

**YARGI KARARLARI
IŞIĞINDA
506 SAYILI YASA VE
SOSYAL GÜVENLİK**

Av. Murat ÖZVERİ



Yargı Kararları Işığında
506 Sayılı Yasa ve
Sosyal Güvenlik

Av. Murat ÖZVERİ

*“Çalışmanın kutsallığını,
insan onurunun yüceliğini,
onurun sadece emekle
yüceltilebileceğini bizlere
öğretmek için bir ömür harcayan,
Babam **Muhsin ÖZVERİ**'ye
ve Sevgili Annem
Perihan ÖZVERİ'ye minnetle.”*

Sunuş

Temel, vazgeçilmez, devredilmez bir insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkı ne yazık ki reform adı altında İMF direktifleri doğrultusunda budanmaya çalışılmaktadır. Sosyal güvenliği, yıllarca uyguladıkları akılsız politikalarla açmaz iten siyasiler, sosyal güvenliğin içine düşürüldüğü açmazlardan çıkış için sosyal güvenlik hakkının daraltılmasının bir çözüm sunabilmişlerdir.

Evrensel ve temel bir insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkının gerçekleşmesinde en önemli hizmeti veren sosyal sigortalar kurumunu yıllarca popülist politikalarla sigorta mantığına ters uygulamalarla, kayıt dışı istihdama göz yumarak, prim afları getirecek, sigorta primlerini ucuz kaynak olarak değerlendirerek kurumun batma noktasına siyasilerce getirildiği unutturulmak istenmektedir.

506 sayılı yasanın yorumlanmasında, sosyal güvenlik hakkının kavranmasında, yüksek yargı organının vermiş olduğu kararlar, bu kararların öğretide değerlendirilmesinde ulaşılan sonuçlar yaşamsal önemdedir.

Sendikamız, Sosyal Güvenlik hakkının yargı kararları, öğretinin görüşleri doğrultusunda ortaya konulmasına bir nebze de olsa katkı sağlayabilmesi, üyelerimizin sosyal güvenlik bilincini artırılabilmesi amacıyla sendikamız eğitim yayınları içerisinde bu çalışmaya yer vermekte yarar görmüştür.

Dileriz çağdaş, insan onuruna yaraşır, bir sosyal güvenlik sistemi kurulması arayışlarına, küçükte olsa bir katkı sağlamış olur.

Saygılarımızla.

**Selüloz-İş Sendikası
Yönetim Kurulu**

İçindekiler

I. GİRİŞ

II.SOSYAL GÜVENLİK HAKKI VE SOSYAL GÜVENLİK KAVRAMI	1
1.Sosyal Güvenlik Hakkının Gelişimi ve Uluslararası Belgeler	1
2. Türkiye’de Sosyal Güvenlik	3
III. YARGI KARARLARI İŞİĞİNDA SOSYAL GÜVENLİK	7
1. 506 sayılı Yasanın Amacı ve Yorumu	7
a) Sigortalının sosyal güvenlik hakkı ve kurumun aktueryal dengesi	7
b) Sosyal güvenlik hukukunda kıyas sorunu	13
2. Sigortalı Kavramı	14
a) Sigortalı kavramının unsurları	14
b) Hizmet akdinin tespitinde bağımlı-bağımsız çalışma sorunu	16
c) Hizmet akdinin tespitinde ücret	20
d) Şirket ortaklarının ve sendikacıların sigortalılığı	20
e) Sigortalı sayılmayanların tespiti	23
3. Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararıyla tespiti	23
a) Sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespitinde temel ilkeler	23
b) Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararıyla Tespitinde Süre	29
aa) Sürenin hukuki niteliği	29
bb) Sürenin başlangıcı	30
4. Hizmet Borçlanması	32
a) Sanatçıların hizmet borçlanması	33
b) Yurt dışı borçlanması	38
5. Hizmet birleştirilmesi	44
IV. SİGORTA DALLARI	46
1. İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortası	46
a) İş kazasının tespiti	46
b) İş kazasında kusur	49
c) İş kazası nedeniyle tazminat	50
d) İş kazası nedeniyle ana babaya gelir bağlanması	51
e) Meslek hastalığının belirlenmesi	52
f) Rücu Davaları	53
aa) Anayasa mahkemesi kararları	53

bb) 506 sayılı yasanın 10.maddesine dayanan rücu davalarında tavan sorunu	55
cc) 506 sayılı yasanın 10. maddesine dayanan rücu davalarında zaman aşımı	58
2. Yaşlılık Sigortası	59
3. Hastalık Sigortası	62
a) Yurt dışında tedavi	63
b) Sağlık yardımlarının kapsamı	66
c) Sağlık yardımlarının süresi	67
d) Eş ve çocuklara sağlık yardımı yapılması	67
e) Kurumun sağlık yardımını rücu etme hakkı	67
aa) Sigortalının veya işverenin doktor uyarılarına uymaması	
Nedeniyle Kurumun Rücu Hakkı	68
bb) Üçüncü kişinin kast veya suç sayılır eylemi nedeniyle kurumun rücu hakkı . . .	68
cc) Kurumun 506 sayılı yasanın 41. maddesine dayanarak hastalık	
yardımlarını geri isteyebilmesi	70-71
4. Analık Sigortası	71
a) Gebelik halinde muayene ve tedavi	71
b) Doğum yardımı	72
c) Maktu gebelik ve doğum yardımları	73
d) Emzirme yardımı	73
e) Analık yardımlarından yararlanma şartları	73
f) Geçici iş göremezlik ödeneği	74
g) Sigortalılı niteliğinin yitirilmesi	74
5. Malullük (sakatlık) Sigortası	75
6. Ölüm Sigortası	76
a) Ölüm sigortasından aylık bağlama koşulları	76
b) Ölüm sigortasından ana babaya aylık bağlanması	78
V. İTİBARI HİZMET SÜRESİ	80
1. İtibari Hizmet Kavramı ve Kapsamı	80
2. İtibari Hizmet Süresinin Sigortalılık Süresine Etkisi	81
VI. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIK	85
1. İsteğe Bağlı Sigortalılık İçin Gerekli Koşullar	85
2. Kuruma Yapılan Yazılı Başvurunun Niteliği	85
3. Başvuru Tarihinden Önce 506 Sayılı Yasaya Göre Tescil Edilmiş Olmanın Anlamı	87
4. İsteğe Bağlı Sigortalılıkla Zorunlu Sigortalılığın Çakışması	88
5. İsteğe Bağlı Sigortalılıkta Prim	88

VII. SOSYAL YARDIM ZAMMI	90
1. Danıştay'ın Sosyal Yardım Zammına İlişkin Yorumu	90
2. Anayasa Mahkemesinin Sosyal Yardım Zammına İlişkin Yorumu	92
3. Yargıtay'ın Sosyal Yardım Zammına İlişkin Yorumu	92
VIII. SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMLERİNDE KRİZ VE YENİ ARAYIŞLAR	95
1.Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Gelişimi	95
2.Sosyal Güvenlik Sistemlerinde Kriz	96
3. Daha Fazla Sosyal Güvenlik Hakkı mı, Sosyal Güvenlik Standartlarının Düşürülmesi mi?	99
a) Sosyal güvenlik sistemlerinin özelleştirilmesi	99
b) Yeni ekonomik gelişmeler sosyal güvenlik gereksinimini arttırmıştır	102
IX. TÜRK SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMİNDE KRİZ	104
1. Herkesin Yakındığı Bir Sosyal Güvenlik Sistemi	104
2.Sosyal Güvenlik Sistemimiz Neden Krize Girdi	106
a) Kaynak yetersizliği	106
b) Sisteme yapılan siyasi müdahaleler	106
c) Daha etkin hizmet verilmesi için yapılması gereken yatırımların yapılmasına izin verilmemesi	107
d) Kayıt dışı istihdam ve prim kaçakları önlenerek sosyal güvenlik sisteminin mali yapısını güçlendirmek yerine bütçeden transfer yapılarak durumun idare edilmeye çalışılması	108
e) Sosyal güvenlik kuruluşlarına katkısı en az taraf olan devletin yönetmesi	109
f) Nîmet külfet dengesini ortadan kaldıran sigorta tekniğine aykırı uygulamaların mali dengeleri alt üst etmesi	110
g) Ekonomik yapı kadro yetersizlikleri ve istismardan kaynaklanan sorunlar	111
3.Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin Yeniden Yapılandırılması	112
a) Dünya bankasına verilen niyet mektuplarına göre sosyal güvenlik reformu	112
b) Sermaye piyasası kurulunca Gönüllü özel emeklilik için yapılan hazırlıklar	114
c) Ortak çözüm önerisi "Çok Ayaklı Kurumsal yapı"	116
X.GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	117



Seluloz-İş Sendikası

Eğitim Yayınları : 10

SELÜLOZ-İŞ SENDİKASI

Genel Merkezi

Ankara Cad No: 87 İZMİT

1.GİRİŞ

Bireyin toplumda karşılaştığı sosyal risklere karşı kendisini koruma, kendisini ve neslini güvence altına alma arayışı, her çağda, her dönemde varlığını sürdüren evrensel bir arayıştır. İçinde bulunulan çağın özelliklerine göre; kılan, aşiret, sülale, hemşehri dayanışmasıyla, bu gruplara aidiyetle giderilmeye çalışılan sosyal güvenlik gereksinimi sanayi devrimi ile birlikte, çağdaş sosyal güvenlik kurumları aracılığıyla giderilmeye çalışılmıştır. Sanayi devrimi o güne kadar var olan tüm sosyal ilişkileri kökünden değiştirmiş, büyük aşiretler, sülaleler, hatta büyük aileler çekirdek aileye doğru evrimleşmiştir. Bu gelişmeye paralel olarak birey aydiyet duygusunu sosyal güvenlik kuruluşları aracılığıyla ulus aydiyetinde gidirmeye başlamıştır.

