yükümlü olduğunu belirtmişti. Yani verilmesi gereken belgelerin tespitini yönetmeliğe bırakmıştı.⁶⁵¹

Sigortalının açtığı dava işverenin Kuruma vermediği bildirimlerde bulunması gereken hususların tespiti istemidir. Bu nedenle mahkeme tespiti istenen dönem için sigortalının aylar itibariyle prim ödeme gün sayıları ile çalışma dönemindeki bir günlük ücretini belirlemek zorundadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir

⁶⁵⁰ Uşan,2009:156

⁶⁵¹ Aslanköylü, 2009:1310

kararında, davacının hizmet tespiti davasında belli bir dönemdeki çalışmalarının tespitini istediğini ve bu isteğin, dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da prime esas kazançlarının ve prim ödeme gün sayılarının tespiti talebini de içerdiğine karar vermiştir.⁶⁵²

V.GÖREVLİ MAHKEME

Görev, davaya hangi mahkeme tarafından bakılacağını ifade eden bir kavramdır. Belirli bir dava hakkında görevli mahkemeyi belirlemeden önce davanın özel mi genel mahkemede mi görüleceği belirlenmektedir. Açık bir kanun hükmüyle özel görev kuralları belirlenmişse genel mahkemelerin değil özel mahkemelerin görevli olduğu kabul edilmektedir.⁶⁵³ Genel mahkemeler ,aynı yargılama hukukunun alanına giren tüm uyuşmazlıkları karara bağlamak üzere oluşturulan mahkemelere denilmektedir. Özel mahkemeler ise belirli kişiler yahut belirli meslek mensupları arasındaki uyuşmazlık ile belirli türdeki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak amacıyla oluşturulan yargı yerleridir. Genel mahkemelerin bakacakları davalar belirli kişi ve iş grupları ile sınırlandırılmamış olup, aksi belirtilmedikçe, medeni yargılama hukukuna giren her türlü işe bakmakla görevlidir. Özel mahkemeler ise belirli kişiler arasında veya belirli uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir. İş mahkemelerinin görevleri de istisnai nitelikte olup yorum yoluyla genişletilemez.⁶⁵⁴

5510 S.K'nun 101.maddesi,Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğini belirtmiştir.⁶⁵⁵ 506 sayılı yasanın 134.maddesinde de: *"Bu kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür."* düzenlemesi mevcuttu.

Bu davalarda ortaya çıkan görev uyuşmazlıkları daha çok sigortalının davacı sıfatına sahip olup olmadığının tespiti noktasında ortaya çıkmaktadır. Başka bir anlatımla,davacının Yasa kapsamında sigortalı olup olmadığının tespitinde zaman

⁶⁵² Yarg.HGK.E,2004/21-226 K., 2004/223 , T. 14.4.2004,kişisel arşiv

⁶⁵³ Kuru/Arslan/Yılmaz 99

⁶⁵⁴ Yarg.HGK,Tarih: 26.2.2003,Esas: 2003/21-95 Karar: 2003/113,kişisel arşiv

⁶⁵⁵ HGK 22.1.1975 412 E.,55 K,kişisel arşiv

zaman sorun yaşanmaktadır. Yargıtay bir kararında, ev hizmetlerinde devamlı çalıştığıın tespiti için iş mahkemesinde dava açan bir sigortalının davasının temyiz incelemesinde, görevsizlik kararı verilmesini usule ve yasaya aykırı bulmuştur.⁶⁵⁶

Yüksek mahkeme bir başka kararında davacının evde çocuk bakımı ve ev işlerinde ücretle sürekli çalışmasının 506 sayılı Yasa 3/1-D fıkrası kapsamında kaldığını; davacının talebinin sosyal güvenlik hakkına ilişkin hizmet tespiti davası olduğunu, İş Kanunundan kaynaklanan bir uyuşmazlığın dava konusu yapılmadığını belirterek genel mahkemelerin görevli olduğu sonucuna ulaşılmasını usul ve yasaya aykırı olmuştur.⁶⁵⁷ Ancak 1475 sayılı İş Kanununun 5/4. maddesinde “ev hizmetlerinde” çalışanlar bu son kanun kapsamı dışında bırakıldıkları için davacı kadın ile davalı gerçek kişi arasındaki ilişkiden doğan alacaklarla ilgili uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesini yasaya uygun bulmamıştır.⁶⁵⁸

İş mahkemeleri Kanununun 1.maddesinde “ İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri “ kurulacağı belirtilmiştir. İş mahkemelerini bulunmadığı yerlerde görevli mahkemeyi belirlemek zaman zaman sorunlara yol açmaktadır. İş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakma görevi iş mahkemesi olmayan yerlerde 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1.maddesi gereğince iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerine aittir. Keza 5521 SK’nun 7.maddesi, Anayasanın 141.maddesi, HUMK 473–491 maddeleri uyarınca da davaların süratli bir şekilde karar bağlanması için sözlü usulün uygulandığı iş mahkemeleri görevlidir.⁶⁵⁹ 5510 SK’unda da uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak iş mahkemeleri belirtilmiştir.

⁶⁵⁶ 10. HD., 2002/2921 K. 2002/3299T. 15.4.2002, kişisel arşiv

⁶⁵⁷ 21. HD 2003/10681K. 2003/9534T. 18.11.2003, kişisel arşiv

⁶⁵⁸ 9. HD, 2001/1079K. 2001/3913T. 14.3.2001

⁶⁵⁹ Çakmak, 2005:730

Birden fazla Asliye Hukuk Mahkemesi bulunan yerlerde ise iş davalarına bakacak mahkeme Yüksek Hakimler Savcılar Kurulu tarafından belirlenmektedir. Bu durumda iş mahkemesine bakmak üzere yetkilendirilmiş bulunan asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Nitekim Yargıtay asliye hukuk mahkemesinde açılmış işçilik haklarıyla ilgili bir davada o mahkemenin görevli olduğuna Yüksek Hâkimler Savcılar Kurulu karar verdiğyse davanın görev yönünden ret edilemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁶⁰

İş Mahkemeleri Kanununun 15.maddesi uyarınca bu Kanunda düzenlenmeyen hususlarda HUMK hükümleri uygulanmaktadır. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğu için yapılacak bir sözleşmeyle iş mahkemelerinin görevi ortadan kaldırılamaz.

Diğer taraftan ayrı bir iş mahkemesi olduğu halde bazı sigortalıların asliye hukuk yada sulh hukuk mahkemelerinde dava açtıkları görülmektedir. HUMK Madde 7 'de düzenlenen *“Diğer bir mahkeme yahut idari makam veya yargı merciinin görevine giren bir dava veya iş kendisine arz olunan mahkeme, duruşma yapmadan görevsizlik kararı verebileceği gibi davanın her safhasında kendiliğinden görevli olmadığına da karar verir ”* hükmü gereğince görev konusu hakim tarafından resen dikkate alınır ve davanın her aşamasında ileri sürülebilir.⁶⁶¹ Bu durumda mahkeme dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir. Ancak dosyayı kendiliğinden görevli mahkemeye gönderme yetkisi yoktur. Davacının, görevsizlik kararına karşı temyiz süresinin sona erdiği veya Yargıtay'ın onama kararının tebliğinden itibaren on gün içinde görevli mahkemeye başvurarak davalıya tebligat yaptırması gerekir. Aksi halde,dava açılmamış sayılmaktadır.⁶⁶²

HUMK 193.maddede düzenlenen 10 günlük yasal süre, önceki davada dava dilekçesinin yetki yönünden reddine ilişkin kararı onaylayan Yargıtay ilamının öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Yani yetkisizlik ya da görevsizlik kararının Yargıtay tarafından onanmasının öğrenildiği tarihten itibaren 10 gün içinde

⁶⁶⁰ HGK 13.9.1974 9-563E. 938 K. kişisel arşiv

⁶⁶¹ Kuru/Arslan/Yılmaz 130

⁶⁶² Duman 70

davacının yetkili ya da görevli mahkemeye başvurması durumunda sonra açtığı dava ilk davanın devamı niteliğinde sayılır. İlk davada kazanılmış olan haklar da saklı tutulmaktadır.⁶⁶³

Görev itirazı yetki itirazıyla aynı anda yapılabilir. Ancak öncelikle mahkemenin görev konusunu ele alması gerekir.⁶⁶⁴ Bazı adliyelerde iş davalarına bakan asliye hukuk mahkemesine dava açılırken başlık olarak sadece asliye hukuk mahkemesi başlığı kullanılmaktadır. Bu durumda mahkemenin görevsizlik kararı vermemesi iş davalarına bakmakla görevli mahkeme sıfatıyla davayı sonuçlandırması gerekmektedir.⁶⁶⁵

VI. YETKİLİ MAHKEME

Yetkili mahkeme bir davaya hangi yerdeki mahkeme tarafından bakılacağını tanımlayan bir kavramdır. 506 Sayılı Kanunun 134.maddesinde kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların yetkili iş mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştı. 5510 SK unun 101.maddesi ise bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğini belirtirken yetki konusunda bir açıklama yapmamıştır.

İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinde ; “İş Mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakabilir. Buna aykırı sözleşmeler muteber sayılmaz” hükmü yer almaktadır. Burada yetkili bulunan mahkemelerden herhangi birinde dava açılması davayı açanın isteğine bırakılmıştır.⁶⁶⁶ Yargıtay'a göre, iş mahkemelerinin yetkisini düzenleyen İş Mahkemeleri Kanununun (İMK) 5. maddesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklara ilişkindir. Bu nedenle maddenin sigortalı hizmetin tespiti davalarında

⁶⁶³ 10.HD 12.5.1975 3667 E. 2728 K ;Kuru-Aslan Yılmaz 133

⁶⁶⁴ 9.HD 27.11.1997 16247E 19869 K

⁶⁶⁵ İlhan,2000:34

⁶⁶⁶ Evcil,103

uygulanma imkanı yoktur. Dolayısıyla yetkili mahkemenin HUMK' göre belirlenmesi gerekmektedir.⁶⁶⁷

Yetki kuralını düzenleyen HUMK m.9, her davanın, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görüleceğini bir genel kural olarak ortaya koymuştur. HUMK 9.maddede davalının ikametgâhı belli değilse, davaya Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılacağı belirtilmiştir. Anılan maddeye göre davalının birden fazla olduğu durumlarda ise, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılabilir. Ancak davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belli edilmiş ise, davaya o mahkemede bakılmaktadır. Davanın, sırf davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığına ilişkin belirtiler veya deliller bulunuyorsa ,mahkeme o davalı hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verebilmektedir. Sigortalı hizmetin tespiti davasında davalı olan taraf işveren ve Kurumdur. Söz konusu davalarda davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 9 ve 17. maddeleri uyarınca dava bunlardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Davacının, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 9 ve 17. maddelerinin kendisine verdiği seçme hakkı çerçevesinde davasını, davalılardan Sosyal Sigortalar Kurumunun şubesinin bulunduğu İş Mahkemesinde açmasına engel yoktur. Davanın, sırf davalılardan birinin kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığına dair belirtiler veya deliller varsa, itiraz üzerine mahkeme yetkisizlik kararı verebilir.⁶⁶⁸ Ancak,davanın sırf davalı işvereni başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı iddiasını ispat edilememesi halinde yetkisizlik kararı verilemez.⁶⁶⁹

Nitekim Yüksek Mahkeme kararları da davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunması karşısında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 9. ve 17.

⁶⁶⁷ 10.HD E. 2002/2764 K. 2002/3129 T. 08.04.2002 kişisel arşiv

⁶⁶⁸ Alangoya:98

⁶⁶⁹ 10.Hukuk Dairesi E. 2002/2764 K. 2002/3129 T. 08.04.2002,kişisel arşiv

maddeleri uyarınca dava davalılardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir şeklindedir.⁶⁷⁰

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Yasasının 7. maddesine göre iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanmaktadır. Aynı Yasanın 15. maddesi ile de bu yasa da açıklık bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının uygulanması gerekeceği hükme bağlanmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 478. maddesi ile sözlü yargılama usulünde ilk itirazların esasa girilmeden, ilk oturumda bildirilmeleri gerekmektedir. Bu konuda hakimin taraflara önel tanınmasına ve dolayısıyla yasa tarafından öngörülmüş kesin süreyi ortadan kaldırmasına olanak yoktur. Ancak HUMK 187/2. maddesi ile ilk itirazlardan olan "yetkisizlik iddiasının" belirtilen süre aşılarak yapılmış olması durumunda mahkeme yetkisizlik kararı veremez.⁶⁷¹ Yetki durumuna itiraz edilmemesi halinde mahkemenin yetkisi kabul edilmiş sayılmaktadır.⁶⁷² Yargıtayın yukarıdaki kararları buradaki yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olduğunu dikkate almadığı için öğretide eleştirilmiştir.⁶⁷³

Yetkisiz olduğuna karar vermesi durumunda HUMK 21. uyarınca mahkeme yetkili mahkemeyi kararında göstermek zorundadır. Ayrıca, kararda davanın yetki yönünden ret edildiğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay bir kararında dava dilekçesinin yetki yönünden reddi şeklinde karar verilmesi gerekirken davanın reddine şeklinde hüküm kurulmasını bozma nedeni yapmıştır.⁶⁷⁴

Kurumun şubesinin bulunduğu yerde dava açılabilmesi için, uyuşmazlığın dava açılan şubenin muamelesinden kaynaklanmasının gerekip gerekmeyeceği noktasında tartışmalar doğmuştur. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı, 5521 sayılı Yasanın yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 17. maddesidir. Anılan maddede, hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde

⁶⁷⁰ 10. HD, 08.04.2002T., E. 2002/2764 K. 2002/3129 kişisel arşiv

⁶⁷¹ 10. HD, 14.9.1973T., 168 E., 200 K. kişisel arşiv

⁶⁷² Yarg. HGK 12.12.1962 T E: 4/155, K:108 ;10.HD 2002/2764 K. 2002/3129 T. 08.04.2002, kişisel arşiv

⁶⁷³ Kuru /Arslan/Yılmaz s.705;Şahlanan; İş Yargılaması, 404,aktaran Duman,2002:74

⁶⁷⁴ 10 HD 14.9.1973 168 E.,200 K; kişisel arşiv

şubeleri bulunduğu takdirde, o şubenin muamelesinden dolayı, o şubenin bulunduğu mahalde dahi davanın ikame edilebileceği hükme bağlanmıştır. Yasada belirtilen şube işleminden amaç, genel müdürlük adına işlem yapmaktır. Başka bir anlatımla, "muamelenin doğrudan şube işleminden kaynaklanması zorunlu olmayıp Genel Müdürlük adına işlem yapmak üzere dava açılan yerde şubenin bulunması yeterlidir.⁶⁷⁵ Bu nedenle, Kurumun genel merkezinin bulunduğu yer mahkemesi ve şubelerin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili olabilmektedir. Anayasanın 141/son maddesi gereğince, hakimin en az giderle ve en kısa sürede davayı sonuçlandıracağı hükmü karşısında kurum avukatlarının, şubenin bulunduğu yerlerde davalarda, genel müdürlüğü temsilen katıldıkları düşünülmüş olarak davanın şubede de açılabilmesi kabul edilmektedir.⁶⁷⁶

Genel anlamda yetki kuralları kamu düzenine ilişkin sayılacağından HUMK m.9 uyarınca tarafların yazılı bir anlaşmayla yetkili mahkemeyi değiştirmeleri mümkündür. Ancak İMK'nun 5 maddesinin 2. fıkrasının c bendi uyarınca Kanunda belirlenmiş yetki kuralları ise kamu düzenine ilişkin olduğundan söz konusu hükme aykırı bir yetki sözleşmesi yapılamamaktadır. Bu nedenle iş uyuşmazlıklarında yetkili mahkemeyi değiştiren yetki sözleşmeleri geçerli değildir.⁶⁷⁷

Gerçekten de İMK'nun 5. maddesinde iş davalarının davacının ikametgahı veya davalının çalıştığı işyerinin bulunduğu mahkemede açılabilmesi belirtildikten sonra "bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz" ifadesiyle yetki sözleşmesi yapılması yasaklanmıştır.

⁶⁷⁵ 21 HD Esas : 2001/277 Karar: 2001/649 Tarih: 05.02.2001; 21 HD Esas : 1999/6912 Karar: 1999/6639 Tarih: 07.10.1999; 21 HD Esas : 2003/5723 Karar: 2003/6511 Tarih: 08.07.2003; 21 HD Esas : 2001/277 Karar: 2001/649 Tarih: 05.02.2001, kişisel arşiv

⁶⁷⁶ 21 HD Esas : 2003/10903 Karar: 2003/10063 Tarih: 09.12.2003; 21 HD Esas : 2003/7375 Karar: 2003/7217 Tarih: 23.09.2003, kişisel arşiv

⁶⁷⁷ Şahlanan, 403 akt. Duman, 2002:74

VII. SÖZLÜ YARGILAMA USULÜNÜN GEÇERLİLİĞİ

5521 sayılı yasanın 7. maddesi açıkça iş mahkemelerinde sözlü yargılama yönteminin uygulanacağını düzenlemiştir. Anılan maddede bu durum belirtildikten sonra sözlü yargılamaya özgü kurallar belirtilmiştir. Buna göre ilk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik edecek,uzlaşamadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilecektir. İş mahkemelerinin kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen sözlü yargılama usulünde, bir hüküm bulunmaması halinde İMK'nun 15. Maddesi hükmü gereği "...Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri..." uygulanacaktır.⁶⁷⁸ İş mahkemelerinde görülen sosyal sigorta ilişkisinin tespiti davaları kamu hukuku karakterli olduğu için uzlaşmayla çözülemeyeceği açıktır. Uygulamada Kuruma karşı açılan diğer davalarda taraflara uzlaşma önerisinde bulunulduğu görülmektedir. Bu nedenle bu davalardaki yargılama usulüne ilişkin ayrı bir düzenleme yapılması daha doğru olacaktır. Zira sözlü yargılama usulüne tabi bir davada,bu hükmün en temel koşulunun uygulanamayacak olması çelişki doğurmaktadır. Aşağıda ana hatlarıyla belirttiğimiz sözlü yargılama hukukunun,genel usul kurallarından farklı yönleri iş mahkemelerinde de uygulanmaktadır.⁶⁷⁹

Sözlü yargılama usulü HUMK m.474'de düzenlenmiştir. Bu usule tabi davalar kural olarak yazılı dava dilekçesi ile açılırsa da taraflar birlikte iş mahkemesine sözlü olarak da başvurabilirler. Ancak bu durumda tarafların iddia savunma, sebep ve delillerini gösterir şekilde bir dava zaptı vermeleri gerekmektedir. Anılan maddede tarafların ikisi veya biri yazı yazmayı bilmiyorlarsa,iş mahkemesi hakiminin tarafların iddia ve savunmalarının, sebep ve delillerinin neler olduğunu katibe yazdıracağı belirtilmiştir.

Hakim delil sunumu için bir süre verebileceği gibi, tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmaları için kendilerini dinleyerek ve gerek gördüğü delillerin gös-

⁶⁷⁸ HGK Esas: 2005/21-66 Karar: 2005/93 T. 23.02.2005

⁶⁷⁹ BOZKURT:37

terilmesini ve verilmesini emredebilir.⁶⁸⁰ Tarafların yargılama bitinceye kadar iddialarının gerçek olduğunu ispatlamak için yeni delil gösterme hakları vardır.⁶⁸¹

Sözlü yargılama usulünde deliller,diğer tarafa tebliğe gerek olmaksızın incelenmektedir. İki tarafın ifadeleri ve tanık ifadeleri,bilirkişinin görüşleri,keşif işlemleri özet olarak hakim tarafından tutanağa geçirilir.⁶⁸²

Delillerin incelenmesi bittikten sonra hakim, her iki tarafa iddia ve savunmalarını kısa bir süre içinde yazılı olarak bildirmeleri için mehil verebilir.⁶⁸³ Duruşma sonunda hakim iki tarafın son sözlerini dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder.

VIII. DAVANIN TARAFLARI

Sosyal sigorta ilişkisinin tespiti davası,5510 sayılı Yasanın 4.maddesinin a bendi kapsamında sigortalı sayılan,işyerinde çalıştığı halde işe giriş bildirgesi veya prim belgeleri Kuruma verilmemiş ve çalıştıkları Kurum tarafından tespit edilmemiş sigortalılar tarafından açılabilir.⁶⁸⁴ Sigortalının öldüğü durumlarda hak sahibi olan yakınları da dava açabilirler. Davalı taraf ise işveren ve işveren gibi sorumlu olanlarla Kurumdur. Bu şahıslar aşağıda incelenmiştir.

A.DAVACI TARAF

1.Sigortalı

Sigortalı hizmetin tespiti davasını açabilecek olanlar Kanunun lafzından ve yorumundan çıkan şekliyle,iş ilişkisi kural olarak hizmet akdine dayanan, Kanunda sayılan istisnalara girmeyen ve işini işverene ait işyerlerinde yapan kişilerdir.⁶⁸⁵ Sigortalı kavramı, 5510 sayılı Yasanın 3.maddesinin 6.fıkrasında tanımlanmıştır.

⁶⁸⁰ HUMK. m.486

⁶⁸¹ HUMK.m. 482

⁶⁸² HUMK. m. 487

⁶⁸³ HUMK. m.488

⁶⁸⁴ Demircioğlu / Güzel,127

⁶⁸⁵ Yarg.HGK E. 2004/21-226 K. 2004/223 T. 14.4.2004,kişisel arşiv

Buna göre sigortalı, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi veya kendi adına prim ödemesi gereken kişidir. Ancak inceleme konumuz hizmet akdine dayanan sosyal sigorta ilişkisinin tespiti olduğundan ve bu dava Kanununun 86.maddesinde düzenlendiğinden,dava açabilecek olanlar Kanununun 4.maddesinin birinci fıkrasının a bendi gereği sigortalı olan sosyal sigorta sigortalıdır.⁶⁸⁶

Bu davanın amacı hem sigortalının hem de Kurumun çıkarlarını korumak, mağdur durumda olan sigortalının,tüm primleri ödenmekte olan bir sigortalıyla aynı statüye getirilmesini sağlamaktır.⁶⁸⁷ Aylık prim ve hizmet belgesi Kuruma verilmeyen sigortalılar yanında,bu belgedeki prim ödeme gün sayıları,prime esas kazan tutarları eksik gösterilen kişilerin de dava açma hakkı olduğu düşünülmektedir. Bu davanın amacı,sigortalıyı Kuruma bildirimli çalışıyadı sahip olacağı konuma getirilmesi olduğuna göre,bu davayla birlikte,bildirimsiz çalışmanın yol açtığı kayıpların da istenebileceği düşünülmektedir. Ne yazık ki uygulamada tespit davalarında bu tür taleplere yer verilmemekte;verilse de mahkemelerce bu istemler dinlenmemektedir. Ancak tespit davasının sonucunda bu tür kayıpların tazmini için dava açılmasına engel bir durum bulunmadığı kanaatindeyiz. Sigortalı,kayıt dışı çalıştırıldığı dönemde oluşan hastalık,analık,Kurumun haberdar olmadığı meslek hastalığı,iş kazası gibi olaylar nedeniyle uğradığı kayıpları tazminat hukuku çerçevesinde işverenden geri isteyebileceği düşünülmektedir. Bu açıklamalar çerçevesinde bu davayı açabilecek sigortalıların hizmet akdine dayalı olarak Kuruma bildirimsiz olarak çalıştırılan ve bu nedenle ekonomik ve soyal güvenlik hakkı olumsuz etkilenmiş kişiler olduğu söylenebilir.

Yargı kararları,davacının hizmetinin sigortalı bir hizmet niteliğinde olmasının gerektiği şeklindedir.⁶⁸⁸ Burada sigortalı olarak kastedilen 506 Sayılı Kanun dönemindeki sigortalılar yani 5510 Sayılı Kanununun 4.maddesinin a bendi kapsamında sigortalıdır.

⁶⁸⁶ AKIN,27

⁶⁸⁷ Sözer,1991:77

⁶⁸⁸ Yarg.,10.HD.,30.1.1985 T., 188/297, akt., Güzel, 1985:194

Bu davanın yasal dayanağı Kanunun 86.maddesini dokuzuncu fıkrası olduğu ve bu madde ,aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalıların dava açma hakkını düzenlediği için,bu davayı açabilecek olanların,bu belgesi verilmeyen ve çalıştıkları Kurum tarafından tespit edilemeyen sigortalılar olduğu kabul edilmektedir.

Bu nedenle söz konusu davalarda davacının zorunlu sigortalı olup olmadığı araştırılmalıdır. İşyerinin kanun kapsamına girmesi ya da girecek nitelikte olması yapılan işin hizmet akdi olması ve Kanunda sayılan bazı istisnalar içine girmek gerekmektedir. Öncelikle dava konusu hizmet ilişkisinin tarafı olan ve çalışmalarından ötürü hak ettiği halde Kuruma bildirilmemiş olan veya Kurumca tespit edilememiş olan sigortalılar dava açabileceklerdir.⁶⁸⁹

Sigortalı hizmetin tespiti davasında davacı, tespitini istediği süreler bakımından sigortalı niteliğini taşıyan kişilerdir. Davacının taraf sıfatına sahip olabilmesi için bu niteliğe sahip olması şarttır. Yargıtay kararlarında söz konusu şart, aktif husumet ehliyeti olarak adlandırılmakta ve davacı sigortalı niteliğine haiz değilse dava aktif husumet ehliyeti yokluğundan ret edilmektedir. Davacı sıfatının tespitinde en önemli husus öncelikle hizmetin sigortalı bir hizmet olup olmadığıdır. Bu konuda yaşanan sıkıntılar daha çok davacının Kanun kapsamında sigortalı niteliğini taşıyıp taşımadığı noktasında doğmaktadır. Uygulamada davacı sigortalı niteliğine sahip değilse dava taraf sıfatının yokluğundan reddedilmektedir. Çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu ancak koşulları varsa inceleme konusu yapılmaktadır.⁶⁹⁰

Taraf ehliyeti dava şartlarından olduğundan yargılamanın her aşamasında mahkeme tarafından resen göz önünde tutulmaktadır. Aynı işyerinde çalışmış sigortalıların birlikte aynı işverene karşı dava açmalarının kabul edilmediğini belirtmeliyiz. İhtiyari dava arkadaşlığı olarak adlandırılan söz konusu durum,HUMK m.43'de düzenlenmiştir. Maddede dava konusu hak ve borçların aynı olması veya dâvanın, her biri hakkında aynı sebepten oluşması öngörülmüşken bu davalarda

⁶⁸⁹ Duman,2002:77

⁶⁹⁰ Yarg.HGK E: 2004/21-226 K: 2004/223 T: 14.4.2004,kişisel arşiv

sayılan şartların oluşmadığı açıktır.⁶⁹¹ Sigortalıya ilişkin bilgilere daha önceki bölümlerde değinildiğinden ayrıntılı anlatılmayacaktır.