Bir başka ifadeyle bir toplumun çağdaşlaşmasının önemli ölçütlerinden birisini; "Sosyal güvenlik gereksinimini hangi kurumlar aracılığıyla, hangi düzeylerde karşıladığı?" sorusuna verilecek yanıt oluşturur demek abartı olmayacaktır.

Sanayi devrimini gerçekleştiren ülkelerde 1800'lü yıllarda ortaya çıkmaya başlayan sosyal güvenlik hakkı, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan "Sosyal Refah Devleti" döneminde altın çağını yaşamıştır. 1970'li yıllardan sonra yaşanmaya başlayan ekonomik kriz ise sorunları ve yeni arayışları da beraberinde getirmiştir.

Ülkemizde sanayi devrimininin yaşanmaması, sanayileşmenin yetersiz gelişimi ve buna bağlı olarak sosyolojik anlamda çağdaş işçi ve işveren kavramlarının oluşmamış olması, bir yandan sosyal güvenliğin kurumsal yapısının gelişimini geciktirirken, öte yandanda sosyal güvenlik kurumlarını sahipsiz bırakmıştır. Sosyal güvenlik kuruluşlarının özellikle de SSK'nın yoğun bir istismarla karşı karşıya kalmış olduğunun çokça dillendirildiği ülkemizde bu istismara en azından göz yuman, ses çıkarmayan işçi kitlelerinin bu suskunluklarında sosyal güvenlik bilincinin, sosyal güvenlik hakkının özünün yeterince kavranamamış olmasının önemini büyük olduğuna inanıyoruz.

Daha net söylemek gerekirse, XXI. Yüzyıla girdiğimiz bir dönemde, yaşamını iş gücünü satarak kazanmaya çalışanlar, halen gelecek güvencelerini arsa rantında, gayrimenkul edinmekte, hemşehri dayanışmasında aramakta, sosyal güvenlik kuruluşlarına güvenmemektedir. Sosyal güvenlik kuruluşlarını diğer arayışların bir tamamlayıcısı olarak görmektedirler.. Bu nedenle zorda kalan hemşehrisini kendi sosyal güvenlik hakkına ortak etmekte bir sakınca görmemekte, sosyal güvenliğin hiçbir külfetine katılmayanların sosyal sigortalar kurumundan yararlanmasının sistemin içini oyacağı gerçeğini görememektedirler.

Elbetteki sosyal güvenlik bilincinin yeterince gelişmediğini vurgulamak için söylediklerimiz, sosyal güvenlik sistemlerinin içerisine düştüğü bunalımı sadece sosyal güvenlik bilincinin gelişmemiş olmasıyla açıklamaya çalıştığımız anlamına da gelmemektedir. Sosyal güvenliğe yeterince ayrılmayan kaynaklar, bu alandaki popülist politikalar, sistemin mantığına aykırı uygulamalar, SSK primlerinin siyasilerce yağmalanması, kayıt dışı istihdam ve prim kaçakları, sosyal güvenliğin tüm toplumu kapsayamamış olması gibi bir dizi etkenin sistemi çökme noktasına getirdiği gerçeği gözardı edilemez.

Bu nedenle incelememizde; tüm bu sorunlar yargı kararları ışığında ele alınmaya çalışılmıştır. Sosyal güvenlik hakkı gibi genel kavramlar irdelenirken sosyal güvenlik hakkını gerçekleştiren kurumlar tek tek ele alınmamış, ancak genel kavramlardan sosyal güvenlik uygulamalarına dönüldüğünde SSK pratiği temel alınmıştır. İncelenen yargı kararlarında 506 sayılı yasayla ilgili kararlardır.

Sosyal güvenlik hakkının yaşama geçirilmesi için, yürürlüğe konulan en önemli yasalardan birisini, hiç kuşkusuz 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası oluşturmaktadır. 506 sayılı Yasa yürürlüğe girdiği tarihten bu güne değin, en çok değişikliğe uğrayan Yasa olma özelliği ile de, diğer yasalardan farklılaşmaktadır. Her birisi reform olduğu iddiasıyla yapılan bu değişikliklerle, 506 sayılı Yasanın sistematığı, ek maddeler, geçici maddeler, ek geçici maddelerle alt üst edilmiş, 506 sayılı yasa adeta yasalar labirentine dönüştürülmüştür. Bu labirentte kaybolmadan sonuca ulaşabilmek ise, uygulayıcılar açısından başlı başına bir sanat, bir uzmanlık haline gelmiştir.

Yargıtay kararları incelendiğinde zaman zaman somut olayın sınırlarından uzaklaşarak Sosyal Sigortalar Kurumu'nun içerisine düştüğü sorunları bütün yönleriyle ele alıp, öneriler getiren kararlara rastlandığı, hatta son dönemlerde bu tür kararların sayısında artış olduğu gözlemlenmektedir. Bir yandan bireyin sosyal güvenlik hakkının vazgeçilmez, devredilmez temel bir insan hakkı olduğunun, bu hakkın sınırlanmasında çok dikkatli olması gerektiği kararlarda vurgulanırken, bu hakkı gerçekleştirecek kurum olan sosyal sigortalar kurumunda koruması gerektiği ikilemi kararlara oldukça net bir şekilde yansımıştır. Sınırlı kaynaklara, bu sınırlı kaynakları yok etmeden sosyal güvenlik hakkını gerçekleştirme çabaları ne yazık ki kararlara yansıyan gelgitlere neden olsada onbinlerce dosya içerisinden hukukun genel ilkelerinden ödün vermeden, sosyal güvenlik hakkını zedelemeyen varolan yasalara olabildiğince çağdaş anlamlar vererek sosyal güvenlik hakkının gelişiminde ufuk açıcı kararların olması sevindiricidir.

İncelemenin birinci bölümünde sosyal güvenlik hakkı ve kavram ele alınmış, ikinci bölümünde ise yargı kararları ışığında 506 sayılı yasanın sistematığına paralel, sosyal güvenlik hakkı irdelenmeye çalışılmıştır. İncelemenin son bölümünde ise sosyal güvenlik sisteminde kriz ve yeni arayışlar özetlenmeye çalışılmıştır. İncelediğimiz yargı kararlarının karar kartonlarını bize açarak değerlendirme olanağı veren yargıtay 10.HD. ve 21.HD. Sayın **başkan** ve **üyelerine** teşekkür ederiz. Bu incelemeye eleştirileriyle katkılar sunan Sayın hocam **Prof. Dr. Ali Güzel'e**, **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Danışmanı Sayın Av. Akın Sokullu'ya**, **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Başkanı Sayın Av. Mehmet Uçum'a** ve onun şahsında **Çalışma Hukuku Komisyonu Üyelerine**, Her zaman olduğu gibi bu incelemede yazım hatalarını düzelten kendisinden çaldığım zamanı birde incelemenin düzeltilmesini üstlenerek karşılık veren eşim **Av. Nezaket Yüksel Özveri'ye**, Çalışmanın sayfa düzenlemesini yapan **Selüloz-İş Sendikası Bilgi İşlem Müdürü Özlem Sarıçiçek'e**, Kaynakların tasnifinde emeği geçen **Selüloz-İş Sendikası Genel Başkan Sekreteri Esra Süloğlu'ya**, incelemenin basım işini üstlenen **Selüloz İş Sendikası adına Genel Başkan Ergin Alşan** ve tüm yönetim kurulu üyelerine teşekkür ederim.

*Av. Murat ÖZVERİ
İzmit 2000*

II.SOSYAL GÜVENLİK HAKKI VE SOSYAL GÜVENLİK KAVRAMI

Sosyal Güvenlik kavramını, gelir düzeyleri, yaptıkları iş ne olursa olsun, bireyin toplumda karşılaştığı sosyal risklerin olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak ya da etkisini en aza indirmek için alınmış önlemler ve bu önlemleri yaşama geçirmek için oluşturulmuş kurum ve kurumlar topluluğu olarak tanımlayabiliriz.¹ Sosyal Devletin gerçekleşme biçimi, Sosyal Devletin toplumsal yaşamda en somut hissedilir sonuçlarından birisi olan sosyal güvenlik, sosyal riskler var olduğu sürece her insanın gereksinim duyacağı, vazgeçemeyeceği temel haklarından birisi olmaya devam edecektir. Sosyal Güvenlik; “İnsanlığın eski ve derin bir gereksiniminin somut bir belirtisidir. Bu gereksinme, yarından emin olmak isteğidir. Evrensel bir ilkeye dönüşen ve çağdaş uygarlığın simgesi olan Sosyal Güvenlik kavramı, özde bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlike oluşturan olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür. Tehlikeyle karşılaşan ve yoksulluğa düşen bireye, asgari bir güvence sağlamak, sosyal güvenliğin varoluş nedenidir.”²

Sosyal güvenlik gereksinimi ve bu gereksinimi insan onuruna yakışır araçlarla gidermek için sosyal güvenlik sistemlerini geliştirme arayış ve uğraşları, içine girdiğimiz yeni yüzyılda da varlığını sürdürecektir.