Bir davanın sujesi olabilmek için öncelikle taraf ehliyeti ve dava ehliyeti dava şartı olarak göz önünde bulundurulmaktadır. MK m.8 ve m.46 uyarınca gerçek ve tüzel kişilerin, medeni haklardan istifade ehliyeti vardır ve dolayısıyla bir davada taraf ehliyetleri de vardır.⁶⁹² Dava ehliyeti ise bir davayı kendi başına ya da vekille takip etme ve usuli işlemleri yapabilme yeteneğini ifade eder.⁶⁹³ Bu nedenle 18 yaşından küçüklerin böyle bir davayı açıp açamayacağı hususuna değinmek gerekmektedir. Mümeyyiz küçüklere ait dava ehliyeti medeni hukuk açısından değerlendirildiğinde,kendisine ana ve babası tarafından bir meslek ve sanatla uğraşmasına izin verilen küçüklerin,meslek ve sanatın gereği olan işlemlerle ilgili dava ehliyetinin olduğunu kabul etmek gerekir.⁶⁹⁴

Belirtmeliyiz ki,18 yaşından önce geçen çalışmalarla ilgili olarak dava açma hakkını engelleyen herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Yargıtay, sigortalının çalıştığı dönemde 18 yaşından küçük olmasını dava açmada hukuki yarar şartını ortadan kaldırmadığına karar vermiştir.⁶⁹⁵ Ayrıca,bu tür davalarda hak ve borçlar ortak olmadığı için HUMK m.43'de düzenlenen dava arkadaşlığı kabul edilmemektedir.⁶⁹⁶

2.Sigortalının Geçindirmekle Yükümlü Olduğu Kişiler

Sosyal sigorta yardımlarından yararlanmada, sigortalı tek başına değil, geçindirmekle yükümlü olduğu kişilerle birlikte düşünülmüştür. Ancak sigortalının eş ve çocuklarının; bazı durumlarda ana ve babasının bu yardımlardan yararlanabilmesi sigortalının ölümü halinde mümkündür.⁶⁹⁷ Kanunda 86.maddede sözü edilen davayı açma hakkına,ölümü halinde hak sahiplerinin de sahip olup

⁶⁹¹ Duman,2002:81

⁶⁹² Duman,2002:76

⁶⁹³ Kuru, Aslan, Yılmaz,1997:224

⁶⁹⁴ Duman,79

⁶⁹⁵ Yarg.10.HD,8.10.1985, 5285/5143,Güzel,1985:197

⁶⁹⁶ Duman,2002:81

⁶⁹⁷ Tuncay, 2000:172

olmadığı hakkında bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, maddenin amaca göre yorumundan sigortalının ölümü halinde, hak sahibi olan dul eşi ve çocukları ile anne ve babasının da bu davayı açabilecekleri sonucuna varmak gerekir.⁶⁹⁸

Sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişiler, kanunun 3.maddesinin 10 numaralı bendinde belirtilmiştir. Bu düzenleme,

a) sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan eşini,

b) 18 yaşını doldurmamış, lise ve dengi öğrenim gören aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim gören 20 yaşını aşmamış çocukları, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın, malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını,

c) geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babasını kapsamaktadır.

Bu kişiler doğrudan Kurumla ilişkisi olmadıkları halde sosyal sigorta yardımlarından yararlandırılmışlardır.⁶⁹⁹ Hukuki yararları varsa sigortalının ölümü halinde sigortalının geçindirmekle yükümlü olduğu kişiler sosyal sigorta ilişkisinin tespiti için dava açabilirler.⁷⁰⁰ Sigortalının ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babası Kanunun 3.maddesinin 7 numaralı bendinde hak sahibi olarak belirtilmiştir. Hak sahipleri, sigortalının sosyal sigorta ilişkisi dolayısıyla sigorta yardımlarından yararlanma imkanına sahiptirler. Ancak söz konusu dava sigortalı, işveren ve Kurum arasındaki sosyal sigorta ilişkisine dayandığı için tespiti istenen dönemde bu kişilerin sigortalılık niteliğinin de araştırılması gerekmektedir. Sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi koşuluyla, talep hakkının doğması gerekir.⁷⁰¹ Aksi halde dava hukuki yarar yokluğundan red edilmektedir.

⁶⁹⁸ Tuncay / Ekmekçi,2005;247.Evcil,106

⁶⁹⁹ Duman,2002:82

⁷⁰⁰ Çenberci,1985:312

⁷⁰¹ HGK E.1998/21-826 K.1998/855,T.02.12.1998,kişisel arşiv

Aile bireylerinin sosyal sigorta ilişkisi ve hakları sigortalınınkinden ayrı ve bağımsızdır. Bu nedenle,onların sigortalının yaşamında Kanunda belirtilen hakları için bizzat taraf sıfatına sahip olmasının gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁰² Sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin açacağı davada hak düşürücü sürenin başlangıç anının tespiti önem arz etmektedir. Hak sahiplerince açılacak tespit davalarında hak düşürücü sürenin başlangıcı yönünden, davanın yasal dayanağını oluşturan Kanun maddesinde açık bir kurala yer verilmemiştir. Bu kural Yüksek mahkeme tarafından oluşturulmuştur.

Dava açma süresinin,hak sahiplerince açılacak davalarda aynen uygulanması halinde, ortaya telafisi imkansız hak kayıpları doğacağı ve Anayasal sosyal güvenlik hakkının hukuken ortadan kalkacağı endişesi ile Yüksek Mahkeme dava açma süresinin murisin ölümünden itibaren yeniden başlayacağına hükmetmiştir.⁷⁰³ Gerçekten de hak düşürücü sürenin dolmasına çok az bir süre kala,miras bırakanın ölmesi halinde hak sahipleri açısından telafisi güç hak kayıplar meydana gelebilir. Hak sahipleri daha sorunu kavramadan ve dava hakkına ilişkin kanıtları toplayamadan hak düşürücü süre geçebilir.⁷⁰⁴

Hak sahibi yönünden hak düşürücü sürenin muristen kendisine sigortalılık tespit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlaması isabetli bir karardır. Ne var ki; muris tarafından kullanılmamış ve hak düşürücü sürenin gerçekleştiği bir durumda artık hak sahibine intikal edecek bir dava hakkının da söz konusu olamayacağı kuşkusuzdur.⁷⁰⁵

Sigortalının yakınları ile Kurum arasında da kamu hukuku karakterli bir borç ilişkisi mevcuttur.⁷⁰⁶ Bu nedenle, hizmetin tespiti davasını,sigortalının ölüm tarihinde hak düşürücü süre geçmediyse sigortalının yakınları da açabileceklerdir.Bu davayı sigortalı öldüyse sigortalının aile bireyleri açabilir. Sigortalının eşi, geçindirmekle yükümlü olduğu çocukları ve bakmakla yükümlü olduğu ana ve babasıdır. Yani ana

⁷⁰² Öztürk

⁷⁰³ HGK E.1998/21-826,K.1998/855,T.02.12.1998,kişisel arşiv

⁷⁰⁴ HGK,E.1998/21-826,K.1998/855, T.02.12.1998,kişisel arşiv

⁷⁰⁵ Yarg.,21. HD., 27.04.1999, E.1999/ 2735, K.1999/2874

⁷⁰⁶ Sözer,1991:28

baba olmak çocuk olmak yererli değil geçindirmekle yükümlü olması şartı da aranmaktadır.

B. DAVALI TARAF

Kanunda sigortalı hizmetin tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Bu konudaki boşluk mahkeme içtihatlarıyla doldurulmuştur. Ancak Yargıtay içtihatları zaman içinde değişiklik göstermiştir.⁷⁰⁷ Önceleri sadece işverene husumet yöneltirken son yıllarda Kuruma da husumet yöneltmesi zorunlu hale gelmiştir. Aşağıda davalı taraflar incelenmiştir.

1.İşveren

Kanunun 12.maddesinde sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak tanımlanmıştır. Davanın bu niteliğe sahip olan kişiye,kişilere karşı açılması gerekmektedir. Belirtmeliyiz ki,sigortalıyı çalıştıran kişinin belirlenmesi bazı durumlarda zor olabilmektedir. Yargıtay bir kararında davacının pasif husumet yönelttiği gazetenin bütün işverenlerinin belirlenmesi için basın yayın Genel Müdürlüğünden işverenlerin sorulmasına; gazetenin,başka işverenleri varsa diğer işverenlerin davaya dahil edilerek davanın görülmesine karar vermiştir.⁷⁰⁸ Yargıtay hizmet tespiti davalarında tespiti istenen sürede işyerinde işveren olarak bulunanların tümünü zorunlu dava arkadaşı olarak tanımlamıştır.⁷⁰⁹

Yargıtay ilk kararlarında sadece işverenin,pasif husumet ehliyetinin olduğu yönünde kararlar vermiştir.Bu kararlarında Kurumun herhangi bir uyuşmazlık çıkarmadığını, sigortalının elinde mahkeme ilamı yokken varlığı iddia edilen çalışmaların kabul edilmemesinin doğal olduğunu gerekçe göstermiştir.⁷¹⁰ Ancak daha sonra bu kararlarını değiştirerek Kuruma da husumet yöneltmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁷⁰⁷ Öztürk

⁷⁰⁸ 10 HD 26.2.1998 1097 E 1320 K.

⁷⁰⁹ Yarg.HGK 10.HD E: 2005/7867 K: 005/11916 T: 21.11.2005,kişisel arşiv

⁷¹⁰ Öztürk

İşverenin şirket olması durumunda tüzel kişiliğe sahip olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. İşveren eğer tüzel kişiliğe sahipse, husumetin tüzel kişiliğe yöneltilmesi zorunludur. Husumetin doğru yöneltilmesi bir dava şartı olduğu için, mahkemeler bu hususu kendiliğinden göz önünde tutmaktadır. Ancak işveren şirket tüzel kişiliğe sahip değilse, bu durumda husumetin işyerini işleten gerçek işverene yöneltilmesi gerekmektedir.⁷¹¹

Belirtmemiz gereken bir başka husus ise pasif husumet ehliyetinin tespiti için işe giriş bildirgelerindeki bilgilerin önemidir. Bu davanın işe giriş bildirgesinde işveren olarak belirtilen kişiye yöneltilmesi gerekmektedir. Yargıtay bir kararında davalının isminin yerine başka birinin isminin bulunduğu işe giriş bildirgesini esas alarak davayı pasif husumet ehliyeti yokluğundan ret etmiştir.⁷¹²

Yüksek Mahkeme başka bir kararında da pasif ehliyet yönü halledilmeden yargılamanın sürdürülmesini usul ve yasaya aykırı bulup bozma nedeni yapmıştır. Anılan kararda davacının çalıştığını iddia ettiği apartman işyerinde usulüne uygun yönetici veya yönetim kurulu seçilip seçilmediğinin araştırılmasını, yönetici veya yönetim kurulunun seçildiğinin saptanması halinde, yönetici veya yönetim kurulunun davaya yönteminde dahil ettirilmesini gerekli görmüştür.⁷¹³

Davalı işverenin ölümü durumunda davada husumetin kime yöneltileceği de önemli bir husustur. Davalı işverenin dava esnasında ölümü halinde, işverenin mirasçıları davaya dahil edilmek suretiyle davaya devam edilebilecektir. Gerçek kişi işverenin dava açılmadan ölü olduğunun tespit edildiği durumlarda dava ölü işverenin mirasçılarına karşı açılabilir. Bu suretle taraf teşkilinin tamamlanması, hak ve menfaatler dengesiyle usul ekonomisine uygun düşmektedir.⁷¹⁴ Uygulamada işverenin ölümü halinde davacıya işverenin mirasçıları gösterir veraset ilamı alması ve dava açması için mahkemece yetki ve önel verilmektedir. Mirasçılar

⁷¹¹ 10 HD 25.3.1997 2411 E.2288 K.,kişisel arşiv

⁷¹² 10 HD 20.3.1997 2257 E.,2177 K.,kişisel arşiv

⁷¹³ 21.HD,Esas: 2007/1980Karar: 2007/2529 Karar Tarihi: 22.02.2007,kişisel arşiv

⁷¹⁴ Kuru,2001: 894 vd.

belirlendikten sonra davaya katılmaları sağlanarak, taraf teşkili tamamlandıktan sonra davanın esasına girilmektedir.⁷¹⁵

Söz konusu davanın sadece uzun vadeli sigorta dalları açısından açılabilceğini kabul eden Yargıtayı, bu sigorta dallarına tabi olmayan çırakların durumu meşgul etmiştir. Kanunun 5.maddenin birinci fıkrasının b bendi, bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar arasında çırakları sayarken aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi tutulan öğrenciler hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanacağını belirtmiştir.

Çıraklar, çıraklık devresi sayılan süre içinde malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları hükümlerine tabi olmadıklarından belirtilen süreler sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle açtıkları tespit davaları hukuki yarar yokluğundan dinlenmemektedir.⁷¹⁶ Çırakların açtığı davalarda, çıraklık sözleşmesi bulunup bulunmadığı ve sigorta primlerinin kim tarafından ödendiğine dikkat edilmektedir. Aradaki ilişkinin niteliğinin tespitinde Yargıtay bazı unsurları belirtmiştir. Bunlar işyeri çalışma düzeni, çalıştırılan kişinin yaşı, aldığı ücret ve mesleği öğrenme gibi unsurlardır.⁷¹⁷

Yargıtay çırakların bu davayı açıp açamayacaklarına ilişkin değerlendirmesinde sigortalı ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini dikkatte almaktadır. Ortada sigortalıya bir meslek ya da sanatın öğretilmesine dayanan bir ilişki yoksa, işçinin üretimle ilgili çalışmalara eylemli olarak katılması ve ücret alması durumu söz konusuysa, aradaki ilişkinin hizmet ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan, sözleşmede yer alan çırak - çıraklık sözcükleri bir yana bırakılmakta, gerçek çalışma biçimine bakılmaktadır. İşyerinde yapılan işin, birden çok sayıda işçinin ortaklaşa çalışmasını gerektiren türden olup olmadığı , başkaca

⁷¹⁵ 21.HD,E. 2007/1980,K. 2007/2529,T.: 22.02.2007,kişisel arşiv

⁷¹⁶ 10.HD 29.11.1983 7011/7693,kişisel arşiv

⁷¹⁷ HGK E.2006/10-629, k.: 2006/669, T. 18.10.2006

işçi çalıştırılmaksızın, çırak olarak nitelendirilen kişilerin çalışmasıyla yürütülüp yürütülemeyeceği de değerlendirilmektedir.⁷¹⁸

2. İşveren Gibi Sorumlu Olanlar

Kanunun 12.maddesinin ikinci fıkrasında işveren vekili ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları belirtilmiştir. Aynı şekilde 12.maddenin 6. fıkrasında sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işverenin Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olduklarına hükmedilmiştir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere Kanunun işverene yüklediği yükümlülükler işveren gibi sorumlu olanlar açısından da geçerlidir. Aşağıda bu kişilerin pasif dava ehliyeti incelenmiştir.

a. Taşeronlar

Kanunun 12.maddesinin 6.fıkrası uyarınca sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, kişisel arşiv bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur. Buradaki sorumluluğun asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı olduğunu belirtmeliyiz. Bu açıdan sadece alt işvereni sorumlu tutan sözleşmeler geçerli değildir.⁷¹⁹

Sorumluluğun doğması için asıl işveren kişinin işveren olması, alt işverenin uzmanlık gerektiren bir işte çalışması, işin asıl işverenin işine bağlı ve sürekli olması gerekmektedir.⁷²⁰

Uygulamada sigortalı hizmetin tespiti davalarında taşeronların davaya dahil edildikleri sık rastlanılan bir durum değildir. Taşeronlara daha çok sigortalının uğradığı iş kazaları sonucunda hak sahiplerinin ve Kurumun açtığı tazminat

⁷¹⁸ 10.HDE. 1975/321K. 1975/982 T. 20.02.1975

⁷¹⁹ Demir,2005:19-22

⁷²⁰ Demir,2005:19-22

davalarında husumet yöneltilmektedir. Muhtemelen sigortalı çalışmanın tespiti davalarında sigortalılar çalışma sürelerinin ve prime esas kazançlarının tespitini istediklerinden taşeronların bu davaya dahil edilmesinin pratik bir yarar sağlamadığını düşünmektedirler. Oysa ki, sosyal sigorta edimlerinden faydalanmak için tespit yetmemekte, bu dönemler için prim tahsili de gerekmektedir. Özellikle işverenin prim ödeme yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda başvurulabilecek ikinci bir kişinin davaya dahil edilmesi sigortalı açısından önemli bir imkan olacaktır.

b. İşveren Vekillileri, Kamu İdarelerinin Ödeme Görevlileri Ve Üst Düzey Yöneticiler

Kanunun 12.maddesinin ikinci fıkrasında, işveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekili olarak tanımlanmıştır. Kişinin işveren vekili sayılabilmesi için işin bütününü yönetiyor olması gerekir. Aynı maddede devamla işveren vekilinin Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları belirtilmiştir.

Kanunun 86.maddesinin 20.fıkrasında da şu düzenleme bulunmaktadır:

“Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.” Görüldüğü gibi Kanun başka kişilere daha sosyal sigorta primlerinin zamanında ödenmemesinden dolayı sorumluluk yüklemiştir. Bunlar, kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri; diğerleri de tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileridir.

Anılan nedenlerden dolayı, kanımızca, sigortalı hizmetin tespiti davasının o dönemde sorumluluğu bulunan yukarıda belirtilen kişilere karşı açılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Eğer İşveren vekili varsa dava ona karşı da açılabilir.⁷²¹

c .Geçici İş İlişkisi Kurulan İşveren

4857 sayılı İş Kanunu, Türk çalışma yaşamında fiilen karşılaştığımız ancak mevzuatta olmayan yeni çalışma biçimlerini içermektedir. Bunlardan biri de geçici iş ilişkisidir.⁷²² 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7 nci maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

4857 SİK'nunun 7.maddesine göre işveren rızasını almak koşuluyla bir işçiyi; başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi kurulur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür. İşverenin, ücret ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Sigortalının ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden her iki işveren birlikte sorumludur.⁷²³

Sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespit edildiği durumlarda sigortalının kazandığı hizmetlere ilişkin bildirme ve bordrolar ile ilgili oluşan prim bedellerinin tahsil edilemeyen kısmının Kurum tarafından sigortalıya ödetirildiği, ödenmemesi durumunda tespit edilen günlerin işleme alınmadığı görülmektedir.⁷²⁴ Kararın gereğinin yerine getirilmesi için bu primler sigortalıdan talep edilmektedir. Bu konuya ileride ayrıntılı olarak değinilecektir. Ayrıca sigortalının dava süresince yaptığı yargılama giderlerinin davalı tarafından karşılanması açısından da işveren

⁷²¹ Öztürk

⁷²² Avcılar

⁷²³ Demir,2005: 56

⁷²⁴ 25 Şubat 1982 tarihli ve 2952 Sayılı „Sadece İşveren Aleyhine Hizmet Süresinin Tespiti Talebiyle Açılan Davalar Sonucunda Verilen Kararlarda Tespit Olunan, Ancak; Primi Ödenmeyen Veya Kurumca Primlerin Ödetilme İmkânı Ortadan Kalktığı Halleri Kapsayan Süreler Hakkında Genelge

sayısının fazla olması, bu masrafları tahsil kabiliyetini arttıracaktır. Kanımızca sigortalının sigortalı hizmetin tespiti davasında taşeronlara,işveren vekillerine, kamu idarelerinin ödeme görevlileri ve üst düzey yöneticileri ve geçici iş ilişkisi kurulan işvereni de davaya dahil etmesi ileride hem prim tahsilini hem de yargılama giderlerinin ödenmesini kolaylaştıracaktır.

d.İşyeri Devirlerinde Davalı Taraf

Sigortalı çalıştırılan bir işin veya işyerinin başka bir işverene devredilmesi veya intikal etmesi halinde sigortalının davada husumeti kime yöneltileceği önemlidir. İşyerinin veya bir bölümünün devri İş Yasası'nın 6. maddesinde düzenlenmiştir. Yasaya göre, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.⁷²⁵

5510 S.Kanununun 11.maddesinin 5.fıkrasında işyerinin devrinin sosyal sigorta yükümlülükleri açısından sonuçları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre işyerinin nakledildiği, yeni işverenin işi veya işyerini devraldığı tarihi takip eden on gün içinde, işyerinin miras yoluyla intikali halinde ise mirasçıları, ölüm tarihinden itibaren en geç üç ay içinde, işyeri bildirgesini Kuruma vermekle yükümlüdür. Bu işlerde çalışan sigortalıların, sigorta hak ve yükümlülükleri devam etmektedir.Kanununun 89.maddesinde “Prim borçlarına halef olma, gecikme cezası ve gecikme zammı ile iadesi gereken primler” başlığı altında işyerinin devrinde işverenlerin sorumluluğu düzenlenmiştir.

Anılan maddede sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse eski işverenin Kuruma olan prim ile gecikme cezası ve diğer borçlarından, yeni işverenin de müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu hükme aykırı sözleşme hükümlerinin ise Kuruma karşı geçersiz olacağı belirtilmiştir.

⁷²⁵ Özkaraca,2009:142

İşyerinin devri ile birlikte, iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçtiğinden devralan işveren sadece kendi döneminde gerçekleşen haklardan değil, sigortalının devreden işveren yanındaki çalışması nedeniyle kazandığı haklardan da sorumlu olacaktır.⁷²⁶

Nitekim Yargıtay 506 sayılı Yasanın 79/8. maddesine dayanan hizmet tespiti davalarında, hizmetin tespitine karar verilen yıllarda işverenler için prim ödeme yükümlülüğü doğacağından, bunların tespit edilen süreler yönünden müteselsilen sorumlu tutulmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir.⁷²⁷

Devreden işverenle devralanın birlikte sorumluluğu nedeniyle sigortalı, çalıştığı dönemde işyeri el değiştirmişse husumeti bu dönemdeki bütün işverenlere yöneltmesi gerekir. Kendilerine husumet yöneltilmeyen işverenlere karşı usulüne uygun olarak dava açılmazsa onların işverenliği dönemi tespiti konu olmamaktadır.⁷²⁸

Kanundan anlaşıldığı üzere işyerinin devir ve intikali halinde yeni işveren eskisinin prim, gecikme zammı ve faiz borçlarından müteselsilen sorumludur. Bu nedenle yeni işveren eski işverene karşı ve sadece onun dönemi için açılan sigortalı hizmetin tespiti davasına müdahil olarak katılabilir. Ancak onun sorumluluğu sadece Kuruma karşıdır .⁷²⁹ Gerçekten de Kurum tespit ilamını aldığı anda işverenden prim belgelerinin vermesini ister. Tespit edilen döneme ilişkin primler gecikme zammı ve faizi ile birlikte tahsil olunur.⁷³⁰

İşyerinin el değiştirmesi halinde, yeni işveren, eski işverenin Kuruma olan borçlarından müteselsilen sorumlu olduğundan, Kurum alacağının yeni işverenden de tahsili olanaklıdır. Bu hüküm borcun yeni işverenden tahsilinin gerektiği anlamında değildir.⁷³¹ Kurum alacağının, borcun asıl sahibi olan eski işverenden tahsili yolları

⁷²⁶ Güzel,2007:42

⁷²⁷ 10.HD,18.6.1991 p://www.guncel.biz/yargi/ karar/tespit 7.htm

⁷²⁸ Yarg.HGK E: 2004/21-226 K: 2004/223 T: 14.4.2004

⁷²⁹ Öztürk

⁷³⁰ Yarg.HGK, E: 2004/21-226K: 2004/223 T: 14.4.2004

⁷³¹ Çolak,2008

aranılır, borcun eski işverenden kısa sürede tahsilinin mümkün olmaması durumunda, yeni işveren adına takibe geçilmektedir. Müteselsilen sorumluluk ilk devralan işveren için geçerli olup, ondan sonraki zincirleme devralanlar yönünden 82 nci maddenin uygulama olanağı bulunmamaktadır.⁷³²

Yeni işverenin sorumluluğu kanunda çok açık olarak prim borçlarıyla ilgili hükme bağlandığından, eski işverene ait kayıtların yeni işverenden istenilmesine ve ibraz edilmemesi sebebiyle yeni işveren adına idari para cezası uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. İdari para cezalarıyla ilgili eski işverenin borcundan yeni işverenin sorumluluğu oluşmamaktadır.⁷³³ Bu sorumluluğun süresine ilişkin Kanunda açıklama bulunmamaktadır. İşverenin prim borçlarıyla ilgili düzenlemelerin bu kişiler açısından da geçerli olacağı açıktır. Bir başka anlatımla, primleri işverenden talep etme konusunda olduğu gibi yukarıda belirtilen kişilerden talep etme konusunda da Kurum açısından bir süre sınırlaması bulunmamaktadır.

3. Kurum

Sosyal sigorta ilişkisi işveren, sigortalı ve Kurum arasında oluşan bir kamu hukuku ilişkisidir.⁷³⁴ Ancak bu ilişkinin tarafı olan ve açılacak sosyal sigorta ilişkisinin tespiti davasının sonuçlarından etkilenecek olan Kurumun bu davalarda taraf olduğuna dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yüksek Mahkeme kararlarında sosyal sigorta ilişkisinin tarafı olarak Kurumun bu davalarda pasif husumet ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. 5510 SK'nun 3.maddesinin 1.fıkrasının 2 numaralı bendi de bu Kanunun uygulanmasında; Kurumun Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı olduğunu belirtmiştir.

⁷³² Çolak,2008

⁷³³ Öztürk,E

⁷³⁴ Tunçomağ,1990:65

Yukarıda da belirtildiği gibi önceleri bu davalar sadece işverene karşı yöneltilirken Yargıtay, Kurumu yasal hasım olarak belirten kararlar vermeye başladı .Bu kararlarda Kurumun elde edilecek hükmün sigortalılık hakları yönünden uygulayıcısı konumunda olduğunu vurgulamıştır.⁷³⁵

Yargıtay, Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen sosyal sigorta ilişkisinin ve hizmet tespiti davasının özelliklerini göz önünde tutarak bu sonuca varmıştır.⁷³⁶ Gerçekten de Kurum tespit ilamını aldığı anda işverenden o döneme ait prim belgelerinin verilmesini ister. Aksi halde bunlar Kurumca resen düzenlenir. Tespit edilen döneme ilişkin primler 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 bu dava Kurumun hak alanını ilgilendirmektedir.

Uygulamada dava sadece işverene veya Kuruma karşı açılmışsa davacıya diğerini de davaya dahil etmesi için süre verilmektedir. Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen sosyal sigorta ilişkisinin ve hizmet tespiti davasının özellikleri göz önünde tutularak Kurumun bu davalarda taraf olduğu kabul edilmiştir.⁷³⁷

Yüksek Mahkeme Kurumun taraf ehliyetinin niteliğine ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede Kurumun yasal hasım olduğunu belirtmiştir. Bu haliyle Yargıtay'ın davalılar arasındaki ilişkiyi mecburi dava arkadaşlığı olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır.⁷³⁸ Bu açıdan Kurumun bu davada taraf bulunması doğal ve hatta zorunludur.⁷³⁹

⁷³⁵ Yarg.10.HD,E: 2005/7867 K: 2005/11916 T: 21.11.2005;kişisel arşiv

⁷³⁶ Öztürk

⁷³⁷ Yarg. HGK E: 2004/21-226 K: 2004/223 T: 14.4.2004;kişisel arşiv

⁷³⁸ Yarg. 21. HD. 2003/3106 K. 2003/4207 T. 5.5.2003;kişisel arşiv

⁷³⁹ 10.HDE.1991/ 4998K.1991/7272T. 26.9.1991;kişisel arşiv

4.Kurumun Dava Ehliyetinin Değerlendirilmesi

Yüksek Mahkeme kararları tarandığında,Kurumun her yıl binlerce hizmet süresinin tespiti davasıyla karşılaştığı ve bu davaların çok büyük kısmını kaybettiği göze çarpmaktadır. Kanaatimizce bu konuda bir düzenlememe olmamasına karşın Kurumun,Yargıtay kararları nedeniyle pasif dava ehliyetine sahip olması bazı sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunlar ve çözüm önerileri aşağıda açıklanmıştır.

b. Kurumun Yükümlülüklerini Yerine Getirmekten Kaçınmasına Neden Olabilmektedir

Yüksek Mahkeme,bu davalarda Kurumla işvereni zorunlu dava arkadaşı olarak kabul etmekte ⁷⁴⁰ ;kendisine ibraz edilen belgelerden bir kişinin işyerinde çalıştırıldığını öğrenen ve sigortalıyı izlemeyen Kurumu kusurlu kabul etmektedir. Bunun sonucunda da yargılama giderlerinden Kurum,işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaktadır.⁷⁴¹ Sigortalılar mahkemelerin hükmettiği yargılama giderini ve vekalet ücretini dava sonucunda Kurumdan ve işverenden icra yoluyla geri istemektedir. Kurumun genel uygulaması,yargılama giderlerinin yarısını ödeyerek,geri kalan giderlerin işverenden tahsil edilmesini beklemektir. Ancak işverenin ortada olmadığı yada ödeme gücünün bulunmadığı durumlarda müştereken ve müteselsilen sorumluluk gereği yargılama giderlerinin tamamının Kurum üzerinde kalacağı açıktır.

Hizmet tespiti davalarında yargılama gideri,sigortalıların kendilerini vekille temsil ettirdiği durumlarda,örneğin 2010 yılında açılan bir dava için 1500 TL'sına ulaşabilmektedir.⁷⁴² Kurum,işverenin bu giderlerin yarısını üstlendiği

⁷⁴⁰ Yarg. 10.HD,4998/7272,Yargıtay Kararları Dergisi; Yargıtay Yayınları,Ankara,C.17,Aralık , 1991,S.12;s.1826

⁷⁴¹ 10.HD.,3453 E.,3862 K.,29.3.1983 T.,Aslanköylü;s.1353;Yarg.10.HD,2004/1581E.,2004/1260 K.,24.2.2004 T.,Kişisel Arşiv

⁷⁴² 27442 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilemeyen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücretin,2010 yılı için asliye hukuk mahkemelerinde 1000 TL olduğu belirtilmiştir. Bilirkişi ücreti,tebligat giderleri,tanık ücretleri de toplam 500 TL civarında olmaktadır.

durumlarda diğer yarısından;işverenden tahsil olanağı bulunmayan hallerde de tamamından sorumludur. Kurumun,avukatları için ödediği yol masrafları ve harcırahların,mahkeme kararının verildiği tarihten, icraya intikaline kadar geçen süre için ödenen faiz miktarının hesaba dahil edilmediğini de belirtmeliyiz. Kurumun her yıl binlerce hizmet tespiti davasına taraf olduğu ve olmaya devam edeceği düşünüldüğünde bu giderler çok büyük bir maliyete yol açmaktadır.

b.Kurumun Yükümlülüklerini Yerine Getirmekten Kaçınmasına Neden Olabilmektedir

(1).Prim Alacağını Takipsiz Bırakabilmektedir

Söz konusu dava türü,işverenin prim belgelerini vermemesi nedeniyle sigortalının uğradığı zararların engellenmesini sağlamak⁷⁴³ yanında,Kurumun prim alacağına kavuşmasına da imkan tanımaktadır. Kurum tespit ilamını aldığı anda,işverenden o döneme ait prim belgelerinin verilmesini istemektedir. Bu açıdan bakıldığında,sosyal sigorta yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren,bu davranışıyla sadece sigortalıyı değil Kurumu da mağdur etmiş sayılmakta⁷⁴⁴; bu davanın açılmasında salt sigortalının değil Kurumun da hukuki yararı bulunmaktadır. Zira tespit kararı,sigortalının hak alanında somut etkiler yaratmasa bile Kurum bu davanın sigortalı lehine sonuçlanmasıyla, geç de olsa prim alacağını, gecikme cezaları ve idari para cezalarıyla birlikte tahsil etme olanağına kavuşmaktadır.

Uygulamada sigortalılar,açtıkları hizmet tespiti davalarını takip etmekten vazgeçtiklerinde,mahkemelerin dava dosyalarını işlemekten kaldırdıkları dikkati çekmektedir. Oysa Yüksek Mahkeme,hizmet tespiti davalarında feragatin geçerli olmadığını,sigortalı olma hakkından vazgeçilemeyeceğini,bir çok kararında vurgulamıştır.⁷⁴⁵ Yüksek Mahkemenin bu içtihatlarına yerel mahkemelerce

⁷⁴³ Tunçomağ,Kenan,*Sosyal Güvenlik Kavramı Ve Sosyal Sigortalar* ,Beta Yayınevi,Ankara,1990,s.192

⁷⁴⁴ Öztürk,Özgür,"Sigortalı Hizmetin Tespiti ", <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/3mak981.htm>

⁷⁴⁵ Yarg.HGK , 1996/10-3 E.,1996/169 K.,13.3.1996 T.,Çakmak,İhsan;*Hizmet Tespiti Davaları,Adalet Yayınevi,Ankara,2005;s.393*

uyulmamasının en önemli nedeni,davaların takipsiz bırakıldığı durumlarda kararların temyiz edilme zorunluluğunun olmayışdır. Bu dosyalar Yargıtay tarafından incelenmeyeceği için yerel mahkemelerin yüksek mahkeme kararlarına uyma gereği hissetmedikleri düşünülmektedir. Belirtmeliyiz ki Kurumun ve işverenin,sigortalının takip etmekten vazgeçtiği davaları sürdürme imkanı bulunmaktadır. Benzer bir şekilde takipsiz kaldığı için dosyanın işlemde kaldırılması kararlarını da temyiz etme olanağına sahiptir. Ancak uygulamada Kurumun da işverenin de bu yolları kullanmadığı görülmektedir. Sigortalının takip etmediği davaların,dava sonucunda prim, gecikme cezası, idari para cezası ve yargılama gideri ödeyecek olan işveren tarafından takipsiz bırakılması anlaşılabilir bir tutumdur. Benzer bir yaklaşımın Kurum tarafından benimsenmesi ise düşündürücüdür. Kurum,dava sonucunda yargılama giderine mahkum edilmekle birlikte,prim alacağını,gecikme cezası ve idari para cezalarıyla birlikte tahsil etme imkanına da sahip olacaktır. Ancak davayı sürdürmeyerek bu amaca ulaşmaktan vazgeçmektedir. Bu nedenle Kurumun dava ehliyeti belirlenirken,tespit kararının uygulayıcısı olarak üstleneceği yükümlülüklerin değil,tespit kararının sonucunda elde edeceği hukuki yararın esas alınmasının daha doğru bir yaklaşım olduğu ve aktif dava ehliyetine sahip olmasının gerektiği kanaatindeyiz.

(2) Sigortalıyı Koruma Görevini Göz Ardı Etmesine Yol Açabilmektedir

Sosyal sigorta haklarından vazgeçilemeyeceğine dair yasal düzenlemelere rağmen bu haklardan “ mahkeme önünde ” vazgeçilmesi ciddi bir çelişkidir. Kurumun kayıt dışı çalışmaları tespit etme yükümlüğünün olduğu bir kez daha hatırlanmalıdır. Kurum,açılmış bir hizmet tespiti davasıyla çalışma iddiasından haberdar olduysa,sigortalının çıkarlarını korumak için bu davayı sonuçlandırması iyi niyet ve dürüstlük ilkesinin bir gereğidir. Zira Kurum,bu davayla,sigortalıyı zamanında izlememenin hatasını telafi etme imkanına da sahip olmaktadır. Bu aşamada çalışma iddiasını inkar etmesi değil;bu olguyu araştırarak mahkemelere yardımcı olması;geç de olsa sigortalısını koruması beklenir. Kurumun,davanın kendisine ihbar edilmesi suretiyle,sigortalı yanında,davacı sıfatıyla davaya katılmasının,taşıdığı sorumluluklarla da daha çok örtüştüğü kanaatindeyiz.

Ancak Kurumun dava ehliyetinde yukarıda önerdiğimiz şekilde yapılacak bir düzenleme,sigortalının davayı sürdürmek istemediği veya ekonomik gücünün yargılama giderlerini karşılamaya yeterli olmadığı hallerde yargılama giderlerinin kimin tarafından karşılanacağı sorusunu akla getirecektir. Kanaatimizce bu masraflar Kurum tarafından karşılanabilir. Zira Kurum,aktif dava ehliyetine sahip olduğunda,tespit kararı sonucunda yargılama giderlerinden sadece işveren sorumlu tutulacağı için karşıladığı masrafların tamamını işverenden geri isteyebilecektir. Üstelik avukatları vekalet ücretine hak kazanabilecek,halihazırda ödediği yargılama giderlerinden de kurtulmuş olacaktır.

Fakat işverenin olmadığı ya da ödeme gücünün bulunmadığı durumlarda Kurumun bu masraflara katlanmak durumunda kalacağı ortadadır. Belirtmeliyiz ki halen Kurum,işveren yanında davaya katıldığından ve işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen yargılama giderlerinden sorumlu tutulduğundan,işverenden tahsil edilemeyen masraflar zaten üzerinde kalmaktadır. Bu nedenle önerilen düzenlemenin Kurum açısından ekstra bir maddi külfete yol açmayacağı açıktır.

c. Davalı Sıfatı,Kurumun Yargılamada Pasif Davranmasına Neden Olmaktadır

Kurum vekillerinin,bu davalarda verdiği cevap dilekçeleri incelendiğinde,bu dilekçelerin savunma olmaktan çok,Kurum kayıtlarını mahkemeye sunma ve bu davalardaki yargılama usulü hakkında mahkemeleri bilgilendirme mahiyetinde olduğu görülmektedir. Oysa hizmet tespiti davaları kamu düzenine ilişkin olduğundan hakim tarafından Kurum kayıtları,taflarca istenmese bile incelenmek zorundadır. ⁷⁴⁶ Başka bir anlatımla Kurumun davalı olarak yargılamada yer almasının yargılamaya anlamlı bir katkısının olmadığı düşünülmektedir.

Kurumun bu davalarda pasif davranmasına,yargılamada yanlış tarafta yer almasının neden olduğu kanaatindeyiz. Kurumun uygulamada, davacının ileri sürdüğü bütün argümanlara ,sigortalı lehine olan tanık ifadelerine, bilirkişi

⁷⁴⁶ 21.HD. 01.03.2007 tarih ve 2006/5551, 2007/3049 Yargıtay Kararları Dergisi ,Yargıtay Yayınları,Ankara,Ekim 2008;Yarg.,10.HD,E.1996/6785,K.1996/6844,T.10.09.1996,Kişisel Arşiv

raporlarına itiraz ettiği ancak bu itirazlarını somut bir gerekçeye de dayandırmadığı dikkati çekmektedir. Davanın ispatına yarayacak nitelikte, sigortalı lehine olan delilleri kendiliğinden mahkemelere sunmaktan; işverenin savunmalarını çürütecek argümanlar ileri sürmekten kaçındığı da izlenmektedir. Kurumun, hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişilerin haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak gibi bir amacı olduğu⁷⁴⁷ dikkate alındığında, bu tutumu Kuruluş Yasasındaki düzenlemelerle çelişmektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde düşünüldüğünde, Kurumun çalışma iddiasının açığa çıkması için sigortalıya yardımcı olması beklenir. Üstelik Kurum, çalışma iddiasını ispat etmek açısından sigortalıdan çok daha geniş bir imkana sahiptir. Kurumun sigortalı yanında yer alması durumunda, sigortalının çalışma olgusunu kanıtlayacak delillerin kurum tarafından kolayca tespit edilip mahkemeye sunulabileceği ve mahkemelerin işinin kolaylaşacağı da ayrı bir gerçektir.

IX. İSPAT YÖNTEM

Yasada bu davalar için özel bir ispat yöntemi öngörülmemiştir. İspat yönteminin kuralları Yargıtay içtihatlarıyla şekillenmiştir. Sigortalılıktan söz edebilmek için, çalışmanın varlığının, Yargıtay uygulamasında sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul edilen ilkelere uygun biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilip verilmediği araştırılmaktadır. Bu koşul oluşmuşsa işyerinin gerçekten var olup olmadığı, Kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı belirlenmektedir. Daha sonra çalışma olgusunun varlığı araştırılmaktadır.⁷⁴⁸

Davacı çalışma olgusunu gerçekten ispatlamadıkça davada tespite karar verilemez. İspat yükümü, çalışma olgusunun hangi tarihlerde, ne kadar ücretle olduğu noktasındadır. Ayrıca işverenin Kuruma vermesi gereken belgeleri

⁷⁴⁷ 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 3.maddesinde, Kurumun amaçları içinde “.. Hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişileri hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak..” sayılmıştır.

⁷⁴⁸ 21.HD,E. 2007/11272 K: 2008/5671 T: 10.04.2008; kişisel arşiv

vermediğinin ispat edilmesi gerekmemektedir.⁷⁴⁹ Bu araştırmaya yön veren ilkeler aşağıda incelenmiştir.

A. EŞDEĞERDE BELGELERLE KANITLAMA İLKESİ

Bu davanın açılabilmesi için sigortalının çalışmasının eylemli veya gerçek biçimde olması gerekmektedir. Bir hizmet akdine dayanarak çalışmanın varlığı saptanmadıkça, sigortalılıktan söz edilemez. Fiili veya gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işe giriş bildirgesi; aylık prim ve hizmet belgesi gibi Kuruma verilmesi zorunlu belgelerdir. Ancak yöntemince düzenlenip süresi içerisinde Kuruma verilen işe giriş bildirgesi, kişinin işe alınmış olduğunu gösterirse de fiili çalışmanın varlığının ortaya konulması açısından tek başına yeterli kabul edilmemektedir.⁷⁵⁰

Sigortalı çalışma olgusunu kanıtlamakla yükümlüdür. Bu tür davalar her türlü delille ispatlanabilirse de karinenin tersinin eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla, yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez.⁷⁵¹ Yazılı ve resmi belgelerin olduğu durumlarda tanık sözleriyle çalışma olgusu ispatlanamamaktadır.⁷⁵² Bu tür davalarda yazılı belgelerin tanık sözleriyle çürütülemeyeceği kabul edilmektedir.⁷⁵³ Tanık sözlerinin yazılı delillerle çelişkili olduğu durumlarda çelişkiyi ortadan kaldıracak yazılı delil olmadan hüküm kurulması bozma nedeni sayılmaktadır.⁷⁵⁴

Ücret de her tür delille ispat edilebilir. Sigortalı aldığı ücret miktarını gösteren bordroların aksini de her tür delille ispat edebilir.⁷⁵⁵ Ancak Yargıtay 10.HD'nde ve öğretide farklı bir düşünce hakimdir. 10.HD, asgari ücretin üzerindeki ücretin yazılı delille ispat edilmesini aramaktadır.⁷⁵⁶

⁷⁴⁹ Güzel/Okur,1994:160

⁷⁵⁰ Yarg.HGK'nun 16.9.1999 Tarihli, 1999/21-510-527, 30.6.1999 Tarihli, 1999/21-549-555 sayılı kararları;kişisel arşiv

⁷⁵¹ HGK,E: 2003/21-254, K: 2003/190, T. 26.03.2003;kişisel arşiv

⁷⁵² 10 HD 22.5.1997 4006/3902 23.6.1997 97/5002 E 9/4806 K; kişisel arşiv

⁷⁵³ 10 HD 10.11.1997 97/8088 E 97/7893 K. 10 HD 17 11 97 97/8280 E 8055 K;kişisel arşiv

⁷⁵⁴ 10 HD 17.10.1995 1995/8201 E. 95/8422 K;kişisel arşiv

⁷⁵⁵ HGK,29.6.1986 T.,270 E.,797 K.;Aslanköylü,2009:1346

⁷⁵⁶ Aslanköylü,2009:1346

Sigortalının imzasını taşıyan ücret belgesinin aksinin eşdeğerde belgelerle ispatlanması gerektiği savunulmaktadır. Ancak sigortalıya ait prim belgelerinde sigortalının imzası bulunmuyorsa prim belgelerinin içeriğinin sigortalıyı bağlamayacağını belirtmeliyiz.⁷⁵⁷

B.HAKİMİN RESEN ARAŞTIRMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Anayasa'nın 60. maddesinde tanımlanan sosyal güvenlik hakkının niteliği gereği bu tür davalarda, hakimin doğrudan soruşturmayı genişleterek sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Tarafların talebi olmasa bile bu yükümlülüğe uymak zorundadır. Yüksek Mahkeme 506 sayılı Yasanın 79. maddesinin uygulanmasında bu davaların kamu düzeniyle ilgili olduğunu, vazgeçilmez, devredilmez, zorunlu bir kişisel hak olduğunu, tüm delillerin re'sen araştırılması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁵⁸

Bu tür davalarda işyerinde tutulması gerekli dosyalar ile kurumdaki belge ve kanıtlardan yararlanılmakta, ücret bordroları getirilmekte, müfettiş raporları olup olmadığı araştırılmaktadır. Ayrıca işyeri çalışanları saptanmakta ve gereğinde komşu işyerlerinde çalışanlarının bilgilerine de başvurularak gerçek çalışma olgusu, somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde kanıtlanmaktadır.⁷⁵⁹

Yüksek Mahkeme ispat yöntemini belirlerken hemen her defasında bu davaların kamu düzenine ilişkin olduğunu belirtmekte; sigortalının tespitini istediği süreyle ilgili olarak bir çok belgenin incelenmesini zorunlu tutmaktadır. Söz konusu belgeler, tarafların talebi olmasa da inceleneceği için bu davalarda resen araştırma yapma yükümlülüğü bir ispat yöntemi haline gelmiştir.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ HGK.,13.5.1983 T.,1067 E.,515 K. ;kişisel arşiv

⁷⁵⁸ 10 HD 4/11030 E 2005/1291 K 15.2.2005 Çakmak ,2005;220

⁷⁵⁹ HGK E: 2004/21-742, K: 2004/744, Tarih: 22.12.2004 ;kişisel arşiv

⁷⁶⁰ 21 HD 2004/12502 E 2005/1564 24.2.2005;kişisel arşiv

C.DELİLLER

Sigortalı hizmetin tespiti davasında çalışma olgusunun ispatında son derece titiz davranılmakta ve hüküm için sigortalının tespitini istediği süreyle ilgili olarak bir çok delil incelenmektedir. Aşağıda bu tür davalarda incelenen deliller anlatılmıştır.

a . Tanık

Sigortasız çalışılan sürelerin saptanmasında resmi belge ya da yazılı delile rastlamak pek kolay değildir. Bu durumda inandırıcı olmak kaydıyla iş ilişkisini bilen sigortalılarla komşu işyeri çalışanların bilgilerine başvurulması gerekmektedir.⁷⁶¹ Sigortalı hizmetin tespiti davasında en çok başvuru delillerden bir tanesi tanık beyanlarıdır. Yargıtayın konu ile ilgili olarak verdiği kararlara göre, tanık beyanlarının inandırıcılığı üzerinde hakimin özenle durması gerekmektedir. Yargıtay da resmi belge ve yazılı delillerin , sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibarıyla sonuca etkili olduklarını belirttikten sonra, bu tür kanıtların bulunmaması halinde tanıklarla dahi sonuca gitmenin mümkün olduğunu belirtmiştir.⁷⁶² Yazılı belgenin aksi ancak eş değerdeki bir delille ispatlanabileceğinden sigortalının çalıştığı döneme ait bir yazılı belge varsa, örneğin işyerinde sigortalının çalışmaları düzenli olarak Kuruma bildirilmişse, kayıtları düzenli tutulmuşsa, primleri yatmış ve işyerindeki bordrolarda sigortalının imzası varsa, artık bu dönem için tanık dinletilemez.⁷⁶³

Bu tür davalarda davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu göz önünde tutularak, davacı ile birlikte çalışan, işyeri bordrolarında yer alan ve çalışmaları süreklilik arz eden çalışanlar ile gerektiğinde komşu ve yakın işyerleri kayıtlarından belirlenmiş kimselerin beyanlarına başvurmak gerekmektedir. Yargıtay tanık olarak çalışıldığı iddia edilen dönemde işyerinde çalışmış bulunan bordro tanıklarının dinlenilmesi ile birlikte işyerinde çalışan bordro tanığı bulunmaması halinde tespiti istenilen dönemde işyerine komşu işyerlerinde çalışan bordo tanıklarının

⁷⁶¹ Özdemir,2009

⁷⁶² Yarg.21. -E.2007/18032-K.2008/10015-30.06.2008

⁷⁶³ Öztürk

dinlenilmesini aramaktadır.⁷⁶⁴ Eğer tanıklar davacıyla birlikte çalışan ve bordrolara geçmiş tanıklardan değilse tanık sözlerinin inandırıcı nitelikte olduğu kabul edilmemektedir.⁷⁶⁵

Yargıtay bir kararında ifadeleri alınan tanıkların davacı ile birlikte çalışan ve kayıtlara geçmiş kişiler olmamasını komşu işyerlerinin kayıtlarına geçmiş kimselerden de sayılmamasını bozma nedeni yapmıştır.⁷⁶⁶

Tanıkların,davacının çalışmanın geçtiği işyerine giriş tarihinden önceki dönemde çalışmış olması önemlidir. Zira,bu davalarda sigortalının işe giriş tarihi tanıklara sorulmaktadır. Nitekim,Yargıtay bir kararında işe giriş tarihinden önceki döneme ilişkin işverenin bordrolarında yer almayan tanık sözlerine itibar edilmemesi gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁶⁷

Tanıkların sorgulanmasında Yargıtay dikkat edilmesi gereken durumları ortaya koymuştur.Bunlardan birisi tanıkların uzun yıllar öncesine dayanan bilgileri unutmadan anımsamasının sorgulanmasıdır.⁷⁶⁸ Bu durum tanığın davacı tarafından yönlendirilmiş olduğunun göstergesi olabileceğinden,hakimin tanığı daha dikkatli sorgulaması gerekmektedir. İşyerinin kapsamı, kapasitesi ve niteliğiyle bu tanıkların işyerindeki çalışmalarına ait beyanlarının karşılaştırılması da dikkate edilecek diğer bir durumdur. Hukuk Genel Kurulu'nun 16.6.1999 gün 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün ve 1999/21-549-555, 5.2.2003 gün 2004/21-35-64 E. ve K. 5.10.2003 gün ve 2003/21-634-572 E. K. sayılı kararları da aynı yöndedir. Tanıkların işyerinde çalışan tanıkların da gerçekten işyerinde çalışıp çalışmadıkları ve yaptıkları işin niteliği tanık beyanlarının doğruluğunun tespiti açısından önemlidir.