1.Sosyal Güvenlik Hakkının Gelişimi ve Uluslararası Belgeler

Sosyal Güvenlik kavramının özünde var olan, bireyin en güçsüz olduğu dönemlerde kendini güvencede hissetme, yarınlarını güvence altına alma gereksinimi, insanlık tarihi kadar eskidir. Toplumsal gelişmenin her aşamasında, sosyal risklere karşı kendisine güvence arayan bireyin klan, sülale, hemşehri dayanışması aşamasından, bugünkü anlamda çağdaş Sosyal Güvenlik kurumlarına kavuşması, 19. yüzyılda sanayi devrimiyle yaşanan sosyal sefaletin yaratmış olduğu düzeni tehdit edecek boyutlara ulaşan çatışmaları gidermek amacıyla, Devletin çalışma hayatına müdahalesiyle olanaklı olmuştur.

1 Tunçamağ, K., “Türkiye’nin Sosyal Güvenlik sistemi ve sorunları” Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul İ.Ü.Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 1996 s.536; Kocuoğlu, M., Sosyal Politika, Ankara Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, 1997, s.226

2 Güzel, A.Ökar, A. Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3.baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 1992 s.1

1880’li yıllarda ilk olarak Almanya’da, 1911’de İngiltere’de, 1935’te ABD’de yasaların konusunu oluşturan Sosyal Güvenlik hakkı, **10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Beyannamesi’nin 22. maddesinde “herkes toplumun bir ferdi olarak Sosyal Güvenlik hakkına sahiptir; Sosyal Güvenlik bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatmin edilmesi temeline dayanır”** sözleriyle ifade edilmiştir.³ Bildirinin 25. maddesi ise Sosyal güvenlik hakkının ayrıntılarını **“her kişinin gerek kendisi gerekse ailesi için yiyecek, mesken, tıbbi yardım ve gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere, sağlık ve refahını sağlayacak bir yaşama düzeyine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık hallerinde veya geçim olanaklarından iradesi dışında yoksunluk yaratacak diğer bütün durumlarda Sosyal Güvenliğe hakkı vardır. Doğum yapan kadın ve çocuklarının özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, her türlü sosyal yardımdan yararlanmak hakkına sahiptirler”**.⁴, sözleriyle vurgulamıştır.

Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) ise, 1952 yılında kabul etmiş olduğu, Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 sayılı Sözleşmeyle, Sosyal Güvenliğe ilişkin asgari normları belirlemiştir. Türkiye’nin 29.07.1971 tarihinde onaylamış olduğu ⁵ 102 sayılı Sözleşme Sosyal Güvenliğin dokuz temel dalını “hastalık (tıbbi bakım), hastalıkta yitirilen kazancın karşılanması, iş kazası ve meslek hastalığı, analık, sakatlık, yaşlılık, ölüm, aile yardımları ve işsizlik” olarak sıralamıştır. “Türkiye’nin 1989 tarihinde bazı çekinceler koyarak onaylamış olduğu Avrupa Sosyal Antlaşması’nın (Şartı) Türkiye’nin çekince koymadığı “Sosyal Güvenlik Hakkı” başlıklı 12, “Sağlık ve Sosyal Yardım Hakkı” başlıklı 13. ve “Sosyal Refah Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı” başlıklı 14.maddelerinde de Sosyal Güvenlik hakkına ilişkin temel ilkeler bir kez daha belirlenmiştir.⁷

1968 yılında yürürlüğe giren ve Türkiye’nin 1979 yılında onayladığı “Avrupa Kodu ve Sosyal Güvenlik Sözleşmesi” ise, onay koşulu olarak ILO’nun

3 Kocaoğlu, M., a.g.e., s.226-227, Güzel, A./Okur, A./Rıza, a.g.e., s.7

4 Güzel/Okur, a.g.e., s.43

5 Taşkent, S., İnsan Haklarının Uluslararası Dayanakları, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları 26, 1993, s.276

6 Tançoğlu, a.g.e., s.535

7 Taşkent, a.g.e., s.346-347

102 sayılı Sözleşmesinde belirlenen 9 sosyal risklerden en az 6'sına yönelik olarak bir sosyal koruma mekanizmasının kurulmuş olması koşulunu aramıştır.⁸

Avrupa Birliğinde ise “Sosyal Güvenlik, dört aşamadan oluşan bir sosyal mantık sürecine oturtulmuştur. İlk aşama; insanların eğitilerek vasıf sahibi yapılması, ikincisi bu insanların işgücü haline gelmesi, üçüncüsü bir gelir sahibi olunmasının sağlanması, dördüncüsü ise topluma katılımın güvence altına alınmasıdır. Bu toplumdaki temel zincirdir. İkinci aşamanın uygunsuz ya da olanaksız olduğu durumlarda, Sosyal Güvenlik devreye girer. Bu durumda Sosyal Güvenlik bir gelir sağlayarak, dördüncü aşamayı, yani topluma katılımı gözetir.”⁹ Avrupa Birliğinde Sosyal Güvenliğin amacının ise toplumu korumak, Sosyal Güvenliğin referans noktasının ise toplum olduğu, Sosyal Güvenliğin aslında toplumu korumak amacıyla ortaya çıkmış olduğu vurgulanmıştır.¹⁰ Nitekim, “Sosyal Güvenliğin kapsamına, giren işsizlik, özürlülük(sakatlık) ve emeklilik (yaşlılık) gibi sosyal riskler, önemli ve kendine özgü etkilere sahiptir. Gelirin yerine geçecek bir sistemin olmaması, toplumda çok daha fazla insanı etkiler. (örneğin, işsiz bir kişinin çocuklarında doğacak olan kültürel ve motivasyona dayalı etkiler, politik istikrarın olmaması ve toplumsal huzursuzluk) Toplumların kendilerini bu zararlı risklerden korumaya çalışmasının bu risklere sosyal riskler demesinin ve bireyin kendi inisiyatifi dışındaki zorunlu programlar kapsamına alınmasının altındaki sebep budur.”¹¹

Belirtilen bu esaslar, Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecine giren ülkemiz açısından da önem taşımaktadır ve sosyal güvenlik alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde bu temel ilkeler belirleyici olmalıdır..

2. Türkiye’de Sosyal Güvenlik

Sanayi devriminin yapılamadığı Osmanlı döneminde sanayi devriminin ürünü olan kurumlarda oluşmamıştır. Sosyal güvenlik hakkından söz edilme- se de Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde, Ereğli kömür havzasım-

8 Güzel/Oktay, a.g.e., s.46

9 Berghman, J., “Avrupa Birliğinde Sosyal Güvenlik”. Avrupa’da Sosyal Koruma, ETUC-ETUI Konferansı Brüksel, 1996, Der.Alessandra Bosco, Martin Hutsebaut, Türk Harb-İş Sendikası Yayın, s.40110
Berghman, a.g.e., s.403

11 Berghman, a.g.e., s.403

da çalışan işçilerin çalışma koşullarını düzenlemeyi amaçlayan 1865 tarihli Dilaverpaşa Nizamnamesi, 1869 yılında çıkartılan ve yine kömür işçilerinin çalışma koşullarını düzenlemeye çalışarak madenlerde doktor bulundurulması zorunluluğu getiren, iş kazalarına karşı koruyucu önlemler alınmasını zorunlu kılan, iş kazasında işçinin yaralanması ya da ölümü halinde mahkemece belirlenecek tazminatın ödenmesinde işvereni sorumlu tutan Maadin Nizamnamesi sınırlı düzenlemeler içerse de Sosyal Güvenlik alanında ilk düzenleme örnekleri olması açısından önemlidir.¹²

Osmanlı İmparatorluğu'nun yine son dönemlerinde sadece asker ve memurlara yönelik olsa da hastalık, yaşlılık, malullük, kaza gibi risklere karşı yardımlaşma sandıklarının kurulmuş olduğunu görüyoruz. "Bunlar bir bakıma, resmi ve özel emeklilik ve yardımlaşma sandığı niteliğine sahiptirler. Bunlardan ilki 1866'da kurulan Askeri Tekaüt Sandığı'dır. Ardından kamu kesiminde çalışanlar için Emekli Sandığı (1881), Tersane-i Amirenin-İşçi ve Memurları için Emeklilik ve Malullük Sandığı (1909), Hicaz Demiryolu Memur ve Müstahdemlerine Hastalık ve Kaza Halleri İçin Yardım Sandığı (1910) ve Şirketi Hayriye Tekaüt Sandığı (1917) kurulmuştur."¹³

Cumhuriyet döneminde ise 1945 yılında 4792 sayılı yasayla kabul edilen İşçi Sigortaları Kurumu Kanunu çıkartılana kadar Sosyal Güvenlik hakkını gerçekleştirmeyi hedefleyen Sosyal Güvenlik Sistemi oluşturulamamıştır.