Belirtmeliyiz ki,tanık beyanları yazılı delillerin olduğu durumlarda davayı ispata yeterli değilse de Yüksek Mahkeme yazılı delillerin olmadığı bir davada

⁷⁶⁴ HGK. 15.11.1995 T.,1995/21-817 E.,1995/974 K.,Çakmak,2005:226

⁷⁶⁵ HGK.,27.1.1999 T.,1998/21-11 E.,1999/16 K.; kişisel arşiv

⁷⁶⁶ 21. HD E.2003/11996K.2004/2879 25.03.2004; kişisel arşiv

⁷⁶⁷ 21.HD E:2005/11379 K: 2006/ 1941 T: 06.03.2006; kişisel arşiv

⁷⁶⁸ HGK 16.6.1999T.1999/21-510-527;16.9.1997 T.,1997/5813 E.,1997/5811 K.;20.5.1997 T.,1997/3944 E.,1997/3776 K.;Çakmak,2005:216

sadece tanık ve işveren ifadelerinin olması nedeniyle davanın red edilmesini bozma nedeni yapmıştır.Bu kararında aynen şu cümlelere yer vermiştir: “Yazılı delillerin önemi tartışmasızsa iddianın tanıkla dahi ispatlanabileceği Dairemizin yerleşmiş görüşlerindedir.⁷⁶⁹

Sigortalı hizmetin tespiti davasının tanıkla ispat edilebilmesini sakıncalı bulan hukukçular 506 sayılı “Sosyal Sigortalar Kanunu”nun 3395 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle değiştirilen 79. maddesinin sekizinci fıkrasının Anayasa’nın 2., 60. ve 65. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini istemiştir. İptal isteminde tanıkların uzun zaman önce yapılmış iş ilişkisini net olarak bilmelerine fiilen imkan bulunmaması karşısında herşeyin davacının ve tanıkların insafına kaldığı, herkesin dilediği kadar hizmet tespiti kararı almasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi çalışma olgusunun saptanabilmesi için gerçeğe ulaşma konusunda yargı organlarının her türlü inceleme ve araştırma olanağına sahip olduğunu belirterek aykırılık iddiasını ret etmiştir.⁷⁷⁰

Tanık sözleriyle çalışmanın konusu, niteliği, başlangıç ve bitiş tarihleri belirlenmektedir. Bu hususlarda tanık sözleri değerlendirilirken,dinlenen tanıkların davacı ile aynı dönemlerde işyerinde çalışmış ve işverenin resmi kayıtlarına geçmiş bordro tanığı olmasına ya da komşu işverenlerin bordrolarına geçmiş tanık olmasına özen gösterilmektedir. Bu tanıkların ifadeleri ile çalışma olgusu hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir.⁷⁷¹

Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilse de ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Yargıtay kararlarına göre ücret miktarı HUMK m.288'deki sınırları aşıyorsa, hüküm altına alınabilmesi için yazılı delil aranmaktadır.Ancak bu sınırın altında kalan miktar için tanık dinletilebilir. Günlük kazancın alt sınırı HUMK m. 288'deki sınırı aşıyorsa ücretin yazılı delille saptanması gereğinin pratikte bir önemi kalmayacaktır. Çünkü,ücretin alt sınırla tespit edilen miktardan fazla olması halinde ise günlük kazancın hesaplanmasında asgari ücret

⁷⁶⁹ HGK,12.4.2000T.,2000/10-750 E.,2000/756 K.;Çakmak,2005: 235

⁷⁷⁰ AMK E.: 1997/18 K : 1998/42 T : 30.6.1998

⁷⁷¹ Yarg.,10.HD,10.12.1996 T.,1996/10830 E.,1996/10862 K.;Çakmak,2005:212

esas alınır.⁷⁷² Ancak, bu sınırın altında kalan miktar için tanık dinletilebilmektedir. Tespiti istenen miktar sınırı aşıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinletilmesi mümkündür.⁷⁷³

b.Yazılı Deliller

(1).İşverence Kuruma Verilecek Belgeler

İşveren öncelikle işyerini ve çalıştırdığı sigortalıları Kuruma bildirmek zorundadır. Böylelikle Kurum, işyeri ve sigortalıdan haberdar olur, onları takip edebilir. İşveren ayrıca çalıştırdığı sigortalı sayısı, sigorta primleri hesabına esas tutulacak kazançlar toplamı prim ödeme gün sayıları ve sigorta primleri miktarını da Kuruma bildirmelidir. Bu belgeler çalışma olgusunu ortaya koymada önemli belgelerdir. Davacı hizmet tespiti davasında belli bir dönemdeki çalışmalarının tespitini istediği için bu istek, dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da prime esas kazançlarının ve prim ödeme gün sayılarının tespiti talebini de içerir.⁷⁷⁴

Mahkeme ilamı işverenin Kuruma vermediği bildireler yerine geçecek belge niteliğinde sayılmaktadır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında tespit için incelemenin hangi sıraya göre yapılması gerektiği belirtilmiştir. Öncelikle SSK m.79/10'da sözü geçen belgelerin işverence verilir verilmediği veya çalışmanın Kurumca tespit edilip edilmediği araştırılacaktır.⁷⁷⁵ Ardından tespiti istenen dönemde kişinin sigortalı niteliği taşıyıp taşımadığı araştırılacaktır. Bu amaçla işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı, yapılan işin kanun kapsamına girip girmediği gibi konuların araştırılması gerekmektedir.⁷⁷⁶ Nitekim delillerin her biri yazılı delillerdir. Çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu bu koşullar varsa inceleme konusu yapılabilecektir. İşe giriş bildirgesinin işlevi Kurumu sigortalının çalışmaya başladığından haberdar

⁷⁷² HD 10, E: 2001/8857, K: 2002/185, Tarih: 22.01.2002; kişisel arşiv

⁷⁷³ HGK E: 2004/21-226 K: 2004/223 T: 14.4.2004.; kişisel arşiv

⁷⁷⁴ HGK E.2003/21-571K.2003/575 T. 15.10.2003; kişisel arşiv

⁷⁷⁵ HGK 16.9.1999 T.1999/21-510-527

⁷⁷⁶ HGK 15.10.2003 T.2003/21-634-572

etmek olduğundan, bildirgenin verilmiş olması bazen çalışıldığını tek başına göstermemektedir. Bu nedenle, çalışma olgusunun ispatında başka delillere de ihtiyaç duyulmaktadır. Fiili veya gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işe giriş bildirgesiyle birlikte sigortalının gün sayısını, kazanç durumunu, çalışma tarihleriyle birlikte ortaya koyan aylık sigorta gün bilgileri ile Kuruma verilmesi zorunlu diğer belgelerdir.⁷⁷⁷ Bu tür yazılı delillerin olduğu durumlarda karinenin tersinin eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiğinden, çalışma olgusunun tanık beyanıyla ispatlanmasının mümkün olmadığını yukarıda belirtmiştik. Kurum memurlarının işyeri ile ilgili kontrol tutanaklarının aslı veya onaylı suretleri de başvurulacak delillerdendir. Aylık puantaj ve mesai defterleri, ücret tediye bordroları ve şahsi sicil dosyası Kurumdan celp edilerek işyeriyle ilgili davacının çalışmalarını gösteren diğer yazılı belgelerin celp edilip incelenmesi gerekmektedir.⁷⁷⁸

(2). Müfettiş Tutanakları

4958 sayılı Kanunla getirilen düzenleme ile SSK Başkanlık Sigorta Müfettişleri ve Kurum Yoklama Memurlarınca düzenlenen Yerel denetim, ifade, kayıt inceleme, kayıt teslim alma, kayıt ve belge isteme bildirim tutanağı gibi tutanakların aksi ispat edilinceye kadar geçerli olacağı, hükme alınmıştır.

Müfettiş raporlarının niteliği bir çok Yargıtay kararında güçlü delil olarak belirtilmiştir.⁷⁷⁹ Hatta sigortalının tespitini istediği çalışma dönemi içerisinde müfettiş raporu varsa Yüksek mahkeme hak düşürücü sürenin kesildiğini kabul etmektedir. Sigortalının çalışmaları, müfettiş raporuyla saptandığında hak düşürücü sürenin geçmeyeceği kabul edilmektedir.⁷⁸⁰

Ancak Yüksek mahkeme bir kararında müfettiş raporunun başka delillerle belgelerle desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Sigortalının sobalı bir apartmanda

⁷⁷⁷ HGK, E: 2005/21-437, K: 2005/448, Tarih: 06.07.2005 30.6.1999 gün 1999/21-549-555, 5.2.2003 gün 2003/21-35-64, 3.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 1.12.2004 gün 2004/21-629;kişisel arşiv

⁷⁷⁸ HGK E: 2001/10-624, K: 2001/656, T. 03.10.2001; kişisel arşiv

⁷⁷⁹ Yarg. 10.HD, 19.12.1996 T., 1996/10680 E.,1996/10722 K.

⁷⁸⁰ 21.HD 1995/6785 E., 1996/5048 K;Çakmak,2005:239

tam gün çalıştığına ilişkin müfettiş raporu da olsa, bu durumu şaibeli bulan Yargıtay, apartman defterleri, ödeme belgeleriyle bu durumun doğrulanması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁸¹

Sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespitinde yargılama esnasında işyeri dosyasında müfettiş raporlarının olup olmadığı araştırılmakta, varsa bu raporlar getirilmektedir.⁷⁸²

Raporların gerçek olmadığı her zaman ispatlanabilir. Müfettiş raporları aksi eş değerde yazılı belgelerle ispat edilmediği sürece çalışmanın varlığı konusunda güçlü delil olarak kabul edilmektedir.⁷⁸³ Bu nedenle tanık beyanlarıyla çürütülememektedir.⁷⁸⁴

(3).İşçilik Haklarına İlişkin İlamların Delil Niteliği

İşverenin sosyal sigorta yükümlülüklerini yerine getirmemesi sigortalılığı yanında çalışmasına bağlı diğer haklarını da etkilemektedir. Sigortalılar bu nedenle hizmet tespiti istemleri ile işçilik haklarına ilişkin istemlerini aynı davada talep edebilmektedir. Bazen de bu davalar ayrı görülmekte ve önceden kesinleşen davanın diğer davayı etkilemesi söz konusu olmaktadır.

Yargıtayın eski içtihatlarına göre, işçilik haklarıyla ilgili açılan davada çalışma süresi kesinlik kazanmışsa sigortalı hizmetin tespiti davası için kesin hüküm etkisi gösterdiği kabul edilmekteydi.⁷⁸⁵ Ancak, bu gerekçe kesin hükme ilişkin tanımlara uygun değildir. Zira bir hükmün kesin hüküm etkisi tarafları ve nedeni aynı olan davalarda söz konusu olabilmektedir.⁷⁸⁶ Bu nedenle, Yargıtay işçilik haklarına ilişkin davaların kesin hüküm etkisine ilişkin içtihatlarını değiştirerek

⁷⁸¹ HGK, 31.1.1996 T., 1995/21-996 E., 1996/8 K., Çakmak, 2005:242

⁷⁸² 21. HD, E. 2003/11421, K. 2003/22110, 17.3.2003; Çolak, Öztürk, 2006: 156

⁷⁸³ 10.HD 1996-10680 E. 1996 -10722 K.19.12.1996 ;10.HD 15.5.1997 1997-3602 1997 3679; kişisel arşiv

⁷⁸⁴ Yarg. HGK, 15.2.1995 T., 1994/10-798 E., 1995/85 K. ; kişisel arşiv

⁷⁸⁵ 10.HD, 17.2.1984 T., 845/ 951,; 7.7. 1983 T. ,3315/7772, Duman, 2002: 102.

⁷⁸⁶ Kuru, Arslan, Yılmaz, 1995:621

tarafları ve konusu aynı olmayan bu davaların sadece güçlü kanıt olabileceğini kabul etmiştir.⁷⁸⁷

İşçilik haklarına ilişkin maddi tazminat dosyasındaki delillerle, sigortalı hizmetin tespiti davasındaki deliller çelişiyorsa bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerektiğini belirtmeliyiz.⁷⁸⁸

İşçilik haklarına ilişkin davalarla ilgili ayrı bir husus, bu davaların birlikte görülüp görülmeyeceğidir. İşçilik haklarına ilişkin davaların sigortalı hizmetin tespiti davası için kesin hüküm etkisini kabul eden Yüksek mahkeme uzun yıllar işçilik davalarıyla sosyal sigorta ilişkisinin tespiti davalarının birlikte görülmesini, temyiz mahkemeleri farklı olduğu için, uygun bulmamıştır. Ayrıca farklı yargılama usullerine tabi davaların tek davada görülmesinin usul hukukuna aykırı olduğu ve bu nedenle de davaların tek tek görülmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşik görüşüydü.⁷⁸⁹ Ancak Yüksek mahkeme sonradan bu içtihatından vazgeçerek sigortalı hizmetin tespiti davası ile işçilik haklarından kaynaklanan tazminat ve alacak davalarının birbirleriyle bağlantılı olduğunu, birlikte açılıp sonuçlandırılmalarının olanaklı olduğunu, anılan davaların salt temyiz inceleme mercilerinin ayrı olduğu ve ispat şekillerinin farklı olduğu gerekçesiyle ayrılmaları gerektiği hususunun bozma nedeni yapılamayacağı şeklinde kararlar vermeye başlamıştır.⁷⁹⁰

Bilindiği üzere, davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde 1086 s. HUMK. m. 45, 46 uyarınca, davaların arasında bağlantı var sayılır. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 45. maddesinde; "*Aynı mahkemede görülmekte olan davalar, aralarında bağlantı bulunması halinde, davanın her safhasında, istek üzerine veya kendiliğinden mahkemece birleştirilebilir. Davalar ayrı mahkemelerde açılmış ise, bağlantı nedeni ile birleştirme talebi ikinci davanın açıldığı mahkeme önünde ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. Birinci davanın açıldığı mahkeme, ilk*

⁷⁸⁷ 10. HD, 30.1.1996 T., 512/502; 14.2.1996 T., 770/1102, Duman, 2002: 102

⁷⁸⁸ 10. HD., 18.9.1995 T., 7735 E., 6996 K.; Çakmak, 2005: 295

⁷⁸⁹ Haznedar, 2009

⁷⁹⁰ HGK E. 2003/21-571 K. 2003/575 Tarih: 15.10.2003; kişisel arşiv

itirazın kabulüne ve davaların birleştirilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra bununla bağlıdır. Davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde bağlantı var sayılır. Temyiz mercii ayrı olan davaların bu madde hükmüne göre birleştirilmesine karar verilebilir. Bu halde temyiz incelemesi, birleştirilen davalarda uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait kararları inceleyen Yargıtay dairesince yapılır.⁷⁹¹ " hükmü yer almaktadır.

1086 s. HUMK.'nun 46. maddesinde; "*Mahkeme, yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için, birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmiş davaların ayrılmasına, davanın her safhasında ', istek üzerine veya kendiliğinden karar verebilir.*" ;48. Maddesinde;" *Birleştirme ve ayırma istekleri, dilekçe ile veya duruşmada sözlü olarak da yapılabilir. Aynı mahkemede görülmekte olan davalar yönünden verilen birleştirme ve ayırma hususundaki kararlar hakkında ancak hükmüyle birlikte temyiz yoluna gidilebilir. Şu kadar ki, bu husus tek başına bozma sebebi teşkil etmez "* denilmektedir.

Usul hukukumuzda davaların birleştirilmesi ve ayrılması kurumlarının getirilmesi nedeni davaların gereksiz yere uzamasını önlemek, az masrafla ve az zamanda sonuçlanmasını, sağlamaktadır. Gerek sosyal güvenlik,gerek iş hukukuna ilişkin davalar süratle sonuçlanması gereken, ekonomik yönden güçsüz durumdaki işçinin taraf olduğu davalardır.⁷⁹² Kanımızca,bu davaların birlikte görülmesi yerinde bir durumdur. Zaten kısıtlı mali olanakları olan sigortalıların iki ayrı dava açmaya zorlanması ek bir mali külfet ve zaman kaybına yol açmaktaydı. Aynı zaman kaybı iş yoğunluğu fazla olan mahkemeler açısından da söz konusu olmaktaydı. Diğer taraftan,işçilik haklarına ilişkin davalar kural olarak sigortalı çalışmanın tespitini de içermektedir. Aynı konuda yeniden bir yargılama yapılması bu anlamda gereksiz bir zaman kaybıydı. Bu nedenle Yargıtayın yeni görüşü son derece isabetli olmuştur.

⁷⁹¹ Değişik: 26.2.1985-3156/4 md.

⁷⁹² Yarg.HGK Esas : 2003/21-571 Karar: 2003/575 Tarih: 15.10.2003; kişisel arşiv

X. DAVAYA SON VEREN TARAF İŞLEMLERİ

A. DAVANIN KABULÜ

Kabul, HUMK m.92 uyarınca iki taraftan birinin diğersinin dava dilekçesinde belirttiğı talebi kabul etmesidir. Kabul HUMK m.95 uyarınca kesin hüküm etkisi göstermektedir.⁷⁹³

Anayasa'nın 60. maddesinde tanımlanan sosyal güvenlik hakkının niteliğı gereğı sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespiti davalarında, hakimin, doğrudan soruşturmayı genişleterek, sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Tarafların bu konuda talebi olmasa bile bu yükümlülüğe uymak zorundadır. Yüksek Mahkeme 506 sayılı Yasanın 79.maddesinin uygulanmasında bu davaların kamu düzeniyle ilgili olduğunu, vazgeçilmez, devredilmez, zorunlu bir kişisel hak olduğunu ,bu nedenle tüm delillerin re'sen araştırılması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁹⁴ Bu tür davalar,karşı tarafın kabulüyle sonuçlanamaz⁷⁹⁵

Sosyal sigorta ilişkisinin tespiti davasında amaç,sigortalının sosyal güvenliğinin temini olduğundan kabul hatta yemin teklifi dahi geçerli olmamaktadır.⁷⁹⁶

B. DAVADAN FERAGAT

Feragat HUMK m.91 uyarınca davacının talep sonucundan vazgeçmesidir. Dava konusu üzerinde hüküm sonuçlanıncaya kadar talepten vazgeçilebilir.⁷⁹⁷

⁷⁹³ Duman,2002:104

⁷⁹⁴ 10 HD 4/11030 E 2005/1291 K 15.2.2005 Çakmak 220

⁷⁹⁵ 10.HD,15.2.1983 T.,552/661, Çenberci,1985:519;10.HD.,23.12.1991 T.,12704 /11424; YDK,Şubat 1990:218

⁷⁹⁶ 10.HD,4.5.1992, E.1991/14840,K. 1992/5001;Duman,2002: 105

⁷⁹⁷ Kuru,Arslan,Yılmaz,1995:493

Hizmet tespiti davalarının amacı sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başlamasıyla birlikte sosyal sigorta ilişkisi kurulmuş olur.⁷⁹⁸ Sosyal sigortaya katılım zorunludur.⁷⁹⁹ Bu husus 5510 SK'nun 7.maddesinde vurgulanmıştır. Sigorta hak ve yükümlülükleri;”...(a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî eğitime veya zorunlu staja başladıkları tarihten...” itibaren başlar. Zorunluluk ilkesini belirten bu hüküm aynı zamanda sosyal sigortaların kamu hukuku niteliğini de ortaya çıkarmaktadır. Bu durum sözleşmelerle değiştirilemez. Görüldüğü gibi zorunlu sigortalılık ilkesi gereğince ne mahkeme kararına ne bir işleme gerek kalmaksızın sigortalılık niteliği kendiliğinden doğmaktadır. Diğer taraftan sigortalı açısından sosyal sigortalara tabi olmak sadece bir hak değil bir yükümlülüktür.⁸⁰⁰ Kişi istese de istemese de belli koşulların varlığı halinde sigortalı olmak zorundadır.⁸⁰¹ Bu haklardan sözleşmelerle vazgeçmek mümkün değildir.⁸⁰²

Bu nedenle, bu davadan feragat eden sigortalı aynı zamanda sosyal güvenlik hakkından da vazgeçmiş sayılacağından kamu düzenini ilgilendiren bu tür davalarda feragatin geçerli sayılmayacağı kabul edilmektedir.⁸⁰³ Ancak uygulamada sigortalılık ilişkisinin tespiti davalarında feragatin mahkemelerce kabul edildiği görülmektedir. Davanın takip edilmemesi durumlarında da dosya işleminden kaldırılmaktadır. Nitekim Yargıtay 10.HD de daha önce verdiği kararlarda sigortalılık hakkından feragat edilebileceğine karar vermiştir.⁸⁰⁴ Hatta bu davalardan temyiz aşamasında dahi feragat edilmesi 10.HD tarafından kabul edilmektedir.⁸⁰⁵

Yargıtay sigortalının davadan feragatinin kabul edilebileceğine ilişkin kararlarını davacının alacağı ilamın kendisine fayda getirmeyeceğini anlaması halinde davasından vazgeçemeyeceğini kabul etmenin usul ekonomisine aykırı

⁷⁹⁸ Tuncay Ekmekçi,2009:116;Tuncay,2000:117

⁷⁹⁹ Çelik H.,2006:13

⁸⁰⁰ Çenberci,1985:90

⁸⁰¹ Okur, Caniklioğlu, 2009: 143

⁸⁰² Uşan,2009:116

⁸⁰³ Okur, Caniklioğlu, 2009:143,144

⁸⁰⁴ 10.HD 5.1.1983 T.,3424 E.,4 K.;Çakmak,2003:119

⁸⁰⁵ 10. HD.,2.11.1992 T.,658 E.,9978 K., Çakmak, 2003; 121

olduğu gerekçesine dayandırmıştır.⁸⁰⁶ Oysa 5510 sayılı Yasanın 7.maddesi nedeniyle sigortalı olma hak ve yükümlülüklerinden kaçınılamayacağına ilişkin hüküm açılmış olan davadan da vazgeçilemeyeceği anlamına gelmektedir.

Yargıtay sonraki kararlarında sigortalı olma haklarından feragatle vazgeçilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu defa da davacının ancak ileride tekrar dava açma hakkını saklı tutarak davadan vazgeçebileceğine karar vermiştir.⁸⁰⁷ Aslında söz konusu içtihat bile sosyal güvenlik hakkından vazgeçilemeyeceğine dair düzenlemelere aykırıdır. Anılan dava türü,işverenin prim belgelerini vermemesi nedeniyle sigortalının uğradığı zararların engellenmesini sağlamak⁸⁰⁸ yanında, Kurumun prim alacağına kavuşmasına da imkan tanımaktadır. Diğer taraftan Kurum dava açılmasıyla,kayıt dışı çalışma olgusundan haberdar olmuştur. Bu durumda hem sigortalıyı korumak hem de prim tahsili yapabilmek için davaya devam edilmesi gerekmektedir. Kurumun davalı sıfatını değerlendirirken yaptığımız açıklamalarda feragat kurumu da değerlendirildiği için konuyla ilgili ayrıntılara girilmediği belirtilmelidir.

Kabul ve feragatle ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızdan sonra sulh yoluna gidilemeyeceğini de belirtmeliyiz. Bilindiği üzere,İş Mahkemeleri Kanununun 7.maddesinde hakime ilk oturumda tarafları sulha teşvik etme görevi verilmiştir. Hakime yüklenen tarafları sulha teşvik etme görevi sosyal sigorta ilişkinin tespiti davalarında söz konusu değildir. Tarafların kendi aralarında yapacakları sulh anlaşmasının da hakimi bağlamayacağını da eklemeliyiz.⁸⁰⁹

C.DOSYANIN TAKİPSİZ BIRAKILMASI

Sigortalı olma kişiye bağlı devredilmez, vazgeçilmez bir hak ve yükümlülükken,bu tür davalar açıldıktan sonra takipsiz kalabilmektedir. Uygulamada yargılama masrafları yüzünden sigortalıların davaya devam edemediği ya da

⁸⁰⁶ 10.HD. 17.3.1988, T.,551 E., 1656 K.; Çakmak, 2005:108

⁸⁰⁷ 10.HD 14.2.2005 T.,2004/9768 E 2005/1148 K.;10.HD 21.2.2005 T.,2004/11796 E.,2005/1483 K.; Çakmak,2005:113,vd

⁸⁰⁸ Tunçomağ,Kenan, 1990,192

⁸⁰⁹ Duman,2002:110

işverenle dava dışında anlaşma yoluna giderek dosyanın işlemde kaldırıldığı görülebilmektedir.

HUMK m.409 uyarınca taraflar davaya gelmezlerse ya da gelip de davaya devam etmeyeceklerin belirtirlerse,dosya işlemde kaldırılır.Bu durumda dosya üç ay süreyle yenilenmezse davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

Sigortalılık niteliğinin vazgeçilmez niteliğinin,sigortalı hizmetin tespiti davalarına olan etkisine ilişkin yukarıdaki değerlendirmelerimiz bu konu için de geçerlidir.Yargılama giderlerinin karşılanamayacak olması nedeniyle sigortalıların davayı takipsiz bırakması durumu düşünülerek mahkemelerin bu masrafları Devlet hazinesinden karşılamaları resen araştırma yapma yükümlülüğüne uygun düşeceği halde.⁸¹⁰ uygulamada HUMK m.409 uyarınca dosya işlemde kaldırılmaktadır. Sosyal sigorta haklarından vazgeçilemeyeceğine dair yasal düzenlemelere rağmen bu haklardan “ mahkeme önünde ” vazgeçilmesi ciddi bir çelişkidir. Kurumun kayıt dışı çalışmaları tespit etme yükümlülüğünün olduğu bir kez daha hatırlanmalıdır. Kurum,açılmış bir hizmet tespiti davasıyla çalışma iddiasından haberdar olduysa,sigortalının çıkarlarını korumak için bu davayı sonuçlandırması iyiniyet ve dürüstlük ilkesinin bir gereğidir.

Belirtmeliyiz ki Kurumun ve işverenin,sigortalının takip etmekten vazgeçtiği davaları sürdürme imkanı bulunmaktadır. Benzer bir şekilde takipsiz kaldığı için dosyanın işlemde kaldırılması kararlarını da temyiz etme olanağına sahiptir. Ancak uygulamada Kurumun da işverenin de bu yolları kullanmadığı görülmektedir. Sigortalının takip etmediği davaların,dava sonucunda prim, gecikme cezası,idari para cezası ve yargılama gideri ödeyecek olan işveren tarafından takipsiz bırakılması anlaşılabilir bir tutumdur. Benzer bir yaklaşımın Kurum tarafından benimsenmesi ise düşündürücüdür. Kurum,dava sonucunda yargılama giderine mahkum edilmekle birlikte,prim alacağını,gecikme cezası ve idari para cezalarıyla birlikte tahsil etme imkanına da sahip olacaktır. Ancak davayı sürdürmeyerek bu amaca ulaşmaktan vazgeçmektedir.

⁸¹⁰ Duman,2002:111

Bu nedenle Kurumun aktif dava ehliyetine sahip olmasının gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir düzenlemenin,işverenlerin,sigortalıyla anlaşarak,davaları işlemekten kaldırmaya teşvik etmesine engel olacağı düşünülmektedir. Kurum da sigortalı davaya devam etmese de hak ettiği primleri tahsil imkanına kavuşur. Böylece Kanunun kendisine yüklediği,sigortalıyı izleme,primleri tahsil etme yükümlülüklerini yerine getirmede Kurum daha sıkı bir disiplin kazanmış olur.

XI. DAVANIN HUKUKİ SONUÇLARI

A.GENEL OLARAK

Çalıştırılanlar işe alınmakla kendiliğinden sigortalı olurlar ve sigortalı olmak hak ve yükümünden vazgeçilemez. Ancak, tek başına sigortalılık bazı sigorta kollarının sağladığı birtakım haklardan yararlanmak için yeterli değildir. Bunun için belli bir süreden beri sigortalı olmak ve/veya o sigorta kolu için belli bir prim ödeme gün sayısına ulaşmak gerekir. Sigortalı hakkındaki böylesine önemli bilgilerin, bu doğrultuda işlem yapılabilmesi için Kuruma ulaşması gerekir. Bunu sağlamak için de sigortalı çalıştıran işverenlere sosyal sigorta ilişkisi çerçevesinde bazı yükümlülükler getirilmiştir.⁸¹¹ Prim belgelerinin süresi içinde Kuruma verilmemesi ya da eksik verilmesi durumunda,işveren hakkında Kurumca idari para cezası uygulanması ve prim belgelerinin resen düzenlenmesi,Kurumca çalıştığı tespit edilememiş olan sigortalılara bir tespit davası açma imkanı tanınmıştır.⁸¹²

Sigortalı, sosyal sigorta ilişkisinin tespiti için açtığı davada belli bir dönemdeki çalışma süresinin ve prime esas olan kazançlarının tespitini ister. Dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da çalışma süresinin tespiti istemi,prime esas kazançlarının ve prim ödeme gün sayılarının tespiti talebini de içerir.⁸¹³ Aşağıda bu hususlar incelenmiştir.

⁸¹¹ HGK E. 2004/ 21-226 K. 2004/223 T. 14.4.2004;kişisel arşiv

⁸¹² Güzel, Okur, Caniklioğlu,200:267

⁸¹³ Sözer,1991;73

Sigortalının sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespiti için açtığı dava sonucunda alacağı ilam, işverenin Kuruma vermediği bildireler yerine geçecek belge niteliğindedir. Bu nedenle, mahkeme tespit edilen dönem için sigortalının aylar itibariyle prim ödeme gün sayıları ile çalışma dönemindeki bir günlük ücretini belirlemek zorundadır. Kurum, sigortalı hizmetin tespiti davası sonucunda mahkemenin verdiği ilamın gereğini yerine getirmek zorundadır. Aksi halde, davacı infaz hukuku çerçevesinde ilgili mercilere başvurabilir.⁸¹⁴

B.SİGORTALILIK SÜRESİNİN TESPİTİ

Sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespitinde davacının iddia ettiği çalışmaların tespitine karar verilebilmesi için, talep ettiği zaman içinde bu hizmetlerin sigortalı hizmet olarak geçmesi gerekmektedir.⁸¹⁵ Bir başka anlatımla, davacının tespitini istediği dönemde sigortalı niteliğini taşıması şarttır.⁸¹⁶

Bu davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan, tespiti istenen dönemde o kişinin sigortalı olup olmadığı mahkemece resen araştırılmak zorundadır.⁸¹⁷ Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında tespit için incelemenin hangi sıraya göre yapılması gerektiği 506 SK döneminde belirtilmiştir. Buna göre, öncelikle SSK m.79/8'de sözü geçen belgelerin işverence verilip verilmediği veya çalışmanın Kurumca tespit edilip edilmediği araştırılacaktır. Belgeler verilmişse ya da çalışma Kurumca tespit edilmişse, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir. Sonra tespiti istenen dönemde kişinin sigortalı niteliği taşıyıp taşımadığı araştırılmalıdır.⁸¹⁸

Görüldüğü gibi, yüksek mahkeme öncelikle Kuruma bildirim yapılmayan sigortalıların sigortalı niteliği taşıyıp taşımadığı üzerinde durmaktadır. Daha sonra bu niteliği taşıyan sigortalının geçmiş hizmetlerinin süresinin hesaplanmasına

⁸¹⁴ Öztürk, Ö

⁸¹⁵ Saraç, 1998:208

⁸¹⁶ Sözer, 1001:75

⁸¹⁷ Saraç, 1998:209

⁸¹⁸ Öztürk

geçilmektedir. Kuruma bildirimi yapılan sürelerin ise tespit dışı bırakılması gerekmektedir.⁸¹⁹

Kanun,işveren için aylık prim ve hizmet belgesi düzenlemeyi zorunlu tutmuştur.⁸²⁰ Bu belgede sigortalıların ad soyadları ve TC kimlik numaraları,prime esas kazanç tutarları,prime ödeme gün sayıları ile prim tutarlarının gösterilmesi gerekmektedir.⁸²¹ Kurumun, sigortalılar hakkında gerekli işlemleri yapabilmesi için,işveren tarafından bildirge ve bordroların verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle ,ilamda bildirge ve bordrolarda bulunması gereken hususların olması gerekecektir.⁸²²

İşverenin çalıştırmış olduğu sigortalılara ait hangi belgeleri Kuruma vermesi gerektiği⁸²³ 1310 Kanununun 86. maddesinin 1 . fıkrasında belirtmiştir. Düzenlemeye göre işveren,sigortalıların

a) Ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını,

b) 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını,

c) Prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

Kanununun 86.maddesinin 9.fıkrasında ise aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalıların, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarının dikkate alınacağından söz etmiştir.506 SK2nun 79.maddesinin 1.fıkrasında ise işverenin,

⁸¹⁹ 10.HD.,4.10.1983 T.,4136/4739 ; Çemberci,1985: 519

⁸²⁰ 28.9.2008 T.,ve 27011 S.RG'de yayımlanan Aylık Prim Ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine Ve Primlerin Ödenme Sürelerinedair Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ ve 23.11.2008 T., ve 27063 S.RG'de yayımlanan bkz. Aylık Prim Ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine Ve Primlerin Ödenme Sürelerine dair Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ;25.12.2008 T.ve 27091 S.RG'de yayımlanan Aylık Prim Ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine Ve Primlerin Ödenme Sürelerine dair Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ

⁸²¹ Uşan,2009:156

⁸²² 10.HD,26.10.1981T., 4952/5465; Çemberci, 1985 :522

⁸²³ Aslanköylü ,2009:

bir ay içinde çalıştırdığı sigortalının sigorta primleri ve destek primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile bu primleri gösteren ve örneği yönetmelikle belirlenen asıl veya ek belgeleri ait olduğu ayı veya dönemi takip eden ayın sonuna kadar Kuruma vermekle yükümlü olduğunu belirtmişti. Yani verilmesi gereken belgelerin tespitini yönetmeliğe bırakmıştı⁸²⁴

Mahkeme ilamında sigortalılık süresinin,yani sigortalı olarak çalışılan günlerin mutlaka açıkça gösterilmesi gerekmektedir.Bu noktada işe giriş bildirgesinin verildiği tarihten önceki çalışmaların hak düşürücü süre geçmişse tespit edilip edilemeyeceği konusuna değinmeliyiz.Yargıtay önceki kararlarında işe giriş bildirgesinin verildiği tarihten önceki çalışmaların hak düşürücü süreye uğrayabileceği ve bu nedenle bu dönemdeki çalışma iddialarının dinlenemeyeceği yönünde kararlar vermiştir.⁸²⁵ Ancak,yüksek mahkeme daha sonra görüş değiştirmiş ve işe giriş bildirgesinin verildiği tarihten önceki çalışmalar, bildirgenin verildiği tarihi de kapsar biçimde kesintisiz devam etmiş ve sigortalının işi bıraktığı yılın sonundan itibaren 5 yıl içinde dava açılmışsa bildirmeden önceki sürenin hak düşürücü süreye uğramayacağı içtihatını oluşturmuştur.⁸²⁶ İşe giriş bildirgesiyle bu bildirgenin verildiği tarihten daha eski bir tarihin işe giriş tarihi olarak bildirilmesinde bile hak düşürücü sürenin geçmediğini hükme bağlanmıştır.⁸²⁷ Ancak işe giriş bildirgesinin Yasada öngörülen hak düşürücü süreden sonra verilmesi durumunda hak düşürücü sürenin canlanmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.⁸²⁸

Mahkeme çalışmanın kesintili geçip geçmediğinin de incelemekle yükümlüdür. Bu durumda sigortalının Kurumdan şahsi dosyası getirilerek inceleme yapılması gerekmektedir.⁸²⁹ Aynı şekilde,sigortalının tespitini istediği dönemde başka işyerlerinde çalışmaları da bulunmamalıdır.⁸³⁰

⁸²⁴ Aslanköylü, 2009:1310

⁸²⁵ Yarg 10. HD,4.3.1996 T. ,813 E., 1735 K., Aslanköylü, 2009 :1317

⁸²⁶ Yarg 10. HD, 16.12.1999 T. 8942 E.,9230 K.; Aslanköylü, 2009:1317

⁸²⁷ 10.HD 2003/6353 E. 2003/7469 K 27.10.2003;kişisel arşiv

⁸²⁸ 10 HD 2003/388 E. 2003/777 K T.17.2.2003;Y.10 HD 2003/5008 K. 2003/5943.T.22.9.2003;kişisel arşiv

⁸²⁹ 10.HD.,10.9.1996 T.,6811/6606 ; Saraç, 1998:211

⁸³⁰ 10.HD 27.9.1984 T., 4011/4305 , Saraç, 1998:211

Üzerinde durulması gereken başka bir dava türü de 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 108. Maddesinin uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Bu maddeye göre aylık bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süresi,sigortalılığın başlangıç tarihiyle aylık için talepte bulunulan tarih arasında geçen süredir. İlk işe giriş bildirgesindeki tarih, sigortalılık süresinin başlangıcı olduğundan;yaşlılık,malüllük,ölüm aylığına hak kazanabilmek için sigortalının doldurması gereken sigortalılık süresini belirlemektedir. Bu nedenle yaş şartını sağlayan sigortalı açısından ilk defa sigortalı olarak Kuruma bildirildiği tarih büyük önem taşımaktadır.

Ancak uygulamada Kurum,ilk işe giriş bildirgesinde gösterilen işe başlama tarihini, o tarihi kapsayan dönem bordroları işveren tarafından verilmemişse ya da sigortalının bu belgelerde ismi bulunmuyorsa işlemlerinde dikkate almamaktadır. Sigortalılık süresini doldurduğunu düşünen ve aylık bağlanması talebinde bulunan sigortalı,Kurumun bu uygulaması karşısında beklentisine kavuşmamakta ve ilk defa çalışmaya başladığı tarihin,işe giriş bildirgesinde bildirilen tarih olduğunun tespiti için dava açmak durumunda kalmaktadır. Bu davalara uygulamada başlangıç tespiti davası denmektedir.

Kurum,sigortalının aylık bağlanması talebini değerlendirirken işe giriş bildirgesindeki çalışma olgusunu açıkça ret etmemekle birlikte;aylık bağlama işlemini yapmamak suretiyle uyuşmazlık çıkarmaktadır.⁸³¹ Nitekim Yargıtay bir kararında,Kuruma başvuru yaptığında işe giriş bildirgesinin primi yatırılmadığı için şifahi olarak talebinin yerine getirilmeyeceği yanıtını alan sigortalının,bu davayı açabileceğini belirtmiştir.⁸³² Kurumun,bu tür durumlarda uyuşmazlık çıkarmasının ilk nedeni,işe giriş bildirgesindeki işe başlama tarihinde sigortalının fiilen çalışmaya başlamama olasılığıdır.⁸³³

⁸³¹ *Yarg.10.HD.,5663 E.,5874 K.,18.9.1997 T.,Çakmak ,İhsan,Hizmet Tespiti Davaları,Adalet Yayınevi,Ankara,2003,587*

⁸³² *Yarg.10.HD.,5662 E.,5873 K.,18.9.1997 T.,Çakmak,2005,427*

⁸³³ *Yarg.HGK 2001/21-1057 E.,2001/1094 K., 05.12.2001,T.,Kişisel Arşiv*

Bu konuda 506 SK'nun 9.maddesinde 4447 SK'la yapılan değişiklikten söz etmek gerekmektedir. Anılan değişiklikten önce işe giriş bildirgesinin sigortalının iş girmesinden itibaren bir ay içinde verilmesi gerekmekteydi ve bu belge sigortalının "işe başladığını" göstermekteydi. Yargıtay 10.Hukuk Dairesi sigortalıya ait işe giriş bildirgesinin primi ödenmemiş,diğer belgeler verilmemiş bile olsa işyerinde sigortalının bir gün çalıştığına karine olduğu⁸³⁴ ve aksinin Kurum tarafından kanıtlanması gerektiği görüşünü taşımıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise eskiden beri bildirgenin tek başına çalışma olgusunu göstermediğini;sigortalının fiilen çalıştığını kanıtlaması gerektiğini düşünmektedir.⁸³⁵

506 SK'nun 9.maddesinde 4447 SK'la yapılan değişiklikten sonra işe giriş bildirgelerinin işe başlamadan önce verilmesi gerekmektedir. Söz konusu değişiklik 8.9.1999 Tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra işe girmiş olanlar için ilk işe giriş bildirgesine ilişkin bir günlük çalışma karinesinin,10.Hukuk Dairesi tarafından da geçerli kabul edilmediğini de belirtmeliyiz. Zira işe giriş bildirgesi, sigortalının işe başladığını değil;başlayacağını gösteren bir belge sayılmaktadır.

Uygulamada bu davalarda sigortalı,mahkemeden ilk işe giriş bildirgesinde belirtilen tarihte "bir gün çalıştığının" tespitini istemektedir. Genelde dava açılmasındaki hukuki yarar, aylık bağlanması olduğundan ve bir günlük sürenin tespiti bu hukuki yararı sağladığından;sigortalı bu süreyi aşan çalışmalarının da tespitini istemeye ihtiyaç duymamakta;talebini bir günlük çalışmayla sınırlı tutmaktadır. Ancak bağlanacak aylığa etki edecek kadar uzun süren çalışmalar söz konusu olduğunda,sigortalılık başlangıç tarihinin tespitiyle birlikte prim ödeme gün sayısının da tespiti istenebilmektedir.

Kurumun uyuşmazlık çıkarmasının diğer bir nedeni de bildirmede gösterilen işe başlama tarihindeki bir günlük çalışmanın priminin yatırılmamış olmasıdır. Belirtmeliyiz ki sigortalıların neredeyse tamamı,dava açmaktansa bir günlük primi Kuruma yatırmayacak durumdadır. Zira gerçekte işverenin ödemesi gereken bu prim çoğu kez zamanaşımına uğradığından,işverenden tahsil edilememekte ve söz konusu

⁸³⁴ *Yarg.,10.HD.,5259 E.,5152 K.,20.6.1995 T.,Aslanköylü,1336*

⁸³⁵ *HGK,2003/21-254,26.3.2003 T.,Aslanköylü;1336,1346*

primi sigortalı yatırmak durumunda kalmaktadır. Ancak Kurum, sigortalı ödemeye istekli olsa bile, elinde bir mahkeme kararı olmaksızın, prim ödemesini kabul etmemektedir.

Sigortalının işe giriş bildirgesinde belirtilen tarihte işe başlanmama olasılığı ve bir günlük primin Kuruma yatırılmamış olması karşısında, Kurumun bu yaklaşımı ilk bakışta haklı gözükebilir. Ancak aşağıda açıklayacağımız nedenlerle, Kurumun bu konudaki uygulamasıyla gerçekte kendi kusuruna dayanarak uyuşmazlık çıkardığı ve sigortalının Kuruma dava açmasına neden olduğu için ciddi boyutlarda maddi kayba yol açtığı kanaatindeyiz.

İşverenlerin çalıştıracakları kimseleri işe başlatmadan önce, örneği Kurum tarafından düzenlenen işe giriş bildirgesiyle Kuruma bildirmeleri zorunludur.⁸³⁶ Bu nedenle söz konusu davalarda çalışma olgusunun ispatı için ilk başvuru yazılı delil de işe giriş bildirgesidir. Yargılama esnasında da işe giriş belgesi üzerinde imza incelemesi yapılmakta ve bildirgedeki imzanın sigortalıya ait olup olmadığı belirlenmektedir. Uygulamada bu bildirgelere sigortalı yerine işverenin, muhasebecinin, başka birinin imza atması yaygın bir durum olduğundan ya da sigortalının imzası yıllar içinde değişiklik gösterdiğinden, imzanın sigortalıya ait çıkmaması nedeniyle dava hemen ret edilmemektedir. Bir başka deyimle imza sigortalıya ait çıkmasa da çalışma olgusu başka delillerle ispatlanabilmektedir.⁸³⁷

Yargıtay bu davanın hizmet tespiti davası gibi çözümlenmesi gerektiğini belirtmekteyse de⁸³⁸ davanın bu şekilde çözümlenmesinde bazı güçlükler bulunmaktadır. Başlangıç tespiti davaları, çoğu kez uzun yıllar öncesindeki çalışmalara dayandığından ve işverenin tuttuğu belgeler bu sürede zaman aşımına uğradığı için imha edildiğinden, bu belgelerin incelenmesi mümkün olmayabilmektedir. Her iki davada da tanık anlatımlarına başvurulmaktadır. Kuruma dönem bordroları verilmişse, bu belgelerden ismi tespit edilen⁸³⁹; bordrolar

⁸³⁶Evcil,2009

⁸³⁷ Yarg. 10.HD,554 E.,1293 K.,27.2.2003 T.,Aslanköylü,1349

⁸³⁸ Yarg. 21. HD, E: 2006/5398, K: 2007/2671, T: 26.02.2007, Kişisel Arşiv

⁸³⁹ Yarg. 10.HD.,2938 E.,2898 K.,8.4.1996 T.;Aslanköylü,1352

verilmemişse işyerinde fiilen çalışan tanıkların ifadelerine başvurulmaktadır. Ancak başlangıç tespiti davalarında tespiti istenen çalışma çok daha eskiye ait olduğundan işyerinde çalışmış tanıkların bulunması, bulunduğunda da tanıklardan yıllar öncesine ait sağlıklı bilgi alınması mümkün olmamaktadır. Bu durumda işyerine komşu işyerlerinde çalışanların ifadesine başvurulmaktadır.⁸⁴⁰ Uygulamada komşu işyerlerinden tanık bulunamadığı zamanlarda işyeriyle aynı sokakta, aynı mahallede bulunan işyerlerinde çalışanların, hatta böyle bir işyerinde çalışmayan ancak sigortalının o işyerinde çalıştığını bilen kişilerin bile tanıklıklarına başvurulabildikleri görülmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında, davalı işveren, istenen belgeleri ibraz edemediğinden, bordroda kayıtlı çalışanların dinlenmesi olanağı kalmadığı için dosya kapsamı ve toplanan deliller karşısında davacı talebinin kabulü yönünde verilen kararı onamıştır.⁸⁴¹

Kurum uygulamada, işe giriş bildirgesindeki bilgileri çürüten, çalışma olgusunun gerçek olmadığını gösteren herhangi bir delil göstermemekte; çoğu kez sahtelik iddiasında da bulunmamaktadır. İşe giriş bildirgesiyle gündeme gelen çalışma karinesini çürüten karşı sav ileri sürülmediğine göre bu uyuşmazlıkların “yargılamayla” çözümlenmesinin pratik bir değeri olmadığı kanaatindeyiz. Kurumun, söz konusu uygulamasıyla, işe giriş bildirgesinin geçerli olduğunu bir notermişçesine mahkemelere tescil ettirdiği; bu belgedeki bilgileri kabul etmenin sorumluluğunu mahkemelere devrettiği izlenimi doğmaktadır.

Çoğu kez sigortalıların, çalıştığını ispatlayacak tanıkları kolayca bulup dinletebildikleri⁸⁴², açılan davaların neredeyse tamamının Kurum aleyhine sonuçlandığı düşünüldüğünde, Kurumun uyuşmazlık çıkarmakla hukuki yarar sağlamadığı; bilakis ekonomik kayba uğradığı düşünülmektedir. Üstelik Kurum, bu şekilde davranarak kendi kusurunu göz ardı etmektedir. Kurum, çalışma olgusundan öncelikle işe giriş bildirgesi ile haberdar olur. Hem sigortalıyı korumak için hem de prim alacağını takip etmek için çalışma sürecini izlemesi gerekir. Zamanında bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ancak yıllar sonra bu durumun sonuçlarına

⁸⁴⁰ Yarg. 21. HD., E: 2006/5398, K: 2007/2671 T: ,26.02.2007, Kişisel Arşiv

⁸⁴¹ HGK., 2001/21-1057 E., 2001/1094 K., T., 05.12.2001

⁸⁴² Aslanköylü, 1336

dayanarak uyuşmazlık çıkarması kanaatimizce dürüstlük kuralıyla bağdaşmamaktadır. Yüksek Mahkeme de Kurumun, çalışmanın varlığını denetleyip primlerin işverence ödenmesini sağlaması gerekirken, işlemleri yapmamanın kusurunu, çalışma süresinin kurum kayıtlarına geçip geçmediğini bilebilecek durumda olmayan sigortalıya yüklemenin hakkaniyetli olmadığını belirtmektedir.⁸⁴³

Bu davalarda, işveren genelde davaya dahil edilmediği için, davaya dahil edilse bile yargılama giderinden sorumlu tutulmadığından⁸⁴⁴ yargılama giderlerinin tamamı Kurum üzerinde kalmaktadır. Ayrıca sigortalının yaşlılık aylığı bağlanması konusunda bir talebi de varsa, Kurum, dava tarihinden ödeme tarihine kadar yasal faiz ödemek durumunda kalmaktadır. Aylıklar için ödenen faizle birlikte bu davaların maddi sonucu, hizmet tespiti davalarından bile ağır olmaktadır. Kurumun, bir günlük prim alacağını, sadece mahkeme kararıyla elde etme arzusunun, alacağı primi kat be kat aşan maddi külfete yol açtığı düşünülmektedir. Primi alınmamış bile olsa kural olarak ilk işe giriş bildirgelerindeki işe başlama tarihinin gerçeğe uygun kabul edilmesinin en adil; en akılcı çözüm olacağı kanaatindeyiz.

C. PRİME ESAS KAZANÇ TUTARLARIN TESPİTİ

Kurumun, sigortalılar hakkında gerekli işlemleri yapabilmesi için işveren tarafından bildirme ve bordroların verilmesi gerekmektedir. Belgeleri Kuruma verilmeyen sigortalının açacağı dava sonucunda alacağı ilam, işverenin Kuruma vermediği bildirgeler yerine geçecektir. Bu nedenle ilamda bildirme ve bordrolarda bulunması gereken hususların olması gerekecektir.⁸⁴⁵ Yargılama sonucunda mahkeme sadece çalışılan günleri; bir başka anlatımla sadece prim ödeme gün sayılarını değil, aynı zamanda prime esas olan kazanç tutarlarını da belirlemek zorundadır. Uygulamada sigortalılık süresine ilişkin davalarda asgari ücret üzerinden

⁸⁴³ Yarg., HGK., 2001/21-1057 E., 2001/1094 K., T., 05.12.2001, Kişisel Arşiv

⁸⁴⁴ İşveren, bu davalarda işe giriş bildirgesini verdiği için , yükümlülüklerine uymuş sayılarak yargılama giderlerinden sorumlu tutulmamaktadır. Bkz., Yarg.10.HD., 9241 E., 9147 K., 22.12.1997 T., Çakmak, 2003, 589 . Ancak işverenin Kuruma ve sigortalıya karşı yükümlülüğü bu belgenin verilmesiyle sınırlı değildir. Zaten Kurumun uyuşmazlık çıkarmasının temel nedeni işverenin Kuruma vermesi gerekli diğer belgeleri vermemesidir. Bu nedenle Yargıtayın bu görüşüne katılmıyoruz.

⁸⁴⁵ 10.HD., 26.10.1981 T., 4952/5465; Çeberci, 1985:522

çalışıldığına karar verilmekte ; ücretin net miktarı üzerinde çok fazla durulmamaktadır.

Bu arada işe iade davalarında fiilen çalışılmayan sürelerdeki primlerle ilgili düzenlemeden de söz etmekte fayda vardır. 16-330 Ek genelgede feshin geçersizliğine dair mahkeme veya özel hakem kararının kesinleştirilmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süredeki primleriyle ilgili düzenleme yapılmıştır.

Buna göre, işe başlatılsın veya başlatılmasın işçiye çalıştırılmadığı süre için ödenen en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarından iş kazaları ve meslek hastalıkları ile işsizlik sigortası primi de dahil olmak üzere,tüm sigorta kollarına ait primlerin kesilmesi ve bu sürelerin hizmetten sayılması gerekmektedir. Ancak,işe başlatılmayan ve bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödenmemiş işçiye, bu süreler için ödenen ücret, ihbar tazminatı niteliğinde olduğundan, prime tabi tutulmayacaktır.

Aynı genelgede, idari yargı tarafından verilen kararlara istinaden sigortalıların fiilen çalışmadıkları süreler için ücret ve benzeri nitelikte ödeme yapılması halinde, ücretlerin ilişkin olduğu aylara maledilmek, ücret dışındaki diğer ödemelerin ise ödendiği ayın kazancına dahil edilmek suretiyle sigorta primlerine tabi tutulması gerekmektedir.

Bilindiği gibi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesine göre, İş mahkemelerinde temyiz süresi kararın tefhimi (verilmiş olan kısa kararın veya hükmün duruşmada hazır bulunan taraflara yargıç tarafından sözlü bildirilmesi) tarihinden itibaren 8 gündür.

Bu durumda, mahkeme kararı, tarafların son duruşmada hazır bulunmaları halinde, kısa kararın yüze karşı tefhimi tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz edilmez ise kesinleşir. Tarafların son duruşmada hazır bulunmaması halinde ise, mahkemenin gerekçeli kararının taraflara tebliği tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz edilmez ise kesinleşir.

Temyiz edilmeksizin kesinleşen kararların mahkeme tarafından taraflara tebliği zorunluluğu bulunmamaktadır. Düzenlemeye göre, geriye yönelik olarak düzenlenen prim belgelerinin 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesine istinaden verildiği takdirde, söz konusu belgelerin;

-Mahkeme kararının temyiz edilmemesi durumunda kararın kesinleştiği,

-Temyiz edilmesi halinde Yargıtay onama ilamının işveren veya vekiline tebliğ edildiği,

-Yargıtay onama ilamı taraflara tebliğ edilmemiş/edilememiş ise Yargıtay onama ilamının kararı vermiş olan mahkemenin kalemine intikal ettiği,tarihi takip eden ayın sonuna kadar verilmesi ve belgelerde kayıtlı sigorta primlerinin aynı süre içerisinde ödenmesi gerekmektedir (Genelge).

Bu durumda idari para cezası ve gecikme zammı uygulanmayacak, yükümlülüklerin, yukarıda belirtilen kesinleşme tarihini takip eden bir ay içerisinde yerine getirilmemesi halinde ise belgelerin verilebilmesi amacıyla işverene tanınan bir ayı takip eden aydan başlanarak gecikilen her ay için gecikme zammı, ayrıca her bir aya ilişkin prim belgesinden dolayı bir aylık sürenin son gününde geçerli olan asgari ücret üzerinden de idari para cezası uygulanacaktır (Genelge).

İş Sözleşmesi Feshedilen Sigortalıların Görevlerine İade Edilmelerine İlişkin Kararlar Ve Hizmet Tespit Kararları konulu 16-330 Ek Genelgede 506 SK uygulamasından kaynaklı hizmet tespit davaları sonucunda mahkemelerce verilen kesinleşmiş nitelikteki kararlarda sigortalıların ücretlerine yer verilmemesi halinde prime esas kazaç miktarının nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu durumda, söz konusu kararların uygulanması zorunlu olduğundan, yerleşmiş yargı kararları ve 506 sayılı Kanunun 78 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü dikkate alınarak, bundan böyle ücret unsuru bulunmayan bu tür mahkeme kararları, hizmetin ilişkin olduğu süredeki sigorta primleri hesabına esas kazancın alt sınırı üzerinden işleme konulacaktır. Söz konusu uygulama 5510 SK açısından da devam etmektedir.