1924 yılında toplanan İzmir İktisat Kongresinde İşçi Sağlığı İş Güvenliğinin korunmasına ilişkin kararlar alınmış,¹⁴ 1930 yılında kabul edilen Umumi Hıfzısıhha Kanununda kadın ve çocuk işçilere yönelik koruyucu düzenlemeler yapılmış, 50'den fazla işçi çalıştıran işverenlerin işyerinde doktor bulundurmaları zorunlu kılınmış, gebe kadınların doğumdan üç ay öncesinden başlayarak bebeğinin ve kendisinin zarar göreceği bir işte çalıştırılmaları yasaklanmış, doğumdan sonra üç ay dinlenmeleri, işe başladıktan sonra ise altı ay süresince günlük çalışma süresi içinde yarımşar saatlik iki emzirme izni verilmesi hükme bağlanmıştır.¹⁵

¹² Fişek, a.g.e., s.12, Güzel/Okur, a.g.e., s.29

¹³ Fişek, a.g.e., s.13

¹⁴ Ç. Bakıye, "Ülkemizle İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı", *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sorunları ve Çözüm Yolları*, TMMOB yayınları 1991, s.7

¹⁵ Güzel/Okur a.g.e., s.31

Yasa'da işverenlerin bu hükümlere uyup uymadıklarının belirleneceği bir denetim mekanizmasına yer verilmemiş olması, yasanın kapsamına giren riskler nedeniyle gelir kaybına uğrayan işçilerin bu gelir kayıplarının nasıl giderileceğinin ön görülmemiş olması Yasa'nın uygulanamamasını da beraberinde getirmiştir.¹⁶

Osmanlı İmparatorluğu'nun son yıllarında görülen yardımlaşma ve emeklilik sandıklarının benzerlerin kurulmasını öngören yasalar Cumhuriyet döneminde de çıkartılmıştır. Kapsamına aldığı riskler ve kişiler açısından oldukça sınırlı olan bu yasalardan 30.06.1930 tarih ve 1683 sayılı Yasayla, memurların emeklilik ve malullüye durumları düzenlenmiştir.¹⁷ "Ayrıca, 1933 tarih ve 2097 sayılı Kanunla Vilayet Hususi İdareleri Tekaüt Sandığı, aynı yıl 2264 sayılı Kanunla İstanbul Mahalli İdaresiyle Ankara Belediyesi Memurları Tekaüt Sandığı, 1934'de 2454 sayılı Kanunla DDY ve Liman İdaresinin Memur ve Müstahdemleri Tekaüt Sandığı, 1935'de Telgraf ve Telefon İdaresi Biriktirme ve Yardım Sandığı, 1937'de 3137 sayılı Kanunla Deniz Yolları ve Akay İşletmeleriyle Fabrika ve Havzalar İdaresi Memur ve Müstahdemleri Tekaüt Kanunu çıkartılmıştır."¹⁸

Cumhuriyet döneminin çalışma yaşamı açısından en önemli adımlardan birisini 3008 sayılı İş Yasası'nın 1936 tarihinde kabul edilmesi oluşturmaktadır. 3008 sayılı İş Yasası, sosyal güvenlik hakkına ilişkin temel ilkelere yer vermesi, sosyal sigortaların kurulmasını öngörerek bu günde geçerliliğini koruyacak şekilde sosyal koruma getiren riskleri "iş kazaları ve meslek hastalıkları, analık, yaşlılık, işten çıkarma, hastalık ve ölüm" olarak belirlemesi, sosyal sigortalarda zorunluluk ilkesini kabul etmesiyle sosyal güvenlik alanında da önemli bir adım olmuştur. Yasa sosyal sigortalar sistemine kademeli bir geçişi öngörmüş, ancak diğer etkilerin yanında araya 2.dünya savaşının girmesi nedeniyle öngörülen sosyal sigortalar sisteminin kurulması çalışmalarına 1945 yılından sonra başlanabilmiştir.¹⁹

"1945 yılında sosyal sigortalarla ilgili 4772 sayılı İş Kazaları, Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Kanunu çıkarılmış; bu yasaya paralel olarak da 16 Temmuz 1945 tarihinde 4792 sayılı İşçi Sigortaları Kurumu Kanu-

16 Güzel/Okur a.g.e., s.31

17 Fişek, a.g.e., s.14

18 Güzel/Okur a.g.e., s.32

19 Güzel/Okur a.g.e., s.32-33

nu kabul edilmiştir. Ocak 1949'da uygulamaya konan 5434 sayılı Yasa'yla kurulan T.C. Emekli Sandığı, devlet memurlarına sosyal güvenlik sağlamıştır.”²⁰

Sosyal Güvenlik hakkı Anayasal bir hak olarak ilk kez 1961 Anayasası'nın 48. maddesinde düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nın 48. maddesi “herkes Sosyal Güvenlik hakkına sahiptir. Bu hakkı sağlamak için Sosyal Sigortalar ve sosyal yardım teşkilatı kurmak ve kurdurmak Devletin ödevlerindedir” hükmünü getirmiştir. Maddenin gerekçesinde ise, Sosyal Güvenlik hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer aldığına işaret edilmiş, Sosyal Güvenlik hakkı Sosyal Devlet kavramıyla ilişkilendirilerek, Sosyal Güvenlik hakkının Sosyal Devlet kavramının doğal sonucu olduğu vurgulanmıştır.²¹

Sosyal Güvenlik Hakkına 60. maddesinde yer veren 1982 Anayasası ise, maddenin gerekçesinde “Sosyal Güvenlik Hakkı çalışanların yarını, güvencesidir”²² demiş, ancak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine ve Sosyal Devlet kavramına atıfta bulunan 1961 Anayasası'nın aksine, Sosyal Güvenlik hakkının geliştirilmesinde, Devletin ekonomik gelişme ve ekonomik istikrarı dikkate alması gerektiğine işaret etme gereği duymuştur.

Ekonomik gelişme ve ekonomik istikrarın düzeltilmesi, bugün de Sosyal Güvenlik Haklarını sınırlamak isteyenlerin çok sık başvurdukları bir gerektir. “Oysa, Sosyal Güvenlik temel bir insan hakkı olarak, bir ülke halkının bugününü ve yarını güvence altına almayı amaçlar ve bu yönüyle de bir ulusun iç ve dış güvenliği kadar yaşamsal bir değer taşır.”²³ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nde 10.02.1991 tarihinde vermiş olduğu kararında, “sosyal sigorta sisteminde işçilerin sosyal güvenliklerini kaldıran ya da bu sistemi güvence olmaktan çıkararak hükümler Anayasa'nın 2, 5, ve 60. maddelerine aykırıdır”²⁴ demiştir.

Sosyal Güvenlik kavramı tartışılırken hiçbir zaman unutulmaması gereken nokta, Sosyal Güvenliğin temel amacının, bireyi yoksulluğa düşürmeden, kişiliğini, onurunu, özgürlüğünü koruyarak toplumu koru-

20 Fişek, a.g.s

21 Özer, A., *Gereğeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara, Kamu-İş Yayını, 1996, s.264

22 Özer, a.g.e., s.263

23 Güzel, A., “Sosyal Güvenlik Reformu ve IMF”, *Cumhuriyet Gazetesi* 30.06.1999

24 *An.Mah.*10.12.1991.E.1991/23, K.1991/47 TUBA Bimed

mak, toplumsal barışı sağlamak olduğudur. “Ulusal gelirin yeniden dağıtım mekanizması olan Sosyal Güvenlik, sosyal adaleti sağlama işlevini de üstlenir. Sosyal adalet ise toplumsal bütünleşmeyi sağlama ve dengeli bir toplum yaratma, giderek ulusal ve uluslararası barışın gizemli anahtarını sunar.”²⁵

III. YARGI KARARLARI IŞIĞINDA SOSYAL GÜVENLİK

1. 506 sayılı Yasanın Amacı ve Yorumu

506 sayılı Yasanın 1. maddesinde Yasanın amacı “İş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm hallerinde bu kanunda yazılı şartlarla sosyal sigorta yardımları sağlanır.” sözleriyle belirtilmiştir. Maddede her ne kadar “yardım” sözcüğü yer almış olsa da, “sosyal sigorta yardımı, aslında Sosyal Sigorta Hakkı’nın somutlaşmış anlatımıdır ve Sosyal Sigortalar Kurumu yönünden bir karşı edimdir.”²⁶

Yargıtay 10. HD 28.09.1973 tarihli bir kararında ise, “üçüncü kişiye yaptığı zarardan belirli oranda sorumlu olan sigorta şirketi, Kurumca, zarar gören sigortalıya bütün yardımların yapıldığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulmak istemektedir. Oysa, davacı kurum 506/1’nci maddeden açıkça anlaşılacağı gibi, oldukça geniş kapsamlı sosyal güvenlik sağlamayı amaçlamış bir kuruluştur.”²⁷ sözleriyle 1. maddeye yollama yaparak kanunun amacını vurgulamıştır.

a) Sigortalının sosyal güvenlik hakkı ve kurumun aktüeryal dengesi

506 sayılı Yasanın uygulamasında, bireyin sosyal güvenlik hakkıyla kurumun çıkarlarının karşı karşıya gelmesi, yasada boşluk bulunduğu durumlarda yasanın nasıl yorumlanması gerektiği sorununu ortaya çıkarmıştır. Yasa hükümlerini yorumlarken tek sigortalının sosyal güvenlik hakkını korurken

25 Güzel, a.g.m.

26 Çenberci, M., *Sosyal Sigortalar Kanununu Şerhli, Olgaç Matbaası, Ankara.1977, s.77*

27 Yargıtay 10.HD.1973/382 E,1973/455 K128.09.1973 T.sayılı kararı TUBA Bimed

Kurumu da koruyacak bir dengeyin nasıl oluşturulacağı tartışması, kurumun aktüeryal dengesinin önemli ölçüde bozulduğu günümüz koşullarında daha da güncelleşmiştir.

1958 ve 1971 tarihlerinde verilen iki içtihadı birleştirme kararında, sosyal sigorta yasalarının kabul edilmesindeki temel amacın, işçilerin haklarını korumak olduğu belirtilerek, **çalışanlar yararına yorumun sosyal güvenlik hukukunun ilkelerinden kaynaklanan bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılmıştır.**²⁸

Yargıtay 10.HD. 07.03.1974 tarihinde vermiş olduğu kararında “**Herhalde, gereğinden çok Kurum’un paraca güçsüzlüğünden endişe duymak ve sosyal güvenlik alanını daraltmak böylece asıl olanın sanki sosyal güvenlik değilmiş de Kurumu paraca güçlendirmek anlayışına saplanmak ve aslında sosyal güvenliğin aracı olan Kurumu doğrudan doğruya amaç durumuna getirmek düşüncesi redolunmalıdır.**”²⁹ anlatımıyla kurumun korunmasının başlı başına bir amaç haline getirilmesine karşı çıkmıştır.

Yargıtay 21.HD de 03.07.1998 tarihinde vermiş olduğu kararında “esasen maddede açık veya üstü örtülü engelleyici bir hüküm olmadıkça, maddenin sigortalılar yararına yorumlanması İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku’nun gereklerinden olduğu da söz götürmez. Öte yandan yasada olmayan bir hükümü idari işlemle tesis ederek davacıyı sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakmaya da yasaca olanak yoktur”³⁰ diyerek, sosyal güvenlik hukukunda işçi yararına yorumun temel yorum ilkesi olduğunun altını çizmiştir.

Yasanın yorumunun yanında Sosyal Güvenliğin önemine işaret etmesi nedeniyle de ilginç olan 05.11.1997 tarihli bir HGK kararında ise, yasanın **amaca göre yorumlanması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkemenin direnme kararı onanmıştır.** Karara konu olan olayda sigortalı, 506 sayılı yasa göre ölüm aylığı bağlanması için gerekli koşullar oluştuktan sonra Bağ-Kur üyesi olmuş ve Bağ-Kur üyesi iken de ölmüştür. Sigortalının murisinin ölüm aylığının Sosyal Sigortalar Kurumu’na bağlanması talebini kabul eden yerel mahkeme kararını, Yargıtay 10.HD 2829 sayılı kanunun 8/2 maddesi uyarınca ölüm aylığı en son sigortalılığın gerçekleştiği Bağ-Kur tarafından bağlanma-

28 Çemberci s.69

29 Mustafa Çemberci, a.g.e., s.70

30 Yur.21.HD. 03.07.1998, E. 1998/3460 .K. 1998/5080 TUBA Bimed

sı gerekir gerekçesiyle bozmuştur. Bozmaya direnen yerel mahkeme kararını onayan HGK ise gerekçesinde amaca göre yorum yapılması gerektiğini belirterek direnme kararını onamıştır.

HGK; sigortalının, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 66/c maddesi uyarınca ölüm aylığı yönünden kazanılmış haklarının doğduğunu, 506 sayılı Yasa'nın 66. maddesince ölüm aylığı bağlanması durumunda, sigortalının alacağı ölüm aylığı parasının, 2829 sayılı Yasa'nın 8/2 maddesince hizmetlerin birleştirilmesi yoluyla alacağı ölüm aylığı parasından çok daha fazla olduğunu, Yargıtay 10. H.D.'nin bozma kararında dayanılan **"İlgililere hizmet sürelerinin sonuncusunun tabi olduğu kuruma, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır"** şeklindeki yasadaki sözcükten hareket edildiğinde, daha az bir aylık bağlanması gerekeceğine işaret ederek; bu durumu Sosyal Güvenlik sistemi ile yasanın amacına da aykırılık olarak nitelendirmiştir. HGK'na göre; **"Özel Daire söz ve deyimlerin lafzı anlamına sıkı sıkıya bağlanarak Yasa maddesini yorumlayarak sonuca kavuşmuştur. Ne var ki, çoğu defa tek başına metinden hareket ederek yorum yoluna başvurmak sağlıklı sonuca kavuşmayı önleyebilir. Yasanın amacı sözle (lafızla) çelişiyorsa, söze değil amaca önem vermek gerekir. Yorumda asıl olan, adalete uygun sonuca kavuşmak olmalıdır."**³¹

22.02.1997 gün ve 1/1 sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararına gönderme yaparak, bir yasa hükmünün yasaya konuluş amacına aykırı sonuç doğuracak şekilde yorumlanmasının, hukuk ilkelerine ve yasanın hem sözü hem de özüyle uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1. maddesine uygun olmayacağını altını çizen HGK, Sosyal Güvenlik Kurumları arasında, yalnızca aylıkların seviyesi bakımından değil, kapsamına alınan tehlikeler ve hak kazanma şartları bakımından da norm ve standart birliği bulunmadığını, SSK'nın en geniş kapsamlı koruma garantisi sağlayan sigorta kurumu olduğunu, geçerli çözüm yolunun hangi kurum olursa olsun, aynı külfete katlanan insanların aynı haklara sahip olmalarının sağlanmasıyla olanaklı olacağını, Sosyal Güvenlik Kurumları'nın görevinin Sosyal Sigorta Yasaları çerçevesinde kapsama aldıkları kişileri koruma garantisini sağlamak olduğunu belirterek, **"Sigorta Hukukunda amaç, yüksek standartta Sosyal Güvenlik sağla-**

31 Yargıtay HGK, 1997/10-698 E., 1997/895 K., 05.11.1997 T. TUBA Bimed

yan bir sistemin oluşturulmasıdır” demiştir. HGK’na göre; nimet külfet dengesi üzerine kurulan Sosyal Sigortalar kurumlarında çalışıp prim ödenecek katlanılan külfetin karşılığının alınmaması, Sosyal Güvenlik Sisteminin amacıyla bağdaşmayacağı gibi, “Buna zıt bir yorum, sisteme duyulan güveni ortadan kaldırır. En önemlisi yükümlülüklerini zamanında yerine getirenlerin bir anlamda cezalandırılması olur ki, bu sosyal adalet duygusunu aşındırır”. Yasanın aradığı koşulları yerine getiren özellikle istenilen hizmet sürelerini çalışıp dolduran ve primlerini düzenli bir şekilde ödeyen sigortalının ona uygun hakkını alması zorunludur. Esasen, 2829 sayılı Yasa’nın amacı da, hiçbir kurumdaki hizmeti yaşlılık, malullük, ölüm aylığı gibi aylık bağlamalara yeterli olmayan sigortalı ve hak sahiplerine aylık bağlanmasını sağlamak ve değişik kurumlardaki hizmetler birleştirilerek ziyan olmasını önlemektir. **Böylece, Sosyal Güvenlik sağlayarak, kişileri yaşadıkları toplum içinde insan onuruna yaraşır şekilde ve onu başkalarına muhtaç etmeyecek, asgari bir hayat standardı sağlanmak istenmiştir. Aksinin düşünülmesi, 1982 Anayasası’nın 62. maddesinde belirtilen, Sosyal Güvenliğin bir insan hakkı olduğuna ilişkin ilkeye de aykırılık oluşturur.”**³²

İş kazası nedeniyle kaldırıldığı SSK İzmit Hastanesi, SSK Ok meydanı Hastanesi ve sevk edildiği İ.Ü Tıp Fakültesi Cerrahi Bölümünde, gerekli cihazların bulunmaması nedeniyle tedavi edilememesi üzerine, özel bir hastanede tedavi olan ve tedavi masrafları için dava açan işçinin talebini kabul eden yerel Mahkeme kararını, 21.H.D. S.S Sağlık İşlemleri Yönetmenliğinin 56-57 ve 58. maddelerine dayanarak, sigortalının kurum hastanelerinde tedavi edilseydi ne kadar masraf gerektirecek ise o kadarının ödenmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. HGK’lu ise 11.06.1997 tarihinde vermiş olduğu kararında, Sosyal Güvenlik ilkelerini ön plana çıkartan yorum tarzını benimseyerek; “Sosyal Sigortalar Kurumu’nun vatandaşların sağlık haklarını çağdaş normlara uygun olarak sağlamakla görevli olduğu, sigortalının özel sağlık kuruluşuna başvurmak zorunda kalmasının Sosyal Sigortalar kurumunun gerekli yatırımları yapmamış olmasından kaynaklandığı, öncelikle Kuruma ve Kurumun sevk etmiş olduğu hastanelere başvuran ancak buralarda tedavi edilemediği için özel bir sağlık kuruluşuna başvurmak zorunda kalan si-

³² Yür HGK.1997/10-698 E.,1997/895 K.,05.11.1997 T. TUBA Bimed

gortalıya, S.S. Sağlık işlemleri yönetmenliğinin 56,57 ve 58. maddelerini ileri sürerek yapılan harcamanın kurumca harcamayı yapan davalıya ödenmeyeceğini ileri sürmesi, insan vicdanını rahatsız ettiği gibi başta Anayasamıza ve kanunlarımıza da aykırı bir tutum olarak Mahkememizce değerlendirilmiştir. Bu tutumla anayasamızda devletin nitelikleri olarak belirtilen Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti ilkelerini de zedeler bir durum ortaya çıkmaktadır...” gerekçesiyle direnme kararı veren yerel mahkeme kararını, yerel mahkemenin gerekçesini benimseyerek onamıştır.³³

Hem Yargıtay HGK, hem de özel dairelerin bireyin sosyal güvenlik hakkıyla kurumu ayakta tutacak bir denge kurma arayışında zorlandıkları gözlenmektedir. Sosyal güvenlik şemsiyesinin toplumda herkesi kapsayacak şekilde genişlememesi, nüfusun önemli bir kesiminin sosyal güvenlik hakkından yoksun bulunması, kayıt dışı istihdam, Bağ Kur’un daha dar hizmet vermesi gibi bir dizi nedenlerle, SSK’nın istismarının artması üzerine Yargıtay, işçi yararına yorum ilkesinden en azından hizmet tespitleri konusunda önemli ölçüde vaz geçmiştir. Yargıtay 10. H.D. Başkanı milli komite toplantısında bu görüş değişikliğini “Biz şimdiye kadar işçi lehine düşündük. Bunu da savunuyorduk, eski tebliğlerimizde söylediklerimiz yazılı. Ama önümüze şu son senelerde öyle davalar geldi ki, maalesef işçi kesimi bu hizmet tespiti meselesini dejenere etti. Bunun içinde haklı olanlarda var. Hepsi aynı makama giriyor demek istemiyorum. Hele bazı bölgelerden o kadar acayip davalar geldi. Bu eski hizmetler, kısmen ödenmiş primler alındı, satıldı. Bunları tespit ettik. İadeyi Muhakeme davaları açıldı. Doğrusu bizim kanımıza, kanaatimize tesir etti bu. Biz şimdi içtihadı değiştirip bu kanunu biraz daha tavizsiz bu bakımdan katı uygulasak kanun ne yazıyorsa, diye düşündük ve biz kendimiz daire olarak içtihadımızı değiştirdik.”³⁴ sözleriyle açıklamıştır..