Belirtmeliyiz ki, Yargıtay kararlarına göre ücret miktarı HUMK m.288'deki sınırları aşyorsa, hüküm altına alınabilmesi için yazılı delil aranmaktadır. Ancak bu sınırın altında kalan miktar için tanık dinletilebilmektedir. Tespiti istenen miktar sınırı aşılıyor olsa bile, varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa, tanık dinletilmesi mümkündür.⁸⁴⁶

D.DAVA SONUCUNDA İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tespit ilamını alan Kurum, işverenden geçmiş dönemlere ait primleri, sigortalı payı da dahil olmak üzere, gecikme zammı ile birlikte tahsil edecektir. Ayrıca, tespit davası sonucunda, SSK m. 8 çerçevesinde bildirgesi verilmemiş işyeri için Kurum tarafından re'sen tescil işleminin gerçekleştirilmesi de söz konusu olabilecektir⁸⁴⁷.

Kanunun 86.maddesinin 7.fıkrasında şu düzenleme mevcuttur: “Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir. İşveren, bu maddeye göre tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde, ilgili Kurum ünitesine itiraz edebilir. İtiraz, takibi durdurur. İtirazın reddi halinde, işveren kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Yetkili mahkemeye başvurulması, prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz. Mahkemenin Kurum lehine karar vermesi halinde, 88 inci ve 89 uncu maddelerin prim borcuna ilişkin hükümleri uygulanır.” SSIY'nin 19.maddesinde de sigortalıların re'sen tescili işlemleri düzenlenmiştir. Bu hükme göre Kanuna göre sigortalı olması gerektiği halde hizmet tespitine ilişkin

⁸⁴⁶ HGK E: 2004/21-226 K: 2004/223 T: 14.4.2004, kişisel arşiv

⁸⁴⁷ Demircioğlu / Güzel, 129

kesinleşen yargı kararlarına göre, Kuruma bildirilmediği tespit edilenlerin, tescil işlemleri Kurumca re'sen sonuçlandırılır. İşveren yapılan tebligata karşın sigortalı işe giriş bildirgesini Kuruma vermezse sigortalının işe giriş bildirgesi re'sen düzenlenerek sigortalının tescili sağlanmaktadır. Prim belgelerinin Kuruma zamanında verilmemiş olması halinde, kanunun 86.maddesinin 9.fikrasındaki yetkiye dayanarak Kurum bu belgeleri, re'sen düzenleyecektir.

Uygulamada hizmet tespit kararında belirtilen hususlar işverene ihtarname ile tebliğ edilir. Bu ihtarnamenin tebliğinden itibaren 30 gün içinde sigortalının işe giriş bildirgesi ve prim belgelerinin tanzim edilip Kuruma teslim edilmesi istenmektedir. Eğer 30 gün içinde işveren bu işlemleri yapıp söz konusu belgeleri Kuruma tevdi etmezse veya işyeri kapanmış, işveren kaybolmuş ya da adresi meçhul ise, Kurum tarafından bu bildirme ve belgeler re'sen tanzim edilip Kurumun ilgili birimine teslim edilir ⁸⁴⁸. Primler gecikme zammı ile birlikte işverene tebliğ edilmektedir. Hesaplanan primlerin ödenmemesi halinde işverenler hakkında 6183 Sayılı yasanın öngördüğü yaptırımlar uygulanmaktadır ⁸⁴⁹.

Kanunun 93.maddesinde “*Kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir.*” hükmü nedeniyle Kurumun prim alacağı, ilişkin olduğu ayı takip eden ayın sonunda muaccel hale gelmektedir. Hesaplanan primlerin ödenmemesi halinde işverenlere uygulanacak diğer yaptırımlara örnek olarak prim borcunun hak ediş ve teminatlardan kesilmesini, prim borçlusunun ve borcunun kamuoyuna açıklanmasını örnek olarak sayabiliriz. ⁸⁵⁰ Prim borçlarının, ödeme mükellefiyetinin doğduğu tarihten itibaren 10 yıl içinde zamanaşımına uğraması gerekiyorsa da Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bir kararında ⁸⁵¹ prim borçlarının zamanaşımına uğramayacağı, mutlaka yatırılması gerektiği ve prim ödemedi aylık bağlama işleminin yapılmayacağı belirtildiğinden, bu durumda sigortalı isterse,

⁸⁴⁸ Çakmak,2005, 196.

⁸⁴⁹ Evcil,2006,65,67

⁸⁵⁰ Demircioğlu,Güzel,140.Ayrıca bkz.,Sigortalının prim ödemeyi üstlenmesi konudaki değerlendirmelerimiz için

⁸⁵¹ Yarg. 10. HD. 13.04.1981, 608/2253: Çakmak,2005

kendisi dahi primleri yatırıp ilamın infazını sağlayabilir. Eğer primler sigortalının kendisi tarafından yatırılıyorsa bu durumda idari para cezası uygulanmamakta ve gecikme zammı hesaplanmamaktadır⁸⁵².

Burada önemli olan husus tespitine karar verilen hizmetlerin primi ödenmeden sosyal sigorta yardımının yapılıp yapılmayacağıdır.⁸⁵³ Belirtelim ki,primli rejimde yardımlardan yararlananların bunların finansmanına katılmaları esastır. Bu yüzden,Kurumun alınan ilamla tespit edilen primleri talep etmesi normaldir.

Uygulamada,prim alacağı zamanaşımına uğramış bile olsa, Kurum primler için işverene ödeme emri göndermektedir. Ancak işveren zamanaşımı definde bulunduğu ya da ödeme gücü olmadığı Kurumun primleri işverenden tahsil etme olanağı kalmamaktadır. Kurum bu durumda primleri sigortalıdan istemekte aksi halde tespit kararındaki hususları dikkate almamaktadır. Kurum bu uygulamasını,2 5 Şubat 1982 tarih ve 2952 sayılı Genelgeye⁸⁵⁴ dayandırmakta; Genelge ise gerekçe olarak Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin Kararını⁸⁵⁵ göstermektedir. Oysa anılan kararın,Genelgenin düzenlediği konuyla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle bu kararın gerekçe gösterilmesi,sosyal güvenlik uzmanları tarafından eleştirilmiştir.⁸⁵⁶

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "prim ödeme yükümlüsü" başlıklı 87. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; bu Kanun'un uygulanmasında kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası ve isteğe bağlı sigorta bakımından 4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine ve 5. maddenin (a) bendine tabi olanlar için bunların işverenlerinin prim ödeme yükümlüsü olduğu hüküm atına alınarak mevcut hükümler aynen korunmuştur. Yani, hizmet akdine tabi olanlar ile kamu kurum ve kuruluşlarında

⁸⁵² Çakmak,2005,9, Tezel, akt.Evcil,2006,133

⁸⁵³ Aslanköylü, 2009:1365

⁸⁵⁴ 25 Şubat 1982 tarihli ve 2952 Sayılı „Sadece İşveren Aleyhine Hizmet Süresinin Tesbiti Talebiyle Açılan Davalar Sonucunda Verilen Kararlarda Tespit Olunan, Ancak; Primi Ödenmeyen Veya Kurumca Primlerin Ödetilme İmkânı Ortadan Kalktığı Halleri Kapsayan Süreler Hakkında Genelge

⁸⁵⁵ Yrg. 10. HD.'nin, 13.04.1981 tarih ve E.1981/608 ve K. 2253 Sayılı Kararı

⁸⁵⁶ Bkz.Tezel;Uzun

çalışan işçilerin primlerinin ödenmesi konusunda mevcut uygulamada olduğu gibi sigortalılara bir yükümlülük getirilmemiş, bu yükümlülük tamamen işverene verilmiştir⁸⁵⁷. Prim ödeme yükümlüsü işverendir.⁸⁵⁸

Kanununun 86.maddesinin 9.fıkrasındaki düzenleme şu şekildedir:”*Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca işyerinde fiilen yapılan tespitlerden ve kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden kayıt ve belgelere dayanmaksızın çalıştığı belirlendiği halde, hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının Kuruma bildirilmediği anlaşılan veya eksik bildirildiği tespit edilen sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, en fazla tespit yapıldığı tarihten geriye yönelik bir yıllık süreye ilişkin kısmı dikkate alınır.*” Görüldüğü gibi bu madde,tespit kararında belirtilen hususların Kurum tarafından dikkate alınacağı hükmünü getirmiş;tespit edilen çalışma süresine ait primlerin ödenmiş olması şartını aramamıştır. Nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ,kararda tespit edilen çalışma süresine ait primleri kendisinden istenen,bu primleri ödenmeden elindeki mahkeme ilamı dikkate alınmayan sigortalının açtığı davada aynen şu cümlelere yer vermiştir: “506 sayılı Yasa’nın 79/10. maddesinde “*yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurum’ca tespit edilmeyen sigortalıların çalışmalarını, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarının nazara alınacağı*” belirtilmiştir. Yasa’da başka bir koşul öngörülmemiş olup, prim borçlarının ödenmesinden işverenler sorumlu olduğuna, ödenmeyen primlerin tahsil ve takibinden de kurum yetkili ve görevli bulunduğuna göre, Yasa’nın öngördüğü şekilde çalışmalarını bildirmeyen işveren ve çalışmayı tespit etmeyen kurumun bu davranışlarının sonucu sigortalıya yüklenmemelidir. Aksi bir düşünce sigortalının hiçbir zaman yaşlılık aylığına ulaşamaması gibi bir sonucu da doğurabilir, bu da sosyal güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz.” diyerek mahkemenin verdiği kararı bozmuştur.

⁸⁵⁷ Uluöz,Davut

⁸⁵⁸ Aslanköylü,2009:1 366

Belirtilmelidir ki sigortalıların Kayıt dışı çalıştıklarını bildikleri halde yıllarca bu duruma sessiz kalmalarının en önemli nedeni bütün çalışanları kapsayan iş güvencesi hükümlerinin olmayışdır. Kurumun denetim mekanizmasının iyi işlememesi de sigortalıyı koruma yükümlülüğünü yerine getirememesine yol açmaktadır. İşini kaybetme korkusu ve işsizlik olgusu arasında sıkışan sigortalılar, kayıt dışı çalıştırılmayı kabullenmek durumunda kalmaktadır. Ancak Kanunun 86.maddesi,bu şekilde çalıştırılan sigortalıların ileride uzun vadeli sigortalı dallarından faydalanabilmelerini sağlamak amacıyla böyle bir dava açma imkanı yaratarak,geç de olsa sosyal güvenlik hakkını korumaktadır. Ancak tespit davaları geriye dönük çalışmaların tespiti için açılacağından,tespit edilen çalışmalara ait primlerin büyük oranda prim zamanaşımına uğrayacağı açıktır. Bir yandan mutlak bir hak olarak sigortalı olma hakkını tanımak ,diğer yandan bu hakkın kullanılmasını prim ödeme şartına bağlamak çelişkilidir. Ayrıca prim ödeme yükümlüsü olarak işveren zamanında yükümlülüklerini yerine getirmediği ,Kurum da zamanında sigortalı çalışmaları tespit edemediği için kusurludur. Her iki taraf da kusurlu davrandığı halde bu durumun sigortalı aleyhine sonuç yaratması kabul edilemez bir uygulamadır.

Benzer bir bakış açısıyla prim zamanaşımına da değerlendirmek gerekmektedir.Kanunun 93.maddesinin 2.fıkrasında şu düzenleme bulunmaktadır: ” Kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir. Kurumun prim ve diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır. Bu alacaklar için 89 uncu madde gereğince hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı, 88 inci maddede belirtilen ödeme süresinin son gününü takip eden günden itibaren uygulanır.” Uygulamada tespit kararlarında tespit edilen çalışmaların

primlerine ilişkin zamanaşımı, primlerin ödeme süresinin olduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak hesaplanmaktadır. Kurum her ne kadar zamanaşımına uğramamış primleri de işverenden talep etmekteyse de işverenler bu talebe itiraz etmektedir. Mahkemeler de uygulamada bu nedenle açılan davalarda zamanaşımını primlerin ödeme süresinin olduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak hesaplanmaktadır. Oysa hükümdeki, " Kurumun prim ve diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır. " hükmünün uygulanması durumunda sigortalılara yönelik haksızlığın önüne geçilmiş olunacağı kanaatindeyiz. Bir başka anlatımla, Kurumun tespit kararıyla sigortalı çalışmadan haberdar olduğu düşünülerek, prim alacağı için zaman aşımı başlangıcının da bu kararın Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren tespit edilmesi hem gerekir.

Hizmet tespit davaları sonucu kazanılan hizmetlere ilişkin primleri sigortalının ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır. Yasalarda başka bir koşul öngörülmemiş olup, prim borçlarının ödenmesinden işverenler sorumlu, ödenmeyen primlerin tahsil ve takibinden de kurum yetkili ve görevli bulunduğuna göre, yasanın öngördüğü şekilde çalışmalarını bildirmeyen işveren ve çalışmayı tespit etmeyen kurumun bu davranışlarının sonucu sigortalıya yüklenmemelidir. Başka bir yaklaşımla zamanaşımı kurumunun hukuksal olmadığı dahi düşünülebilir. Öncelikle prim ödeme yükümlüsü kural olarak işveren ise bu primin yatırılması ilerde sigortalının sosyal sigorta edimlerinden yararlanmasını sağlayacağı için alacaklısı gerçekte sigortalıdır. Kurum gerçekte sigortalı adına bu primleri tahsil etmektedir. Sigortalı olma hakkı vazgeçilmez, devredilmez bir hak olduğuna göre bu hakkın kullanılmasını engelleyen düzenlemelere de yer verilmemesi gerekir. Prim

zamanaşımı nedeniyle primler tahsil edilemediği için sigortalının aldığı tespit kararını uygulamamak,sigortalı olma hakkının özünü zedelemektedir.

Yüksek Mahkeme,kısa vadeli sigorta kollarında Kurumun geçmişe yönelik olarak yapacağı bir hizmetin söz konusu olamayacağı düşüncesinden hareketle,bu sigorta kollarına ait primlerin tahsil edilemeyeceği kanısındadır. Doktrinde, bizim de katıldığımız düşünce tarzına göre,sigortalı hizmet tespiti davası sonucunda alınacak ilam,hem sigortalıyı,hem de Kurumu korumaya yöneliktir. İlam sonucunda yapılacak işlemlerle sigortalının mağduriyeti önlenecek ve sigortalı tüm primlerini ödemiş bulunan sigortalılarla aynı statüye getirilecektir.⁸⁵⁹ Ancak tespit kararı,sosyal sigorta yükümlülüklerine eksiksiz uyulmuş olsaydı,işveren ve Kurum hangi statüde bulunacak idiyse onları da aynı statüye getirmelidir kanaatindeyiz. İşveren,Kuruma karşı sorumluluklarını yerine getirmiş bir işverenle aynı ekonomik sonuçlarla karşılaşmalıdır ki iyiniyetli işverenler açısından haksız rekabet ortamı doğmasın. Bu yükümlülüklerden kaçınılamayacağı gerçeğinin de işverenlerin kayıt dışı sigortalı çalıştırmasına engel olabileceği düşünülmektedir. Kurumun da Anayasada hükme bağlanan eşitlik ilkesi gereği, eşit durumda olanlara eşit uygulamada bulunması gerekir. Anılan nedenlerle kısa vadeli sigorta dallarına ait primlerin de tahsili gerektiğini düşünmekteyiz.

Bilindiği gibi sosyal sigorta primi işveren ve sigortalı paylarından oluşur. Kuruma ödemeyi işverenin yapması onun primin tümünün borçlusu olduğu anlamına gelmez. İşte bu yüzden işveren sigortalı hizmetin tespiti sonunda kendisinden talep edilen ödemeyi yaptığında sigortalıya ait prim payını ondan istemek hakkına sahiptir. Ancak işveren sigortalıdan prim payını kestiği halde Kuruma yatırmamışsa artık sigortalıya rücu etmesi söz konusu olamaz.⁸⁶⁰

Sigortalı hizmetin davayla tespiti sonucunda işverene uygulanan en etkili yaptırım ise idari para cezası uygulamasıdır.İdari para cezasının hukuki niteliği öğretide ve yargı kararlarında sıkça tartışılan bir konudur.Bir görüşe göre bu

⁸⁵⁹ Öztürk

⁸⁶⁰ Öztürk; Sözer,1991.77,78:

ceza,ihlale bir cevaptır.⁸⁶¹ Başka bir tanıma göre de “düzenin kurallarına uyulmamasının bir tepkisidir.⁸⁶² Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu düzenlemeyi “idari yaptırım” olarak değerlendirmiştir.⁸⁶³ 5510 SK, idari para cezalarını 102.maddede düzenlemiştir. Bu hükümde hangi fiile ne şekilde ceza verileceği ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Kuruma verilmesi gerektiği halde verilmeyen belgeler, mahkeme kararı, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitler veya diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde ya da bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden, hizmetleri veya kazançları Kuruma bildirilmediği veya eksik bildirildiği anlaşılan sigortalılarla ilgili olması halinde, belgenin asıl veya ek nitelikte olup olmadığı, işverence düzenlenip düzenlenmediği dikkate alınmaksızın, aylık asgari ücretin iki katı tutarında, idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır. 506 sayılı kanunun 140.maddesinde de benzer bir düzenleme mevcuttu.Ancak yukarıda aktarılan eylemin karşılığı olan ceza,asgari ücretin 3 katı tutarında idari para cezası kesilmesiydi.5510 SK,ceza miktarını azaltmıştır.

Belirtmeliyiz ki prim tahakkuku ile idari para cezası tahakkuku farklı şekilde düzenlenmiştir. Kanunun 102.maddesi,sosyal sigorta yükümlülüklerini Kanuna uygun şekilde yerine getirmeyen işverenlere verilecek idari para cezalarını düzenlemiştir. Bu cezalar,işverene tebliğ edilmekte ve yapılan tebligatta Kuruma itiraz edilebileceği belirtilmektedir. 5510 Sayılı Kanunun 107.maddesine dayanarak çıkartılan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 121.maddesinin birinci bendinde, Kurumca, sigortasız çalıştırıldığı veya eksik gün ya da kazanç üzerinden Kuruma bildirildiği tespit edilen sigortalılara ilişkin, Kurumca tahakkuk ettirilen idarî para cezalarına yapılacak itirazların, idari para cezası itiraz komisyonunca değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. 5510 sayılı kanun madde 102..maddesinde;” *İdarî para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına*

⁸⁶¹ Hafızoğulları,156

⁸⁶² Özey,20

⁸⁶³ 5.6.1997 T.,70/53 Sayılı kararı,kişisel arşiv

yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir.” hükmü mevcuttur. 5510 Sayılı Kanununun 102.maddesinde bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların, iş mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda işveren, primle ilgili itirazlarını iş mahkemesine; idari para cezasıyla ilgili itirazlarını ise idare mahkemelerine yapmak zorundadır.

İşverenin sosyal sigorta yükümlülüklerini yerine getirmemesi fiili, TCK 117/2'deki suç açısından da incelenmelidir. İş ve çalışma hürriyeti aleyhindeki cürümler ,TCK. m.117'de özel olarak hükme bağlanmıştır. Günümüzde idari yaptırımların yaygınlığı artmış;öncesine göre çalışma yaşamı ile ilgili adli ceza yaptırımları azalmış olmakla birlikte,⁸⁶⁴ Türk Ceza Kanununda düzenlenen az sayıdaki hükümlerden birisi de TCK'nun 117.maddesindeki suçtur. TCK m.117/2'de, kişinin çaresizliği ve bağımsızlığını sömürmek suretiyle ücretsiz ya da emsal işlere göre düşük ücretle çalıştırma veya insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde çalışma koşullarına tabi kılma davranışı tipik suç olarak düzenlenmiştir. Hükmün, failin sadece kişiyi ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açıkça orantısız düşük ücretle çalıştırmak veya insan onuruyla bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak kastıyla hareket etmesi suçun oluşması için yeterli değildir. Suçun oluşması için mağdurun zayıf durumundan ,çaresizliğinden faydalanarak,hiç ücret verilmeden ya da insanlık onuruna yakışmayacak şekilde çalıştırılması da gerekmektedir.⁸⁶⁵ Ancak ceza yasaları kıyas suretiyle geniş yorumlanamayacağı için işverenin sosyal sigorta yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumlarında uygulanamayacağı açıktır. Çalışma yaşamını koruyan hükümler arasında sosyal güvenlik hakkını koruyucu hükümlere de yer verilmesi kanımızca doğru bir yaklaşım olacaktır.

⁸⁶⁴ Akbulut;99

⁸⁶⁵ Odaman,192

E.TALEPLE BAĞLILIK

Sigortalı geçmiş sigortalı hizmetlerinin tespiti davasında aylık prim ve hizmet belgesinde bulunması gereken hususların tespitini ister.Bu dava neticesinde sigortalının alacağı ilamda belirtilen aylık kazanç toplamlarıyla prim ödeme gün sayıları sosyal sigorta haklarının doğumunda ve hesaplanmasında Kurum tarafından nazara alınacaktır.

Yargılama sonucunda mahkeme kural olarak iki tarafın iddia ve savunmalarıyla bağlı olup,talepten fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez.⁸⁶⁶ Yargı kararları da mahkemenin talepten fazlasına karar veremeyeceği yönündedir.⁸⁶⁷

Aslında bu durum sigortalılık niteliğine ilişkin düzenlemelere uygun değildir. Sigortalılık haklarından vazgeçilemeyeceği,devredilemeyeceğine dair düzenlemeler karşısında sigortalının yargılama esnasında tespitini istediğinden daha fazla süre çalıştığının ortaya çıkması durumunda bu sürenin dikkate alınması gereklidir. Mahkeme ortaya çıkan bu hizmet süresini “dava dilekçesinde tespiti istenmediği” gerekçesiyle tespit kararının dışında bırakmaması gerekir. Üstelik avukatıyla temsil edilen Kurum bu fazla süreden haberdar olduğuna göre prim tahsilatı açısından da bu sürelerin nazara alınmasını sağlamak Kurumun hem yararına bir yaklaşımdır, hem de yükümlülüğüdür.

XII.KANUN YOLLARI

A.GENEL OLARAK

5510 S.K'nun 101.maddesi Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğini belirtilmiştir.⁸⁶⁸ 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesinde Kanunda açıklık bulunmayan hallerde HUMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.Aşağıda bu kararların nasıl temyiz

⁸⁶⁶ Duman,2002:115

⁸⁶⁷ 10.HD.,8.1.1994 T.,1993/7090 E.,1994/1765 K.,kişisel arşiv

⁸⁶⁸ HGK 22. 1.1975 412 E.,55 K,kişisel arşiv

edileceği ve karar düzeltme yolunun kapalı olmasına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

B.TEMYİZ

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesine göre, iş mahkemelerinde temyiz süresi kararın tefhimi (verilmiş olan kısa kararın veya hükmün duruşmada hazır bulunan taraflara yargıç tarafından sözle bildirilmesi) tarihinden itibaren 8 gündür.

Bu durumda, mahkeme kararı, tarafların son duruşmada hazır bulunmaları halinde, kısa kararın yüze karşı tefhimi tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz edilmez ise kesinleşir. Tarafların son duruşmada hazır bulunmaması halinde ise mahkemenin gerekçeli kararının taraflara tebliği tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz edilmez ise kesinleşir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 15. Maddesinde Kanunda açıklık bulunmayan hallerde HUMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda karar yüze karşı verilmediyse temyiz süresi kararın tebliğinde itibaren başlayacaktır.⁸⁶⁹

Tıpkı dava açılmasında olduğu gibi davanın temyiz edilmesinde de hukuki yarar bulunması gerekmektedir. Temyiz istemi aleyhine hüküm kurulan tarafça yapılacaktır.⁸⁷⁰

Temyiz sürecinde, hükmü veren mahkemenin,kendisine sunulan olguları usulüne uygun inceleyip incelemediği kontrol edilecektir.⁸⁷¹

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında temyiz incelemesinin hangi sıraya göre yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre,öncelikle işverence verilmesi gereken belgelerin Kuruma verilip verilmediği veya çalışmanın Kurumca tespit edilip edilmediği araştırılacaktır. Belgeler verilmişse ya da çalışma Kurumca tespit

⁸⁶⁹ 10.HD.,27.6.1995 T.,5384/5907,Ertürk, 1999:270

⁸⁷⁰ Duman,2002:112

⁸⁷¹ Kuru, Aslan, Yılmaz,1995:576

edilmişse,dava hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir.⁸⁷² Sonra, tespiti istenen dönemde işyerinin gerçekten varolup olmadığı, kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı, davacının sigortalı niteliği taşıyıp taşımadığı araştırılmalıdır. Hizmet sigortalı bir hizmet değilse dava taraf sıfatının yokluğundan reddedilmelidir.⁸⁷³ Yargıtay'a göre,çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu ancak bu koşullar varsa inceleme konusu yapılabilecektir.

Her ne kadar İMK'nun 8.maddesi uyarınca verilen kararların Yargıtay tarafından iki ay içinde incelenerek karara bağlanması hükme bağlanmışsa da iş yükü yüzünden Yargıtay bu yükümlülüğe uyamamaktadır.⁸⁷⁴

C.KARAR DÜZELTME YOLUNUN KAPALI OLMASI

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu,iş yargılamasında karar düzeltme imkanını ortadan kaldırmıştır.İş mahkemelerinden verilen kararlara ilişkin karar düzeltme yolu getirilmemiştir. Ancak kararda açık olmayan ve çelişkili bulunan konular nedeniyle HUMK m.455'de öngörülen tavzih müessesesi ile m.445'de öngörülen yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceği düşünülmektedir. Zira bu kanun yollarının uygulanmayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır.⁸⁷⁵

⁸⁷² Öztürk

⁸⁷³ Öztürk

⁸⁷⁴ Duman,2002:114

⁸⁷⁵ Duman,2002:114

SONUÇ

Çalışanların Sigorta Kurumunun edimlerinden faydalanabilmesini kolaylaştırmak üzere işverene işyerini, çalışan sigortalıları bildirme, aylık prim ve hizmet belgelerini verme, primleri ödeme gibi yükümlülükler getirilmiştir. Sigortalı niteliğini taşımasına rağmen çalıştığı Kuruma bildirilmeyen kişilerin bu durumu Kurum tarafından saptanamazsa ortaya gizli sigortalı çalıştırma olgusu ortaya çıkar. Kaçak sigortalılar çoğu kez işlerini kaybetme korkusuyla işverenine veya Kuruma başvurmaktan çekinebilirler. Ya da sigortalı gösterilmediklerini çok sonra öğrenebilirler. İşverenlerin yasalara uygun bir şekilde çalışması için işverenlerin bir gün denetlenebileceğinin bilincinde olması gerekir. Kuruma bildirilmemek her ne kadar sosyal sigorta ilişkisinin doğumuna engel değilse de Kurum tarafından bu sürenin dikkate alınması için sigortalının dava açarak bu durumu tespit ettirmesi gerekmektedir.