Hizmet tespiti davalarında konunun istismar edilmesi nedeniyle işçi yararına yorumdan kaçındıklarını ifade eden Özel Daire temsilcileri, bu görüşü dile getirdikleri toplantıdan üç yıl sonra 1996 yılı kararlarının tartışıldığı Milli Komite toplantısında aynı gerekçeleri tekrarladıktan sonra “Yalnız bu titizliğin ölçüsünü de kaçırmamız gerekiyor”³⁵ demek gerektiği duymuşlar, ay-

33 Yür HGK.1997/21-387 E.1997/528 K.11.06.1997 T. Yayınlanmamış karar

34 Ozanoğlu.T. Yargıtay İş Hukuku Kararlarının değerlendirilmesi 1993, genel görüşme . s.208

35 Abik.Ş. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998 genel görüşme s.280

nı toplantıda söz alan bir başka üye de bu görüşe katılarak, “gerek 10.H.D. gerekse 21.H.D. tespit davalarında çok titizlik gösteriyor. Titizliği ben de takdirle karşılıyorum. Özellikle, bu Adana’da oluşan olaylar dolayısıyla bu titizliğe sebep olmuştur. Yalnız biraz evvel Sayın Abik’in belirttiği gibi fazla titizlik gösterilince bazı hakların yok olmasına sebep olunuyor.”³⁶ demişlerdir.

HGK ise 28.04.1998 tarihli kararında SSK aktüeryal dengesini bozan, Primli Rejim ilkesiyle bağdaşmayan uygulamalarla sistemin işlemez hale getirildiğine, politik müdahalelerin ve sigortacılık anlayışından uzak uygulamalarla kurumun aktüeryal dengesinin bozulduğuna işaret ederek, kurumun aktüeryal dengesini bozacak yorumlara başvurulmamasına özen gösterilmesi gerektiğine dikkat çekmek zorunda kalmıştır. Kurumun siyasi kararlardan kaynaklanan sigorta sisteminin mantığına aykırı uygulamalarla çökme aşamasına getirilmesine karşı adeta bir yanıt niteliğinde olan HGK kararında sigorta sisteminin temel mantığı, sistemi deforme eden uygulamalar tek tek sıralanmıştır. HGK’na göre; **“sosyal sigortalar külfet-nimet dengesi üzerine kurulan kurumlar olmasına rağmen külfeti kaldıran uygulamalar söz konusu olmuştur. Borçlanma düzenlemeleri de bunların başında gelenlerindedir. Yine bu yolla pasif sigortalıların çoğaltılması, aktif sigortalıların mali yükünü arttırmakta ve pasif sigortalılara düşen payları azaltmaktadır. Böylece Sosyal güvenlikle arzulanan amaç yerine gelmemekte ve sistem önemli bir mali kriz içine itilmektedir. Dahası sosyal güvenlik kuruluşlarına yapılan politik müdahalelerin ve sigortacılık anlayışından uzak uygulamaların, kurumların aktüeryal dengesini bozması, Devletin Sosyal Güvenlik Fonlarının oluşumuna katkıda bulunmaması ve yüksek prim oranları ile yükün çalışan ve çalıştıran üzerine kalması; sistemi etkinlikten uzaklaştırmış ve sağlıklı şekilde işlemez hale getirmiştir.**

SSK; özellikle 1985 yılından sonra alınan politik kararlar neticesinde önemli bir mali kriz içerisine girmiştir. Kısa süreli olarak belli kesimlere imtiyaz tanıyan ama uzun vadede, tüm kesimleri sıkıntıya sokan politik kararlar, kurumun gelmiş olduğu noktanın öncelikli ve ağırlıklı sebebinin oluşturmaktadır. Örneğin borçlanma, itibari hizmet

36 Serim,E, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998 genel görüşme s.291

zammı gibi; belirli kişilere imtiyazlı durum sağlayıcı, işçi ve işverenlerin primleriyle oluşan kurum kaynaklarının, bu kaynakların oluşumunda hiçbir fonksiyonu olmayan kişilere devredilmesi anlamına gelen uygulamaları önleyici hukuki düzenlemelere gidilmesi zorunlu hale gelmiştir.(bkz.Sosyal Sigortalar Kurumu Bülteni, yıl 1997, sayı 12, sh. 23, SSK 44. Genel Kurulu TEŞKİLAT ve MEVZUAT RAPORU) **Bu bağlamda denilebilir ki, az yukarıda açıklanan sosyal güvenlik kuruluşlarının yetersiz hizmetleri ve sistemin önemli bir krizin tehlikesi altında kalması olguları uyumsuzluğun çözümünde ve yasa maddelerinin yorumunda gözden kaçırılmamalı kurumun aktüeryal dengesini daha bozacak yorumlara başvurulmasına özen gösterilmelidir.”**³⁷

Görüldüğü gibi yorum konusunda Yargıtay, bir yandan bireyin sosyal güvenlik hakkını, Sosyal Sigortalar Kurumu ne pahasına olursa olsun korunmalı kaygısına kurban etmemeye çalışırken, bir yandan da Kurumun politik kararlarla yıpratılması, sigortalılık hakkının istismar edilmesine karşı da Kurumu koruma kaygısını ön plana çıkarmaya çalışmıştır.

Bu konuda ideal tutumun Yargıtay 10.H.D. 07.03.1974 tarihinde vermiş olduğu kararında vurgulanan; **“Herhalde, gereğinden çok Kurum’un paraca güçsüzlüğünden endişe duymak ve sosyal güvenlik alanını daraltmak, böylece asıl olanın sanki sosyal güvenlik değilmiş de Kurumu paraca güçlendirmek anlayışına saplanmak ve aslında sosyal güvenliğin aracı olan Kurumu doğrudan doğruya amaç durumuna getirmek düşüncesi redolunmalıdır.”**³⁸ görüşünün temel alınarak yasayı yorumlamak olduğu söylenebilir. Unutulmaması gereken sigortalıların, Sosyal Güvenlik sisteminin HGK kararında belirtilen nedenlerle çökme noktasına gelmesinin sebebi değil mağdurları olmasıdır. Bu nedenle de, çözümü sosyal güvenlik hakkının alanını daraltmakta değil, siyasilerin kuruma müdahalesini en aza indirmekte aramak sanırım daha adil bir yaklaşım olacaktır.

b) Sosyal güvenlik hukukunda kıyas sorunu

506 sayılı Yasanın yorumu konusunda tartışmalara neden olan bir diğer konu da, Sosyal güvenlik Hukukunda kıyasın olanaklı olup olmadığıdır. Yargıtay HGK ve 10.H.D. işverenin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu

³⁷ Yar HGK,1998/110-805 E.,1999/252 K., 28.04.1999 T. Sayılı yayımlanmamış Karar.

³⁸ Çemberci, a.g.e., s.70

olduğu 506 sayılı Yasanın 10. maddesine dayanarak açılan rücu davalarında, 10. maddede bir tavan sınırlaması olmamasına rağmen, 26. maddenin öngördüğü tavan sınırlaması kıyasen uygulanabileceği sonucuna ulaşmıştır.³⁹ Karardaki karşı oy yazısında ise, kıyasın sosyal Güvenlik Hukukunda uygulanamayacağı, sorumlulukların korunmasının da, sınırlanmasının da açık yasal hükümleri gerektirdiği görüşü savunulmuştur.⁴⁰

HGK bu karardan çok kısa bir süre sonra, aynı yıl içerisinde 06.12.1995 tarihinde vermiş olduğu bir başka kararında, benzer görüşleri bir kez daha tekrarlayarak “Kusursuz sorumluluğu öngören 9 ve 10. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında 26. maddenin öngördüğü sınırlamanın (tavanın) kıyas yoluyla uygulanması hak ve nesafet kurallarına uygun”⁴¹ düşeceği sonucuna ulaşmıştır.

2. Sigortalı Kavramı

a) Sigortalı kavramının unsurları

506 sayılı SSK'nun 2. maddesi sigortalı sayılanları, “Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar.” biçiminde tanımlamıştır. İş Yasası gibi 506 sayılı Yasada da hizmet akdi tanımlanmamıştır. Yasanın yapmış olduğu tanımın, 1475 sayılı İş Yasası'ndaki işçi tanımına benzemesi nedeniyle kural olarak, İş Yasasına göre işçi sayılanlar 506 sayılı yasa açısından da sigortalı niteliğine sahiptir. Ancak bu benzeşme bire bir özdeşlik olarak da yorumlanamaz. Nitekim İş Yasası'na göre işçi olarak tanımlananların bazı durumlarda sigortalı niteliğine sahip olmamaları olanaklı olduğu gibi, aksine 506 sayılı yasaya göre sigortalı niteliğine sahip olanların iş yasasına göre işçi sayılmamaları da olanaklıdır. Nitekim Yargıtay 10.H.D. 08.02.1994 tarihinde vermiş olduğu bir kararında “İş Kanunu'na göre işçi sayılan kişi 506 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayılmayabilir. Başka ifade ile işçi ile sigortalı kavramları eşdeğer kavramlar değildir.”⁴² demiştir.