Sigortalının, özellikle uzun vadeli sigorta kollarından aylığa hak kazanabilmesi için belirli süre sigortalılık ve belirli gün prim ödeme koşullarını da yerine getirmiş olması zorunlu olduğundan bu imkan Kurumun tüm bu bilgileri elde etmesiyle yani, sigortalının Kuruma bildirilmesi ve prim belgelerinin verilmesiyle olanaklı hale gelmektedir. Kuruma bildirilmeyen sigortalılar, sigortasız geçmiş sürelerinin Kurum tarafından dikkate alınması için iş mahkemelerinde dava açmak durumunda kalmakta;bu davaya uygulamada hizmet tespiti davası denilmektedir.

Bu dava, 5510 Sayılı Kanununun 86.maddesinin dokuzuncu fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükümde aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır denilmektedir.Bu dava,özellikle sosyal sigorta ilişkisinin tarafı olan Kurum açısından finansal bir önem arz eder.

Bu davaların açılabilmesi için belli koşulların varlığı gereklidir. Sigortalı hizmetin tespiti davasında davacı, tespitini istediği süreler bakımından sigortalı niteliğini taşımamalıdır. Taraf sıfatına sahip olabilmesi için bu şarttır. Burada sözü edilen sigortalılık zorunlu sigortalılıktır. Sigortalının Kuruma bildirilmeyen çalışmalarının tespiti amacıyla dava açabilmesi için işveren tarafından Kuruma bildirilmemiş olması; kendini kuruma bildirme hakkını da kullanmamış olması gerekir.

Sigortalının dava açması için sigortasız çalışmalarının sadece işveren tarafından bildirimini yapılmaması değil Kurum tarafından bu yöntemler kullanılarak kayıt altına alınmamış olması da gerekir. Sigortalının Kurum tarafından kayıt altına alındığı durumlarda dava açmada hukuki yararının bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak, Kurum tarafından sigortalı çalışma bu şekilde tespit edildiyse tespitte kayıt altına alınmayan sigortalılık bilgilerine ilişkin sigortalıların dava açma haklarının ortadan kalkmayacağı kanaatinde olduğumuzu da belirtmeliyiz. Bilindiği üzere müfettiş raporlarıyla tespit edilebilen süre 1 yıl ile sınırlıdır. Bu süreyi aşan çalışma olgusunun dava açmak suretiyle tespit edilmesi gereklidir. Yani gerçek çalışmanın tespit edilenden daha uzun süre olması, prime esas kazançlarda farklılık olması durumlarında, sigortalının dava açma hakkı saklı tutulmalıdır.

Kanunda aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen sigortalıların çalışmaları Kurum tarafından da saptanamazsa dava açabilecekleri belirtilmiştir. Eğer sigortalı bu çalışmalarını mahkemede ispat edebilirse o ilamda belirtilecek olan aylık prim ödeme gün sayıları ve prime esas kazanç miktarları Kurum tarafından dikkate alınarak sigortalının çalışmaları kayıt altına alınmaktadır.

Sigortalı hizmetin tespiti davasında incelenmesi gereken bir husus da tespit için bütün sigorta dalları için istenip istenmeyeceğidir. Kanunun 86.maddesinin 10.fıkrası ,Kanunda yazılı şartları yerine getirmiş olmasına rağmen, sigortalı için verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgesinin verilmemesini belirttiğine göre bu hükümde kısa vadeli sigorta dalları açısından dava açma konusunda bir sınırlama

yoktur. İşveren gerekli kayıt ve belgeleri vermediyse veya kayıt ve belgelerde kazanç veya prim ödeme gün sayıları eksik gösterildiği Kurum tarafından saptanmışsa sigortalıya hastalık ve analık sigortalarından gerekli yardımların yapılacağına ilişkin hüküm, mahkeme kararı yerine geçen bir karar olarak nitelendirilmektedir. Ancak, bu düzenleme geriye dönük olarak sigortalıların zararlarını karşılamaya yetmemektedir.

Hizmet tespiti davasının amacı hem sigortalının hem de Kurumun çıkarlarını korumak, mağdur durumda olan sigortalının, tüm primleri ödenmekte olan bir sigortalıyla aynı statüye getirilmesini sağlamaktır. Buna imkan tanımamak işveren açısından sebepsiz zenginleşme ve bildirim yükümlülüklerine uyan işverenler karşısında haksız rekabet; Kurum ve sigortalı açısından da ekonomik anlamda yoksullaşmak sonuçlarına yol açardı.

Yargıtay ise kısa vadeli sigorta dalları açısından dava açılmasını hukuki yarar olmadığı gerekçesiyle ret etmektedir. Oysa bu durumda Kuruma bildirim yapılmayan sigortalının daha önceki sağlık harcamaları karşılıksız kalacaktır. Aynı şekilde, analıktan kaynaklanan hakları da daha sonradan telafi edilmeyecektir. Kanımızca Yargıtayın bu tutumu karşısında bu konuda ayrı bir tazminat davası açarak bu zararlar istenebilir. Sigortalı kendisinin ya da bir yakınının karşılaştığı hastalık ve analık riski karşısında yeterli süre çalıştığı halde işvereni tarafından yeterli süre prim ödenmemişse Kurum da ayrıca bir tespit yapmamışsa bu zararlarıyla ilgili ayrı bir dava açılmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespiti imkanı belli bir süre içinde kullanılmalıdır. Nitekim 506 SK'nun 79.maddesinin 10. fıkrasındaki düzenlemeye paralel bir düzenleme getiren 5510 SK'un 86.maddesinin 9 fıkrasında “Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.” hükmü bulunmaktadır. Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre, mülkiyet hakkına müdahale ya da sınırlamanın haklı ve hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için izlenen yol ile, ulaşılmak istenen hedef arasında makul bir orantısallık ve adil denge ilişkisinin ve Hukuki kesinlik veya yasallığın bulunması gerekmektedir. Hak düşürücü süreye bu açıdan bakıldığında sosyal güvenlik hakkının kullanılmasını tamamiyle ortadan kaldırdığı için orantılı bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz.

Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesince verilen 29.12.1999 tarih ve 1999/33 Esas ,1999/51 K sayılı iptal kararında şu cümlelere yer verilmiştir : ” *Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak yada ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir*”. Oysa sigortalı olma hakkından vazgeçilemeyeceğine ilişkin Anayasa hükmüne rağmen getirilen dava açma süresi,hakkın kullanılmasını tamamiyle ortadan kaldırmaktadır.

Diğer taraftan bu süre içinde dava açan kişilerle dava açma süresini geçirdiği için sigortalılığı Kurum tarafından kayıt altına alınmayan kişiler arasında eşitlik ilkesi de ihlal edilmiş olmaktadır. AİHS m 14 ‘de ayrımcılık yasağına yer verilmiştir: Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunan kişilere aynı kuralların uygulanmasını gerektirir. Bu durum, T.C. Anayasa Mahkemesi’nin 15.10.2003 tarih, 2003/84 Esas, 2003/89 Karar sayılı kararında şöyle vurgulanmıştır: ”*Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.*”Anayasa Mahkemesinin yukarıda verdiği karardan hareketle dava açma hakkını kullanan kişiyle bu süreyi kaçıran sigortalı arasında hiçbir fark olmadığını söyleyebiliriz. Her ikisi de sigortalı niteliğine sahiptir. Sigortalılık niteliklerine ilişkin düzenlemeler de

aynıdır. Ancak hak düşürücü süre nedeniyle ilk örnekteki sigortalı, sigortalı olmanın sağladığı yardımlardan faydalanabilecekken diğer sigortalı faydalanamayacaktır. Böylece ikinci durumdaki sigortalının sigortalılığı sadece bir “niteleme” olarak kalacaktır. Kurumdan diğer sigortalıya sağlanan yardımların hiçbirisini talep edemeyecektir. Bu sürenin kaldırılması hem Anayasada hem de kanunda yer alan sigortalı olma hak ve ödevlerine ilişkin düzenlemelerle hem de sosyal güvenlik hakkının temel ilkeleriyle daha uyumlu bir hukuki ortam yaratacaktır. Dava açma süresi, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar açısından, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıldır. Görüldüğü gibi hükümde dava açma süresi iki durum için belirtilmiştir. Bunlardan ilki sigortalının aylık prim ve hizmet belgesinin işveren tarafından verilmemesi; ikincisi de çalıştıklarının Kurumca tespit edilememesidir. Nitekim Yüksek mahkeme işe giriş bildirgesinin verildiği durumlarda hak düşürücü sürenin geçmeyeceği şeklinde kararlar vermiştir.

Önceleri sigortalı işten ayrıldıktan sonra tekrar aynı işverenin yanında çalışmaya başladığında dava açma süresinin en son kurulan hizmet ilişkisinin sona erdiği yılın sonundan itibaren işlemeye başladığı kabul edilmekteydi. Yüksek Mahkeme, yeniden işe girme durumunda hak düşürücü sürenin kesileceğinden bahisle dava süresini ikinci kez çalışmaya başlanan süreye göre hesaplamaktaydı.

Bu kararlar hak düşürücü süreye ilişkin kurallara uygun olmadığı için eleştirilere konu olmuştur. Yüksek Mahkeme sonunda doktrindeki itirazları da dikkate alarak bu konudaki içtihadını değiştirmiştir. Yargıtay yeni kararlarında hizmetin kesintili geçtiği durumlarda her bir çalışma için hak düşürücü süreyi ayrı ayrı dikkate almış; son çalışmayı esas alan eski kararlarından farklı bir içtihat oluşturmuştur.

Aslında Yargıtay’ın kesintili çalışmalara ilişkin bu kararı işe giriş bildirgesinin süresi içinde verildiği durumlarda hak düşürücü sürenin işlemeyeceği yolundaki kararlarıyla çelişmektedir. Ayrıca kesintili çalışmalar için bu yorum 5510 SK’ un 86.maddesinin 9 fıkrasında yer alan “*Aylık prim ve hizmet belgesi*

işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalıların “ bu davayı açabileceklerine ilişkin düzenlemeye de aykırıdır. Kanununun 86.maddesindeki hak düşürücü süre,Kurumun çalışma olgusundan haberdar olmadığı durumlar açısından getirilmiştir. Bir bakıma dava açarak sigortalının Kurumu bu durumdan haberdar etmesi imkanı getirilmiştir. Oysa işe giriş bildirgesinin verilmiş olması durumunda Kurum çalışma olgusundan haberdar sayılır. Bu durumda sigortalıyı takip etme yükümlülüğünün doğduğundan da haberdardır. Ancak buna rağmen Kurum gerekli takibatları yapmayarak sosyal sigorta ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Yargıtay böylelikle yasanın amacına ters bir şekilde hak düşürücü süreyi sosyal sigorta hakkını tamamıyla ortadan kaldıracak şekilde yorumlamıştır. Çalışanların çalışmaya başlamayla kendiliğinden sigortalı olacaklarına ve bu haktan vazgeçilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler sadece sigortalı için bir hak değil,Kurum ve işveren açısından da birer yükümlülüktür.

Kanımızca,işe giriş bildirgesinin verildiği durumlarda kesintili çalışma olsa bile hak düşürücü sürenin uygulanmaması gerekir. Bu tavır Yargıtay'ın işe giriş bildirgesinin verildiği durumlarda hak düşürücü sürenin işlemeyeceğine dair kararlarına ve yasal düzenlemelere daha uygun olacaktır.

Bazı durumlarda dava açma süresinin işlemediği kabul edilmektedir. Kuruma bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması durumunda hak dürücü süre işlememektedir. Davacının çalışmalarının müfettiş raporu ile saptanması halinde de hizmet tespit davalarına ilişkin hak düşürücü süre işlemeyecektir. Ayrıca Yüksek mahkeme kararlarına göre, Resmi kurum olan işverenlerin, sigortalıyı bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmayacağı düşüncesinden hareketle davalı işverenin kamu kuruluşu olduğu davalarda hak düşürücü süre uygulanmamaktadır.

Yargıtayın bu kararı eleştirilere uğramıştır.Bu dava türü prim ve hizmet belgesinin Kuruma verilmemesinin sonucudur. Yargıtay kamu kurumlarında geçen çalışmaların hak düşürücü süreye tabi olmadığı şeklindeki kararlarında sigorta

primlerinin kesilmiş ancak Kuruma intikal ettirilmemiş olmasını gerekçe göstermiştir.

Yargıtay'ın kararlarında vardığı sonucun ücretinden prim kesildiği için çalışmalarının Kuruma bildirildiğini zanneden sigortalının yararına olduğu tartışma dışıdır.

Sigortalı çalışmanın tespiti davasını düzenleyen Yasa maddesi değerlendirildiğinde, belgeleri işveren tarafından verilmeyen sigortalılardan söz edildiği anlaşılacaktır. Bu belgelerin Kuruma verilmemesinin nedenleri konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Sigortalı hizmetin tespiti davasını açabilecek olanlar Kanununun lafzından ve yorumundan çıkan şekliyle, iş ilişkisi kural olarak hizmet akdine dayanan, Kanunda sayılan istisnalara girmeyen ve işini işverene ait işyerlerinde yapan kişilerdir. Sigortalı kavramı, 5510 sayılı Yasanın 3.maddesinin 6.fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre sigortalı, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi veya kendi adına prim ödemesi gereken kişidir. Ancak inceleme konumuz hizmet akdine dayanan sosyal sigorta ilişkisinin tespiti olduğundan ve bu dava Kanununun 86.maddesinde düzenlendiğinden, dava açabilecek olanlar Kanununun 4.maddesinin birinci fıkrasının a bendi gereği sigortalı olan sosyal sigorta sigortalılarıdır. Bu davanın amacı hem sigortalının hem de Kurumun çıkarlarını korumak, mağdur durumda olan sigortalının, tüm primleri ödenmekte olan bir sigortalıyla aynı statüye getirilmesini sağlamaktır. Aylık prim ve hizmet belgesi Kuruma verilmeyen sigortalılar yanında, bu belgedeki prim ödeme gün sayıları, prime esas kazanç tutarları eksik gösterilen kişilerin de dava açma hakkı olduğu düşünülmektedir. Bu davanın amacı, sigortalının Kuruma bildirimli çalışsaydı sahip olacağı konuma getirilmesi olduğuna göre, bu davayla birlikte, bildirimsiz çalışmanın yol açtığı kayıpların da istenebileceği düşünülmektedir. Ne yazık ki uygulamada tespit davalarında bu tür taleplere yer verilmemektedir. Ancak tespit davasının sonucunda bu tür kayıpların tazmini için dava açılmasına engel bir durum bulunmadığı kanaatindeyiz. Sigortalı, kayıt dışı çalıştırıldığı dönemde oluşan

hastalık,analık,Kurumun haberdar olmadığı meslek hastalığı,iş kazası gibi olaylar nedeniyle uğradığı kayıpları tazminat hukuku çerçevesinde işverenden geri isteyebileceği düşünülmektedir. Bu açıklamalar çerçevesinde bu davayı açabilecek sigortalıların hizmet akdine dayalı olarak Kuruma bildirmsiz olarak çalıştırılan ya da bildirim esasları gerçek çalışmasıyla örtüşmeyen ve bu nedenle ekonomik ve sosyal güvenlik hakkı olumsuz etkilenmiş kişiler olduğu söylenebilir.

Kanunun 12.maddesinde sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak tanımlanmıştır. Davanın bu niteliğe sahip olan kişiye,kişilere karşı açılması gerekmektedir. Ancak işveren gibi sorumlu olan şahıslara da husumet yöneltilebilir. Diğer davalı da Kurumdur.Ancak bu durum bazı sorunlara yol açmaktadır.

Yüksek Mahkeme,bu davalarda Kurumla işvereni zorunlu dava arkadaşı olarak kabul etmekte ;kendisine ibraz edilen belgelerden bir kişinin işyerinde çalıştırıldığını öğrenen ve sigortalıyı izlemeyen Kurumu kusurlu kabul etmektedir. Bunun sonucunda da yargılama giderlerinden Kurum,işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Söz konusu dava türü,işverenin prim belgelerini vermemesi nedeniyle sigortalının uğradığı zararların engellenmesini sağlamak yanında,Kurumun prim alacağına kavuşmasına da imkan tanımaktadır. Kurum tespit ilamını aldığı anda,işverenden o döneme ait prim belgelerinin verilmesini istemektedir. Bu açıdan bakıldığında,sosyal sigorta yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren,bu davranışıyla sadece sigortalıyı değil Kurumu da mağdur etmiş sayılmakta; bu davanın açılmasında salt sigortalının değil Kurumun da hukuki yararı bulunmaktadır. Zira tespit kararı,sigortalının hak alanında somut etkiler yaratmasa bile Kurum bu davanın sigortalı lehine sonuçlanmasıyla, geç de olsa prim alacağını, gecikme cezaları ve idari para cezalarıyla birlikte tahsil etme olanağına kavuşmaktadır. Uygulamada sigortalılar,açtıkları hizmet tespiti davalarını takip etmekten vazgeçtiklerinde,mahkemelerin dava dosyalarını işlemden kaldırdıkları dikkati çekmektedir. Sosyal sigorta haklarından vazgeçilemeyeceğine dair yasal düzenlemelere rağmen bu haklardan “ mahkeme önünde ” vazgeçilmesi ciddi bir çelişkidir.

Kurumun kayıt dışı çalışmaları tespit etme yükümlüğünün olduğu bir kez daha hatırlanmalıdır. Kurumun,hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişilerin haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak gibi bir amacı olduğu dikkate alındığında,sigortalının karşısında yer alması Kuruluş Yasasındaki düzenlemelerle çelişmektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde düşünüldüğünde,Kurumun çalışma iddiasının açığa çıkması için sigortalıya yardımcı olması beklenir. Üstelik Kurum,çalışma iddiasını ispat etmek açısından sigortalıdan çok daha geniş bir imkana sahiptir. Kurumun sigortalı yanında yer alması durumunda,sigortalının çalışma olgusunu kanıtlayacak delillerin kurum tarafından kolayca tespit edilip mahkemeye sunulabileceği ve mahkemelerin işinin kolaylaşacağı da ayrı bir gerçektir.

Hizmet tespiti davalarının amacı sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başlamasıyla birlikte sosyal sigorta ilişkisi kurulmuş olur. Sosyal sigortaya katılım zorunludur. Bu nedenle, bu davadan feragat eden sigortalı aynı zamanda sosyal güvenlik hakkından da vazgeçmiş sayılacağından kamu düzenini ilgilendiren bu tür davalarda feragatin geçerli sayılmayacağı kabul edilmektedir.⁸⁷⁶ Ancak uygulamada sigortalılık ilişkisinin tespiti davalarında feragatin mahkemelerce kabul edildiği görülmektedir. Davanın takip edilmemesi durumlarında da dosya işleminden kaldırılmaktadır. Nitekim Yargıtay 10.HD de daha önce verdiği kararlarda sigortalılık hakkından feragat edilebileceğine karar vermiştir.⁸⁷⁷ Hatta bu davalardan temyiz aşamasında dahi feragat edilmesi 10.HD tarafından kabul edilmektedir.⁸⁷⁸

Yargıtay sigortalının davadan feragatinin kabul edilebileceğine ilişkin kararlarını davacının alacağı ilamın kendisine fayda getirmeyeceğini anlaması halinde davasından vazgeçemeyeceğini kabul etmenin usul ekonomisine aykırı olduğu gerekçesine dayandırmıştır. Oysa 5510 sayılı Yasanın 7.maddesi nedeniyle sigortalı olma hak ve yükümlülüklerinden kaçınılamayacağına ilişkin hüküm açılmış olan davadan da vazgeçilemeyeceği anlamına gelmektedir.

⁸⁷⁶ Okur, Caniklioğlu, 2009:143,144

⁸⁷⁷ 10.HD 5.1.1983 T.,3424 E.,4 K.;Çakmak,2003:119

⁸⁷⁸ 10. HD.,2.11.1992 T.,658 E.,9978 K., Çakmak, 2003; 121

Üzerinde durulan başka bir dava türü de 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 108. Maddesinin uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Bu maddeye göre aylık bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süresi,sigortalılığın başlangıç tarihiyle aylık için talepte bulunulan tarih arasında geçen süredir. İlk işe giriş bildirgesindeki tarih, sigortalılık süresinin başlangıcı olduğundan;yaşlılık,malüllük,ölüm aylığına hak kazanabilmek için sigortalının doldurması gereken sigortalılık süresini belirlemektedir. Bu nedenle yaş şartını sağlayan sigortalı açısından ilk defa sigortalı olarak Kuruma bildirildiği tarih büyük önem taşımaktadır.

Ancak uygulamada Kurum,ilk işe giriş bildirgesinde gösterilen işe başlama tarihini, o tarihi kapsayan dönem bordroları işveren tarafından verilmemişse ya da sigortalının bu belgelerde ismi bulunmuyorsa işlemlerinde dikkate almamaktadır. Sigortalılık süresini doldurduğunu düşünen ve aylık bağlanması talebinde bulunan sigortalı,Kurumun bu uygulaması karşısında beklentisine kavuşamamakta ve ilk defa çalışmaya başladığı tarihin,işe giriş bildirgesinde bildirilen tarih olduğunun tespiti için dava açmak durumunda kalmaktadır. Bu davalara uygulamada başlangıç tespiti davası denmektedir.

Kurumun,bu tür durumlarda uyuşmazlık çıkarmasının ilk nedeni,işe giriş bildirgesindeki işe başlama tarihinde sigortalının fiilen çalışmaya başlamama olasılığıdır. Kurumun uyuşmazlık çıkarmasının diğer bir nedeni de bildirmede gösterilen işe başlama tarihindeki bir günlük çalışmanın priminin yatırılmamış olmasıdır. Belirtmeliyiz ki sigortalıların neredeyse tamamı,dava açmaktansa bir günlük primi Kuruma yatırabilecek durumdadır. Zira gerçekte işverenin ödemesi gereken bu prim çoğu kez zamanaşımına uğradığından,işverenden tahsil edilememekte ve söz konusu primi sigortalı yatırmak durumunda kalmaktadır. Ancak Kurum,sigortalı ödemeye istekli olsa bile,elinde bir mahkeme kararı olmaksızın, prim ödemesini kabul etmemektedir.

Sigortalının işe giriş bildirgesinde belirtilen tarihte işe başlamama olasılığı ve bir günlük primin Kuruma yatırılmamış olması karşısında,Kurumun bu yaklaşımı ilk

bakışta haklı gözükebilir. Ancak aşağıda açıklayacağımız nedenlerle, Kurumun bu konudaki uygulamasıyla gerçekte kendi kusuruna dayanarak uyuşmazlık çıkardığı ve sigortalının Kuruma dava açmasına neden olduğu için ciddi boyutlarda maddi kayba yol açtığı kanaatindeyiz.

İşverenlerin çalıştıracakları kimseleri işe başlatmadan önce, örneği Kurum tarafından düzenlenen işe giriş bildirgesiyle Kuruma bildirmeleri zorunludur. Bu nedenle söz konusu davalarda çalışma olgusunun ispatı için ilk başvuru yazılı delil de işe giriş bildirgesidir. Yargılama esnasında da işe giriş belgesi üzerinde imza incelemesi yapılmakta ve bildirmedeki imzanın sigortalıya ait olup olmadığı belirlenmektedir. Uygulamada bu bildirmelere sigortalı yerine işverenin, muhasebecinin, başka birinin imza atması yaygın bir durum olduğundan ya da sigortalının imzası yıllar içinde değişiklik gösterdiğinden, imzanın sigortalıya ait çıkmaması nedeniyle dava hemen ret edilmemektedir. Bir başka deyimle imza sigortalıya ait çıkmasa da çalışma olgusu başka delillerle ispatlanabilmektedir.

Yargıtay bu davanın hizmet tespiti davası gibi çözümlenmesi gerektiğini belirtmekteyse de davanın bu şekilde çözümlenmesinde bazı güçlükler bulunmaktadır. Başlangıç tespiti davaları, çoğu kez uzun yıllar öncesindeki çalışmalara dayandığından ve işverenin tuttuğu belgeler bu sürede zaman aşımına uğradığı için imha edildiğinden, bu belgelerin incelenmesi mümkün olmayabilmektedir. Her iki davada da tanık anlatımlarına başvurulmaktadır. Kuruma dönem bordroları verilmişse, bu belgelerden ismi tespit edilen⁸⁷⁹; bordrolar verilmemişse işyerinde fiilen çalışan tanıkların ifadelerine başvurulmaktadır. Ancak başlangıç tespiti davalarında tespiti istenen çalışma çok daha eskiye ait olduğundan işyerinde çalışmış tanıkların bulunması, bulunduğu da tanıklardan yıllar öncesine ait sağlıklı bilgi alınması mümkün olmamaktadır. Bu durumda işyerine komşu işyerlerinde çalışanların ifadesine başvurulmaktadır.⁸⁸⁰ Uygulamada komşu işyerlerinden tanık bulunamadığı zamanlarda işyeriyle aynı sokakta, aynı mahallede bulunan işyerlerinde çalışanların, hatta böyle bir işyerinde çalışmayan ancak

⁸⁷⁹ Yarg. 10.HD., 2938 E., 2898 K., 8.4.1996 T.; Aslanköylü, 1352

⁸⁸⁰ Yarg. 21. HD., E: 2006/5398, K: 2007/2671 T: , 26.02.2007, Kişisel Arşiv

sigortalının o işyerinde çalıştığını bilen kişilerin bile tanıklıklarına başvurulabildikleri görülmektedir.

Kurum uygulamada, işe giriş bildirgesindeki bilgileri çürüten, çalışma olgusunun gerçek olmadığını gösteren herhangi bir delil göstermemekte; çoğu kez sahtelik iddiasında da bulunmamaktadır. İşe giriş bildirgesiyle gündeme gelen çalışma karinesini çürüten karşı sav ileri sürülmediğine göre bu uyuşmazlıkların “yargılamayla “ çözümlenmesinin pratik bir değeri olmadığı kanaatindeyiz. Kurumun, söz konusu uygulamasıyla, işe giriş bildirgesinin geçerli olduğunu bir notermişçesine mahkemelere tescil ettirdiği; bu belgedeki bilgileri kabul etmenin sorumluluğunu mahkemelere devrettiği izlenimi doğmaktadır.