Bu konuda en belirgin farklılık, sigortalı sayılabilmek için hizmet akdininin

39 Sözer,A.,Nazım, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının değerlendirilmesi, 1995, İstanbul 1997 s.210

40 Ozanoğlu,T., Yargıtay İş Hukuku Kararlarının değerlendirilmesi 1995, tartışmalar bölümü, s.233

41 Yar HGK, 1995/10-856 E,1995/1073 K, 06.12.1995 T. Sayılı Kararı TUBA. Bimed

42 Yar 10.HD.E.1993/7090, K.1994/1765 T.08.02.1994 TUBA Bimed

zorunlu olmasına karşın, hizmet akdiyle çalışan ancak bir ücret almayanların sigortalı sayılmalarında görülmektedir. ⁴³ “Bu sonuç 506 sayılı Yasanın 78’inci maddesinin 2’nci fıkrasındaki ücretsiz çalışan sigortalıları sözcüklerinden ve 3’üncü maddenin I/B bendinden açıklıkla çıkmaktadır.” ⁴⁴

Ne var ki, işçi kavramıyla sigortalı kavramı arasındaki ayrımı mutlaklaştırıp Yargıtay’ın 08.02.1994 tarihinde vermiş olduğu kararı genellemek gerektiği kanısındayız. Bu gerekliliğin önemi, uygulamada sık karşımıza çıkan ve işçilik hakları konusunda verilmiş kararların 506 sayılı Yasa açısından kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı sorununu anımsadığımızda ortaya çıkmaktadır. 506 sayılı Yasanın 78. maddesindeki hükmü, İş Yasasının kapsamı dışında bırakılanlarla 506 sayılı Yasanın 3. maddesinde sıralanan sigortalı sayılmayacaklarla sınırlı bir şekilde anlayarak genişletmemek gerektiğine inanıyoruz. Gerçektende 506 sayılı Yasada, İş Yasası gibi hizmet akdini tanımlamadan, sigortalı olabilmek için hizmet akdiyle çalışma koşulunu da aramıştır. Bir başka anlatımla İş Yasası’nın ve 506 sayılı Yasanın 3. maddesinin kapsamı dışında kalmayanlar açısından işçi ve sigortalı kavramları arasında ayniyet olduğunun kabul edilmesi ve bu konuda işçilik haklarına ilişkin olarak verilen kararların, 506 sayılı Yasa açısından da kesin hüküm oluşturduğunun kabul edilmesinin önünde, bu çerçevede hukuki bir engel olmadığı inancındayız. Hizmet akdiyle çalışmadığı halde sigortalı sayılmayı 08.04.1972 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında, ⁴⁵ çarşı ve mahalle bekçilerinin statü hukukuna bağlı olmalarına karşın, ayrık bir hükümlerle sigortalı sayılmaları örneğinde olduğu gibi, hizmet akdinin bulunmamasına karşın, sigortalı sayılmayı ayrık hükümlerle sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

Yargıtay da vermiş olduğu bir dizi kararında sigortalı kavramına ilişkin temel kıstasları uygulayarak soruna netlik kazandırmaya çalışmıştır. Yargıtay’a göre: “506 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmüne göre, bir hizmet akdi-ne dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar.”⁴⁶

Yargıtay Hizmet akdinin unsurlarını;

43 Çenberci, a.g.e, s.89, Güzel, A/Okur, A., Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 5.Jaskı İstanbul 1996.s.83

44 Uygur, T., İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar Ankara 1980 s.142

45 Yar.İBK,08.04.1972, E.1972/4, K.1972/6, RG .08.06.1972-14209, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Cilt 5, Yargıtay Yayınları NO: 12 Ankara; s.579

46 Yar 10. HD, E. 1995/K.1995/2571 T. 14.03.1995 TUBA Bimed

- Hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman içinde görülmesi,
- Hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi,
- Edimin ifasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunulması,
- Edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esası üzerinden saptanması ⁴⁷ olarak sıralamıştır.

Ayrıca sigortalı sayılabilmek için, çalıştırılanın 506 sayılı yasanın 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar olarak belirtilen kişilerden olmaması ⁴⁸ da gerekmektedir.

Hemen “belirtelim ki, teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucu, işinin niteliği gereği işyeri dışında çalışmak zorunda kalanları da, işverene ait işyerinde çalışanlar kapsamı içerisinde düşünmek gerekecektir.” ⁴⁹

b) Hizmet akdinin tespitinde bağımlı-bağımsız çalışma sorunu

Çağımızda, hızla gelişen teknolojinin geçmiş dönemlerle kıyaslanamayacak bir hızla üretime girerek yeni istihdam modelleri ve yeni iş organizasyonları yaratması, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nun temel kavramlarının bu yeni iş organizasyonu ve yeni istihdam modellerini açıklamakta yetersiz kalması, sosyal güvenlik haklarının kapsamının daralması tehlikesini de beraberinde getirmiştir. Bu tehlikenin ortadan kaldırılabilmesinde özellikle Yargıtay'ın hizmet sözleşmesini belirlemek için geliştirdiği ölçütleri çalışma yaşamındaki değişimleri kavrayacak boyutlara taşınması yaşamsal bir önem taşımaktadır. Bir başka ifadeyle, çalışma yaşamının hızlı dinamizmine Yasama Organının yetişmesi olanaklı değildir. Gelişim ve değişimin dinamizmini yakalayarak, artık klasik anlamını yitirmeye başlayan işçi-sigortalı kavramlarını yeniden, gelişimin ve sosyal güvenliğin temel mantığına uygun bir şekilde anlamlandırarak, yasama organının önünü açma görevi önemli ölçüde Yargıtay'a düşmektedir.

Uygulamada, özellikle taşeron adı altında hızla yaygılaşan sahte işveren ve buna bağlı işçi kavramları “tüm hukuk sistemlerinde iş ve sosyal

⁴⁷ Yur.10. HD. E. 1995/K.1995/257/ T. 14.03.1995 TUBA Bimed

⁴⁸ Yar.10.HD. E.1989/7677, K.1989/9266i T.19.12.1989.İş ve Hukuk Nisan 1990 s.35i 10.HD. E.1990/2547, K.1990/2749,T.20.03.1990 a.g.e, Ekim 1990 s.35

⁴⁹ Güzell Okur.A.Rıza, a.g.e. s.89-90

güvenlik mevzuatının uygulanması açısından temel bir ilke”⁵⁰ olan bağımlılık unsurunun yeniden anlamlandırılmasını da zorunlu kılmıştır. Nitekim, “konuyu Türk Hukuku açısından değerlendiren Eyrenci; kanımızca bir fabrikada çalışan prototip işçi esas alınarak kabul edilen kişisel bağımlılık unsuru ve bunu gösteren ölçütler, iş hukukunun dinamik yapısı gereği günümüzde ortaya çıkan ya da yakın bir gelecekte ortaya çıkacak olan yeni çalışma türlerine kolaylıkla uygulanamamaktadır”⁵¹ demektedir.

Yargıtay’ın bağımlılık unsurunun tespiti için geliştirmiş olduğu, hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman içinde görülmesi, hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi, edimin ifasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunulması, edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esası üzerinden saptanması gibi ölçütler, klasik sanayi işçisi açısından geçerli olan ölçütlerdir. Ancak bu ölçütler, yeni istihdam biçimlerinde bağımlılık unsurunu belirlemeye yetmemektedir. Örneğin; Hizmet akdiyle istisna akdinin farklarını da tartıştığı kararında Yargıtay, istisna akdiyle hizmet akdinin farklarını, “İstisna akdinde ise bir eserin ücret karşılığında yaratılması söz konusudur. İstisna akdinde ücretin tespitinde eser göz önünde tutulur. İş sahibinin talimat verme yetkisi ise elde edilecek sonuç içindir. Halbuki hizmet akdinde emir ve talimat yetkisi işçinin çalışma yerinin, işe başlangıç ve sona eriş saatinin işverence tespiti biçimindedir. Giderek, istisna akdinde işin işyerinde görülmesi zorunlu değildir”⁵² sözleriyle tanımlamıştır.

Yargıtay’ın bu kararında kullanmış olduğu işçinin çalışma yerinin, işe başlangıç ve sona eriş saatinin işverence tespiti ölçütünü, istisna akdinde işin işyerinde görülmesinin zorunlu olmamasını ayırt edici bir unsur olarak almasını kullanarak, evinde ya da her hangi bir yer de, bilgisayarımın başında, işin başlama ve bitiş saatlerini kendisi belirleyerek çalışan bir bilgisayar programcısının bağımlılık ilişkisini tespit edebilmemiz olanaklı değildir.