Çoğu kez sigortalıların, çalıştığını ispatlayacak tanıkları kolayca bulup dinletebildikleri⁸⁸¹, açılan davaların neredeyse tamamının Kurum aleyhine sonuçlandığı düşünüldüğünde, Kurumun uyuşmazlık çıkarmakla hukuki yarar sağlamadığı; bilakis ekonomik kayba uğradığı düşünülmektedir. Üstelik Kurum, bu şekilde davranarak kendi kusurunu göz ardı etmektedir. Kurum, çalışma olgusundan öncelikle işe giriş bildirgesi ile haberdar olur. Hem sigortalıyı korumak için hem de prim alacağını takip etmek için çalışma sürecini izlemesi gerekir. Zamanında bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ancak yıllar sonra bu durumun sonuçlarına dayanarak uyuşmazlık çıkarması kanaatimizce dürüstlük kuralıyla bağdaşmamaktadır. Yüksek Mahkeme de Kurumun, çalışmanın varlığını denetleyip primlerin işverence ödenmesini sağlaması gerekirken, işlemleri yapmamanın kusurunu, çalışma süresinin kurum kayıtlarına geçip geçmediğini bilebilecek durumda olmayan sigortalıya yüklemenin hakkaniyetli olmadığını belirtmektedir.

Sosyal sigorta ilişkisinin dava yoluyla tespit edilmesinden sonra önemli olan husus tespitine karar verilen hizmetlerin primi ödenmeden sosyal sigorta yardımının yapılıp yapılmayacağıdır.⁸⁸² Belirtelim ki, primli rejimde yardımlardan yararlananların bunların finansmanına katılmaları esastır. Bu yüzden, Kurumun alınan ilamla tespit edilen primleri talep etmesi normaldir. Uygulamada, prim alacağı

⁸⁸¹ *Aslanköylü, 1336*

⁸⁸² *Aslanköylü, 2009:1365*

zamanaşımına uğramış bile olsa, Kurum primler için işverene ödeme emri göndermektedir. Ancak işveren zamanaşımı definde bulunduğu ya da ödeme gücü olmadığı Kurumun primleri işverenden tahsil etme olanağı kalmamaktadır. Kurum bu durumda primleri sigortalıdan istemekte aksi halde tespit kararındaki hususları dikkate almamaktadır. Belirtilmelidir ki sigortalıların Kayıt dışı çalıştıklarını bildikleri halde yıllarca bu duruma sessiz kalmalarının en önemli nedeni bütün çalışanları kapsayan iş güvencesi hükümlerinin olmayışıdır. Kurumun denetim mekanizmasının iyi işlememesi de sigortalıyı koruma yükümlülüğünü yerine getirememesine yol açmaktadır. İşini kaybetme korkusu ve işsizlik olgusu arasında sıkışan sigortalılar, kayıt dışı çalıştırılmayı kabullenmek durumunda kalmaktadır. Ancak Kanunun 86.maddesi,bu şekilde çalıştırılan sigortalıların ileride uzun vadeli sigortalı dallarından faydalanabilmelerini sağlamak amacıyla böyle bir dava açma imkanı yaratarak,geç de olsa sosyal güvenlik hakkını korumaktadır. Ancak tespit davaları geriye dönük çalışmaların tespiti için açılacağından,tespit edilen çalışmalara ait primlerin büyük oranda prim zamanaşımına uğrayacağı açıktır. Bir yandan mutlak bir hak olarak sigortalı olma hakkını tanımak ,diğer yandan bu hakkın sağlayacağı edimlerden yararlanmayı prim ödeme şartına bağlamak çelişkilidir. Ayrıca prim ödeme yükümlüsü olarak işveren zamanında yükümlülüklerini yerine getirmediği ,Kurum da zamanında sigortalı çalışmaları tespit edemediği için kusurludur. Her iki taraf da kusurlu davrandığı halde bu durumun tamamıyla çaresiz durumdaki sigortalı aleyhine sonuç yaratması kabul edilemez bir uygulamadır.

Benzer bir bakış açısıyla prim zamanaşımına da değerlendirmek gerekmektedir. Uygulamada tespit kararlarında tespit edilen çalışmaların primlerine ilişkin zamanaşımı,primlerin ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak hesaplanmaktadır. Kurum her ne kadar zamanaşımına uğramamış primleri işverenden talep etmekteyse de işverenler bu talebe itiraz etmektedir. Mahkemeler uygulamada bu nedenle açılan davalarda zamanaşımını primlerin ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak hesaplanmaktadır. Kanunun 93.maddesinin 2.fikrasında şu düzenleme bulunmaktadır: ” Kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir. Kurumun prim ve

diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır. Bu alacaklar için 89 uncu madde gereğince hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı, 88 inci maddede belirtilen ödeme süresinin son gününü takip eden günden itibaren uygulanır.” Kurumun tespit kararıyla sigortalı çalışmadan haberdar olduğu düşünülerek,prim alacağı için zaman aşımı başlangıcının da bu kararın Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren tespit edilmesi gerekir.

Hizmet tespit davaları sonucu kazanılan hizmetlere ilişkin primleri sigortalının ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır. Yasalarda başka bir koşul öngörülmemiş olup, prim borçlarının ödenmesinden işverenler sorumlu, ödenmeyen primlerin tahsil ve takibinden de kurum yetkili ve görevli bulunduğuna göre, yasanın öngördüğü şekilde çalışmaları bildirmeyen işveren ve çalışmayı tespit etmeyen kurumun bu davranışlarının sonucu sigortalıya yüklenmemelidir. Başka bir yaklaşımla zamanaşımı kurumunun hukuksal olmadığı dahi düşünülebilir. Öncelikle prim ödeme yükümlüsü kural olarak işveren ise bu primin yatırılması ileride sigortalının sosyal sigorta edimlerinden yararlanmasını sağlayacağı için alacaklısı gerçekte sigortalıdır. Kurum gerçekte sigortalı adına bu primleri tahsil etmektedir. Sigortalı olma hakkı vazgeçilmez,devredilmez bir hak olduğuna göre bu hakkın kullanılmasını engelleyen düzenlemelere de yer verilmemesi gerekir. Prim zamanaşımı nedeniyle primler tahsil edilemediği için sigortalının aldığı tespit kararını uygulamamak,sigortalı olma hakkının özünü zedelemektedir.

Yüksek Mahkeme,kısa vadeli sigorta kollarında Kurumun geçmişe yönelik olarak yapacağı bir hizmetin söz konusu olamayacağı düşüncesinden hareketle,bu sigorta kollarına ait primlerin tahsil edilemeyeceği kanısındadır. Doktrinde, bizim de

katıldığımız düşünce tarzına göre,sigortalı hizmet tespiti davası sonucunda alınacak ilam,hem sigortalıyı,hem de Kurumu korumaya yöneliktir. İlam sonucunda yapılacak işlemlerle sigortalının mağduriyeti önlenecek ve sigortalı tüm primlerini ödemiş bulunan sigortalılarla aynı statüye getirilecektir.⁸⁸³ Ancak tespit kararı,sosyal sigorta yükümlülüklerine eksiksiz uyulmuş olsaydı,işveren ve Kurum hangi statüde bulunacak idiyse onları da aynı statüye getirmelidir kanaatindeyiz. İşveren,Kuruma karşı sorumluluklarını yerine getirmiş bir işverenle aynı ekonomik sonuçlarla karşılaşmalıdır ki iyiniyetli işverenler açısından haksız rekabet ortamı doğmasın. Bu yükümlülüklerden kaçınılamayacağı gerçeğinin de işverenlerin kayıt dışı sigortalı çalıştırmasına engel olabileceği düşünülmektedir. Kurumun da Anayasada hükme bağlanan eşitlik ilkesi gereği, eşit durumda olanlara eşit uygulamada bulunması gerekir. Anılan nedenlerle kısa vadeli sigorta dallarına ait primlerin de tahsili gerektiğini düşünmekteyiz.

Bilindiği gibi sosyal sigorta primi işveren ve sigortalı paylarından oluşur. Kuruma ödemeyi işverenin yapması onun primin tümünün borçlusu olduğu anlamına gelmez. İşte bu yüzden işveren sigortalı hizmetin tespiti sonunda kendisinden talep edilen ödemeyi yaptığında sigortalıya ait prim payını ondan istemek hakkına sahiptir. Ancak işveren sigortalıdan prim payını kestiği halde Kuruma yatırmamışsa artık sigortalıya rücu etmesi söz konusu olamaz.

⁸⁸³ Öztürk

KAYNAKÇA

AKBULUT, Ali Şahin, İş Hukukunda İdari Para Cezaları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

AKIN, Levent , Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler Çalışma Ve Toplum Dergisi, Özel Sayı, 2006/1

AKIN, Levent , Emeklilik Rejimi,

[Http://Www.Po.Metu.Edu.Tr/Hukmus/YeniEmeklilik.Doc](http://Www.Po.Metu.Edu.Tr/Hukmus/YeniEmeklilik.Doc), 2.11.2009

ALANGOYA, Yavuz , Medeni Usul Hukuku Esasları- 3. bası.

ALPER, Yusuf, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun İşveren Yükümlülükleri Açısından Değerlendirilmesi, Mercek, Y.14, S.55 Temmuz, 2009

ALPER, Yusuf, Türkiye’de Sosyal Güvenlik, Sosyal Sigortalar, 4. bası, İstanbul, 2003

ARICI, Kadir; Sosyal Güvenlik Dersleri, Ankara, 1999

ARICI, Kadir; Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını İstanbul, 1999

ATAMAN, Yılmaz, Tahsis Mevzuatı Ve İşlemleri , Ankara, 2004

AVCILAR, İlhan , <http://www.pozitifsmmm.com/yazi/289.aspx>, 1.1.2009

AYDINLI, İbrahim, Karar İncelemesi, 18.10, 2009

<http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/kik982.htm>

BALKIR, Z. GÖNÜL, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndaki Değişiklikler Ve Anayasa Mahkemesi İptal Kararı ,2009
<http://www.kocaelibaros.org.tr/dergi/?İslem=goster&makale=68>

BEDÜK, M. Nusret ,“Sosyal Sigortalar Uygulamasında İşverenin İşe Giriş Bildirgesi Verme Yükümlülüğü ve İşe Giriş Bildirgesi Verilmemesinin Sonuçları”, Çimento İşveren D., C:16, S:5, Eylül 2002.

BİLGİLİ ,Özkan,Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması ,2008,İzmir

BOSTANCI, Yalçın ,İsteğe Bağlı Sigortalılık İstanbul,2004

BOZER ALİ, Sigorta Hukuku, Ankara, 1981

BOZER, ALİ, Sigorta Hukuku,Ankara,1965

BOZKURT, Argun, İş Davaları, Adil Yayınevi, Ankara

CANİKLİOĞLU,Nurşen,5510 Sayılı Kanun İle 5763 Sayılı Kanunun Prime İlişkin Getirdiği Değişiklikler
http://www.google.com.tr/search?hl=tr&q=i%C5%9Fveren+ve+sigortal%C4%B1n+%C4%B1n+prim++oran+&meta=&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=

CANİKLİOĞLU,Nurşen,5510 Sayılı Kanun Ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları,Sicil İş Hukuku Dergisi S.10,Haziran,2008

CANİKLİOĞLU,Nurşen,5510 Sayılı Yasa Tasarısı'nın İşverenlere Getirdiği Ek Yükümlülükler, 12.10.2009,İşveren Dergisi,2008 Nisan
http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?Yazi_id=2028&id=98

CENTEL, Tankut ,Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1996 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi,Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi,İstanbul.1998

ÇAKMAK ,İhsan , 2001 ,Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu ,Ankara

ÇAKMAK ,İhsan, Hizmet Tespiti Davaları İhsan Çakmak ,Ankara ,2005

ÇELİK, Nuri ,İş Hukuk Dersleri ,2004,İstanbul

ÇENBERCİ ,Mustafa, Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965

ÇENBERCİ ,Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi , Ankara ,1985

ÇENBERCİ ,Mustafa,Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi,1977

ÇENBERCİ,Mustafa,İşverenin Çalıştırdığı Sigortalıları Kuruma Bildirme Yükümünü Yerine Getirmemesi,Yargıtay Dergisi C.1,S.1,Ocak 1975

ÇENGELCİ, Ethem ,Türkiye’ De Sosyal Yardımlar: Bir Model Geliştirme Denemesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, s.b.f., 1985.
[Http://www.shcek.gov.tr/van/ssylz.htm](http://www.shcek.gov.tr/van/ssylz.htm)

ÇOLAK, Mahmut / ÖZTÜRK, Ercüment ,Hizmet Tespit Yöntemleri Ve Çözüm Yolları ,2006,Ankara

ÇOLAK,MAHMUT,506 Sayılı Kanuna Göre İşyeri Devrinde Yeni İşverenin Sorumluluk Sınırı Nedir? (5510 Sayılı Yeni Sosyal Güvenlik Kanunu Işığında); 23.07.2008,<http://www.huseyinust.com/Thread-5510-SAYILI-KANUNDA-ISYERI-DEVRI>

HAFIZOĞULLARI,Zeki,”Ceza Normu,Normatif bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni”,Seçkin Yayınevi,Ankara,1987

ÇOLAK,MAHMUT: “Sigortalı Hizmet Kazanımlarında Fiili Tespit Sorunu: Bir Günlük Hizmet”, Yaklaşım D, Y:13, S:146, Şubat 2005

DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Ve Uygulaması, 2005,İzmir, 4.Bası

DEMİRCİOĞLU, MURAT/ GÜZEL, MURAT ,ALİ ,İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri Ve Sorumluluğu İstanbul,2001

DUMAN,Bariş ,506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti Turhan Kitabevi Ankara,2002

EKONOMİ, Saymen ,Sosyal Sigortalar Tatbikatı 1966,

ERBAŞ,Coşkun, Hizmet Akdiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları VE Yargılama Süreci,Kamu-İş Resul Aslanköylü'ye Armağan 3/2004

ERTÜRK ,Erhan, Sosyal Sigortalar Genel Uygulaması,1999,Ankara

EVCİL, CAHİT / GEÇER, BEKİR,Sosyal Sigorta İşlemleri İşveren Rehberi,Yaklaşım Y., Ankara, 2004.

EVCİL,CAHİT," SigortalılarınKuruma Bildirilmesi",2009

EVCİL,CAHİT,Kurum Uygulamaları Ve Yargı Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti,Yayımlanmamış Doktora tezi,Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,2006

GEÇER,BEKİR,Sigortalı Hizmetlerinin Fiilen Tespiti Konusunda Yeni Sigorta İşlemleri Yönetmeliği İle Getirilen Değişikliğin İrdelenmesi", Yaklaşım D., Y:12, S:136, Nisan 2004,

GÖNENCAN, ZAHİT, "Sosyal Güvenlik-506 Sosyal Sigortalar Kanunu Ve Değerlendirilmesi",S.119 Öz İplik-İş, '91 Yılı Eğitim Seminerlerimiz, Ankara, 1992

GÜNAY, Cevdet,İlhan , İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi ,Ankara 2000

GÜNAY, Cevdet, İlhan, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuk Uygulaması, 2007, Ankara.

GÜRDOĞAN, Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960

GÜVEL, E., ALPER / GÜVEL, Ö., AFİTAP, Sigortacılık, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002

GÜVEN, Ercan. Sosyal Sigortalar Genel Uygulama İlkeleri Ve Sigorta İlkeleri, Eskişehir, 1976

GÜZEL, ALİ/OKUR, ALİ Rıza / CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası, 2009, İstanbul

GÜZEL, Ali / Okur, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Y., İstanbul, 2004.

GÜZEL, ALİ, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1985

GÜZEL, ALİ, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007

HANDE ÇELİK Türkiyede Sosyal Güvenlik Kurumlarında Yeniden Yapılanma, 2006, Yayımlanmamış Y.Lisans Tezi, Sakarya Ü., SBE,

HATİPOĞLU, Yüksel “Kuruma Bildirilmeyen Sigortalı Hizmetin Tesbiti Davalarında Uygulanan Hak Düşürücü Süre İle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 20.9.2009, Yüksel HATİPOĞLU: \Thesis\hizmet tespiti.mht

<http://www.iskanunu.com/icerik/acikacik/sigortalilarin-kuruma-bildirilmesi.html>

http://www.ssk.gov.tr/wps/portal/!Ut/p/_s.7_0_a/7_0_c1,9.10.2009

İŞ HUKUKU DERGİSİ C.,S.1,Ocak-Mart 1992

İZVEREN,ADİL,Sosyal Politika Ve Sosyal Sigortalar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968,

KARADENİZ,Oğuz,Sosyal Sigorta İlişkisinin Bir Koşulu;İşyerinde Fiili Çalışma,Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi,Y.4,S.15, Temmuz-Ekim,2002

KARADENİZ,Oğuz/.KARADENİZ,Hülya ,K,Cezaevi İnfaz Kurumları Ve Tutukevlerinde Çalıştırılan Hükümlü Ve Tutukluların Sosyal Güvenlik Ve Vergi Hukuku Karşısındaki Durumu , [Http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/65malicozum/06-65%20o%c4%9euz%20-%20h%c3%9clya%20karaden%c4%b0z.doc](http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/65malicozum/06-65%20o%c4%9euz%20-%20h%c3%9clya%20karaden%c4%b0z.doc)

KARADENİZ,Oğuz/.KARADENİZ,Hülya,K,SSK'ya Sahte Sigortalı Bildirimi Ve Sonuçları,<http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/62malicozum/>

KILIOĞLU, Mustafa ,İş Kanunu Şerhi,Ankara,1999

KOÇ,Muzaffer,Sosyal Güvenliğin Kökeni,İş Güç Dergisi,Cilt 6 sayı2,2004,http://www.isgucdergi.org/index.php?Arc=arc_view.php&ex=217&inc=arc&cilt=6&sayi=2&year=2004

KOÇAK, Sami , Yargıtayın İş Hukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi,2003

KURT, Resul ,İş Hukuku Ve Sigorta Mevzuatında Usul Ve Esaslar,İst,2004

KURT, Resul ; İş Hukuku Ve Sosyal Sigorta Mevzuatında Usul Ve Esaslar İsmmmo Yayınları No:37, İstanbul 2002

KURU ,Baki,Tespit Davaları 2.Basım İst 1988

KURU,Baki /ASLAN,Ramazan/ YILMAZ, Ejder,Medeni Usul Hukuku Dersleri Genişletilmiş 14.Bası Ankara 2002

KURU,Baki /ASLAN,Ramazan/ YILMAZ, Medeni Usul Hukuku ,7.Bası
Ankara,1997

KURUMUN TARİHÇESİ,Tc Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sosyal
Sigortalar Kurumu web sitesi,

MURAT, ENGİN E. Türk İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren Ankara,1993

NOMER ,CAHİT,Sigortanın Genel Prensipleri Ve Reasürans, İstanbul, 1977

ODAMAN, SERKAN; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları
ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, DEÜ SBE,Doktora Tezi,2002

ODAMAN,SERKAN,İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak Ve İyiniyet Kuralları Ve
Benzerlerine Aykırılıklar Nedeniyle Feshi,DEÜ,SBE,Doktora tezi,2002

OKUR, ALİ RIZA ,Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı, 2004,
Kamu İş C.4 S.3/2004

OKUR, ALİ RIZA ,Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının
Değerlendirilmesi, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Türk Milli
Komitesi,Yayımlanmamış Seminer Notları

OKUR, ALİ RIZA, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Ve Primler,
Yargıtay Değerlendirmesi www.kamu-is.org.tr/pdf/yargitaydegerlemesi2001.pdf

OKUR,ALİ RIZA, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi,İş
Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Türk Milli Komitesi,Ankara,2003

OKUR,ALİ RIZA,Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku
Ve Sosyal Güvenlik Türk Milli Komitesi,Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel
Hükümleri Ve Primler,Ankara,2002

ÖYKEN,HALİL,KAĞAN,Ssk Başkanlık Sigorta Müfettişi,14 Ekim 2003,
http://www.alomaliye.com/halil_kagan_oyken_kayitdisi_2.htm

Özay,İl Han,İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma,2.baskı,Seçkin yayını,Ankara

ÖZDEMİR,Cumhur,Sinan, 5510 Sayılı Kanuna Göre "İsteğe Bağlı Sigortalılık"
http://www.alomaliye.com/2008/cumhur_sinan_istege.htm,1.2.2009

ÖZDEMİR,Cumhur,Sinan,Sigortasız Çalışmanın Tespitinde Tanık İfadesi
http://www.alomaliye.com/2009/cumhur_sinan_sigortasiz.htm

ÖZKARACA, Ercüment ,Karar İncelemesi. İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk Karar incelemesi:http://www.calismatoplum.org/sayi20/ozkaraca_karar.pdf

ÖZTÜRK, ERCÜMENT: "Hizmet Tespit Davaları", Sosyal Güvenlik Dünyası D., Y:4, S:16, Ekim- Aralık 2002

ÖZTÜRK,ERCÜMENT,İşyeri Devrinin Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirimi,Tühis,Şubat-Mayıs,2006; http://www.tuhis.org.tr/dergi/cilt20_sayi1-2/cilt20_sayi1-2_bolum3.pdf

ÖZTÜRK,ÖZGÜR,Sigortalı Hizmetin Tespiti Makale, ÇİD Ocak 1998 C.12 S.1
<http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/3mak981.htm>

ÖZVERİ,MURAT ,Yargı Kararları Işığında 506 Sayılı Yasa Ve Sosyal Güvenlik,İzmit,2000

PAKİN,EBRU,Ev Eksenli Çalışmaların Sosyal Güvenliği Üzerine Değerlendirmeler Sicil ,Y.3 s.12,153 Aralık,2008

SARAÇ, COŞKUN , İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü, Ankara 1998

SARAÇ, COŞKUN ,506 Sayılı Yasaya Göre Sigortalı Sayılmada Hizmet Sözleşmesine Dayanarak İşverene Ait İşyerinde Çalışma Koşulu,Çimento İşveren,Kasım 1993

SİGORTA REHBERİ; <http://www.muhasabenet.net/sigortarehberi.html>

SOSYAL SİGORTALAR AÇISINDAN YARGITAY'IN 1993 YILI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ,Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1993,İst,1995

SÖZER,ALİ ,NAZIM,Türkiye'de Sosyal Hukuk,2.bası 1998,İzmir

SÖZER,ALİ ,NAZIM,Sosyal Sigorta İlişkisi,İzmir:Dokuz Eylül Yayınları, 1991,s.11

SÖZER,ALİ NAZIM/SARAÇ,Coşkun,Sosyal Sigorta İlişkisinde Çokluk;Sigortalılık Hallerinin,Tiplerinin Ve Sürelerinin Birleşmesi Sicil İş Hukuku Dergisi S.12,Aralık 2008

SÖZER,ALİ NAZIM.,Türk-İş Sayı.387,Kasım - Aralık 2009 / Ocak -Şubat 2010

SÖZER,ALİ, NAZIM ,Son Yasal Değişiklikler Ve Emeklilik Sorunu, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar Ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2001

SÜZEK,SARPER,Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi,Miilli Komite,Bireysel İş İlişkisinin Kurulması,Hükümleri Ve İşin Düzenlenmesi,2002

ŞAHLANAN,FEVZİ,İş Yargısı İstanbul Ün.Hukuk Fak Mecmuası C.XIı Y.1977 S.1-4

ŞAKAR, MÜJDAT ,Sosyal Sigortalar Uygulaması,7.bası,İstanbul,2004

ŞAKAR, MÜJDAT,“Sosyal Güvenlikte Çözüm, Özelleştirme Değil, Özerkleştirmedir” İşveren, C:XXX, S:11, Ağustos 1992, S.12;

TALAS,CAHİT,Ekonomik Sistemler,Doğan Yayınevi,Ankara,1977

TEZEL, ALİ, “SSK, Sigortasız Çalıştırılan İşçiden Prim Talep Edemez”

<http://www.aksam.com.tr> , Erişim: 15.09.2008

TOZAN,CELAL: “Sigortalıyı Bildirme Yükümlülüğü ve Sigortalı Niteliğini Kazanma”, Yaklaşım D., Y:12, S:143, Kasım 2004

TUNCAY,CAN,Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri,İstanbul,2000

TUNCAY,CAN/ EKMEKÇİ,Ömer, ,Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri,11.bası,Beta yayınları,İstanbul,2005

TUNCAY,CAN/ EKMEKÇİ,Ömer,Yeni mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları,İstanbul,Beta 2009,2.Bası,Legal

TUNÇOMAĞ,KENAN,Sosyal Güvenlik Kavramı Ve Sosyal Sigortalar, 5.Bası,Beta1990,İstanbul,Beta

TUNÇOMAĞ,KENAN,Sosyal Sigortalar Kanununun Uygulanması Açısından İşverenin Yükümlülükleri Makale,İühfm C.38 S.1-4 İst.1973

TÜRE, MURAT ,Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,Cilt 6 Sayı.3,2004

TÜRKİYE İŞVEREN SENDİKALARI KONFEDERASYONU,Yaşlılık Sigortası <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?Sbj=ic&id=2198>

ULUÖZ,DAVUT, İşveren Tarafından Hizmet Tespit Davası Sonrası Primleri İşverenden Tahsil Edilemeyen Sigortalı Bu Primleri Ödemek Zorunda Mıdır? Yaklaşım / Kasım 2008 / Sayı:

191 ;<http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20081113117.htm>

UŞAN,FATİH,İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tutuklu Ve Hükümlü Çalışması,
Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan, C.1,İstanbul,2001

UŞAN,FATİH,Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları,Seçkin, Ankara
2009

UTKAN,ARASLI, Sosyal Güvenlik Ve Sosyal Sigortalar, Ankara 2002

UZUN ,MEHMET,Sosyal Sigortalar Kurumu'nda Hizmet Kazanma Yolları Ve 506
Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda 5198 Sayılı Kanunla Yapılan En Son
Değişiklikler, e-yaklasim / Ağustos 2004 / Sayı: 13

YELEKÇİ,MEMDUH ,1993, sosyal sigortalar kanunu şerhi,Ankara

YÜCEL,N.,ALİ,Sağlık Sigortası Sistemleri Ve Özel Sigortanın Yeri, Reasürör,
Temmuz 1995, S.17; TOBB

YÜREKLİ,SABAHATTİN,Sosyal Sigortalarda Hizmet Tespiti Davası , İBD C.71
s.10-11-12 Y.1997

ZENGİN,GÜL,ÇİÇEK,Sosyal Güvenlik Sistemi Açısından Kayıt Dışı Kayıt Dışı
İstihdam İle Mücadelede Sosyal Güvenlik Destek Primi Uygulamasının
Etkisi,Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü,2008