Nitekim, öğretide savunulan bir görüşe göre; “Batı hukuklarında, yargı kararlarıyla bu mantığa uygun çözüm olarak, işçinin işverene ait iş veya hiz-

50 Güzel, A., “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, *Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, cilt 4, Haziran 1997, sayı 2, s.96

51 Eyrenci, Ö., aktaran Güzel, a.g.m. s.100

52 Yar’ 10. HD. E. 1995/K.1995/2571 T. 14.03.1995 TUBA Bimed

met organizasyonu çerçevesinde, onun yararına bir iş yapması, bağımlılık unsurunun temel ölçütü olarak kabul edilmiştir. Bu anlamıyla, işçinin iş edimini işyeri dışında yerine getirmesi, teknik açıdan işveren karşısında tamamen serbest olması, işverenin gözetim ve denetiminden uzak olması, bağımlılık unsurunu dışlayıcı bir etki yaratmayacaktır. Bu sayede atipik hizmet sözleşmelerine veya bilgisayar teknolojisine (tele-çalışma) dayalı olarak istihdam edilenlerin işçi niteliği daha kolay belirlenebilecektir. Ayrıca, çalışma ilişkilerini iş ve sosyal güvenlik hukukunun kapsamı dışına taşıma (yasaya karşı hile, muvazaa) eğilimleri de büyük ölçüde engellenmiş olacaktır.”⁵³

Yargıtay 14.03.1995 tarihli kararında hizmet akdinin varlığı için ücretin zaman esaslı üzerinden saptanması⁵⁴ gerektiğini belirtirken, sözü edilen gelişmelere paralel olarak, bu tarihten sonra verdiği bazı kararlarında, bir kimsenin sigortalı sayılması için hizmet akdiyle bir işverene bağlı olarak çalışmasının yeterli olacağını, ücretin ödenme yönteminin dikkate alınmasına gerek olmadığını,⁵⁵ sigortalı olmak için Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 3-1/B ve 78/2. maddelerine göre ücretin koşul olmadığı,⁵⁶ parça başı ücret alınmasının hukuki ilişkinin hizmet akdi niteliğini etkilemeyeceğini⁵⁷ vurgulamıştır.

Yargıtay’ın çağrı üzerine, iş oldukça gelip çalışan, iş olmadığı zamanlarda kahvede ya da işyerinde bekleyen hamalın çalışmasını zaman ve bağımlılık açısından değerlendirdiği kararında ulaştığı sonuç, günümüzde hızla yaygınlaşan tele çalışma, çağrı üzerine çalışma gibi atipik istihdam modellerinin nitelendirilmelerine de ışık tutmaktadır. Yargıtay 10.H.D.’ne göre; her zaman değil, iş oldukça çalışan, iş olmadığı zamanlarda işyerinde veya kahvehane- de bekleyen, “davacı, hizmet akdinin unsurlarından olan bağımlılık ve zaman unsuru gerçekleşecek şekilde çalışmıştır. Zira işveren kendisini çağırıldıkça işe başlamakta, işini işverenin gözetimi ve denetimi altında yapmaktadır. Pi- yasa hamalı olmayan, bir işverene bağımlı olarak çalışan hamalların sigortalı sayılacakları Dairemizin yerleşmiş görüşlerindedir.”⁵⁸

Bilindiği gibi çağrı üzerine çalışma, kısmi çalışma, tele çalışma gibi atipik istihdam biçimleri, 1475 sayılı İş Yasamızda düzenlenmemiştir. Bu ko-

53 Güzel.a.g.m. s.126

54 Yar 10. HD. E. 1995/K.1995/2571 T. 14.03.1995 TUBA Bimed

55 Yar 21.HD.E.1997/544, K.1997/573. 04.02.1997 TUBA Bimed

56 Yar 21 HD.E.1996/250, K.1996/409, 01.02.1996 TUBA Bimed

57 Yar 10.HD.E.1994/805, K.1994/6829, 12.04.1994 TUBA Bimed

58 Yar 10.H.D..E.1995/5048, K.1995/5358, 08.06.1995 T. TUBA Bimed

nulardaki boşluğun yargı kararlarıyla doldurulması bir anlamda kaçınılmaz olmuştur. Somut olayda çağrı üzerine çalışmanın bir örneğini oluşturmaktadır. Bizim hukuk sistemimizde tarafların hizmet akdinin içeriğini emredici hükümlere aykırı olmaması koşuluyla serbestçe belirleme hakları vardır.”⁵⁹ Bu nedenle de “ifa zamanı ve süresinin işverence belirlendiği”⁶⁰ bir çalışma biçimi olan çağrı üzerine çalışmada “işveren ihtiyaç duyduğunda işçiye haber vererek onu çalışmaya davet eder.”⁶¹

Yeri gelmişken belirtelim ki Yargıtay “zaman” kavramı ile “bağımlılık” kavramını hizmet akdinin varlığı için bulunması gereken iki ayrı unsur olarak kullanmaktadır. Oysa, işçinin işgücünü belirli bir bedel karşılığında belirli bir süre için işverenin emrinde hazır tutması anlamına gelen bağımlılık unsuru, tanımı gereği zaman olgusunu da içermektedir. Kanımca bağımlılık unsurunu açıklamaya yarayan zaman kavramı bağımlılık unsurunun dışında ayrı bir unsur olarak ele alınmamalıdır.

Yargıtay 21.H.D. de 20.04.1999 tarihinde vermiş olduğu oldukça yeni bir kararında da “işyerinin ve iş koşullarının özellik göstermesi zaman unsurunun kendine özgü değerlendirilmesini gerektirir”⁶² demiştir. Karara konu olayda davacı Orman İdaresinin emrinde iş durumuna göre ancak işverenin emir ve talimatları doğrultusunda periyodik olmayan sürelerde çalışmıştır. 21 H.D. haklı olarak çağrı üzerine çalışma olarak adlandırılabilen bu tür çalışmada da, hizmet akdinin koşullarının olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ne var ki yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi “kendine özgü olarak değerlendirilmesi” gereken bağımlılık unsurudur. İşçinin belirli bir zaman diliminde, bu zaman diliminin mutlaka birbirini takip eden saatler olması gerekmeden, işgücünü işverenin emri altında tutması olayında deyim yerindeyse zaman kavramı, bağımlılık unsurunun görünüm biçimi, bağımlılığın kendisini ifade etmesidir. Ayrı bir unsur değildir. Kanımca bağımlılık unsurunu öğretide savunulan “işverene ait iş veya hizmet organizasyonu çerçevesinde, onun yararına bir iş yapması”⁶³ tanımını, Yargıtay kararları ışığında işverene ait iş ve-

59 Uygur a.g.e.s.5

60 Sözer, a.g.t., s.188 yazar incelemiş olduğu kararda dâirenin ulaştığı sonuca katıldığını belirtmektedir.

61 Sözer, a.g.t., s.188

62 Yr. 21 HD.E.1999/2523, K.1999/2609 20.04.1999 T. Yayımlanmamış karar

63 Güzel, a.g.m., s.96

ya hizmet organizasyonu çerçevesinde, **İşçinin belirli bir zaman diliminde, bu zaman diliminin mutlaka birbirini takip eden saatler olması gerekmeden, işgücünü işverenin emri altında tutması olarak tanımlanması üzerinde en azından tartışılmalıdır.**

Yargıtay; “Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin 506 Sayılı Yasanın 2. maddesinin belirlediği biçimde eylemli olarak çalışması da koşuldur. Bu yön özellikle Sosyal Sigortalar Kanu’nun 6. maddesinde vurgulanmıştır”⁶⁴ anlatımıyla, bildirgenin hizmet akdinin varlığını tek başına göstermeye yetmeyeceğini, eylemli çalışmanın var olduğunun da tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

c) Hizmet akdinin tespitinde ücret

506 sayılı Yasa açısından hizmet ilişkisinin var olması için işçinin mutlaka ücret almasına gerek yoksa da, Yargıtay bazı özel durumlarda hizmet ilişkisinin var olup olmadığının tespiti için ücretin özellikle araştırılmasının gerektiğine karar vermiştir. YHG’na göre **“506 sayılı Kanun, m.3/b ve D’de olduğu gibi ücretin sigortalı sayılmanın koşulu olan durumlarda, ücret alma olgusunun var olup olmadığı özellikle saptanmalıdır.”**⁶⁵ Yargıtay 21.H.D.’de 06.05.1999 tarihli kararında 506 sayılı Yasanın 3. maddesine işaret ederek **“işveren yanında çalışan bir eşin sigortalı sayılabilmesi için ücret koşulunun gerçekleşmesi gerekir.”**⁶⁶ demiştir.

d) Şirket ortaklarının ve sendikacıların sigortalılığı

Yargıtay, anonim şirket kurucu üyesi ve yönetim kurulu üyesi olan şahısların sigortalılığını değerlendirirken de hizmet ilişkisinin unsurlarını ölçü olarak almıştır. Yargıtay’a göre; **“davacının anonim şirket kurucu üyesi olduğu konusunda uyuşmazlık olmadığı gibi kurucu üye ve ortakların Bağ-Kur’lu olması da yasa gereğidir. Ne var ki, bu kimselerin ilişkin ol-**

64 Yar 21, H.D. E. 1998/8745 K. 1998/9076 T. 24.12.1998 TUBA Bimed,21.HD. 1999/244 E.1999/407 K.08.02.1999 Yayımlanmamış Karar

65 Yar HGK E.1993/10-4999, K.1993/720, T.17.11.1993 TUBA Bimed

66 Yar 21.HD.E.1999/2794,K.1999/3129 T.06.05.1999 yayımlanmamış karar

dukları şirkette hizmet akdine göre çalıştıkları saptandığında, çalışma olgusu ve hizmet unsurları gereği Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi sigortalı olduklarının kabulü gerekir.”⁶⁷

Kolektif şirket ortaklarının sigortalılığını değerlendirdiği 14.09.1987 tarihli kararında ise, Yargıtay; “Davacının Kolektif Şirketi’nin kurucu ortağı durumunda bulunduğu, ortaklığa ait işyerinin 01.04.1971 tarihi itibarıyla diğer ortak M. ile davacı namına Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına alınıp Kuruma tescilinin yapıldığı, böylece davacının işveren niteliği kazandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. **Bu durumda, işveren ve sigortalılık niteliğinin aynı şahıs üzerinde toplanması mümkün olmayacağına göre davacıyı sigortalı saymak yasaya aykırıdır. Öbür yandan, sözü edilen kolektif şirketin iki ortaktan meydana gelmiş olması ve her ikisinin de şirkette ücretle fiilen çalışacaklarının ana sözleşmede belirlenmiş bulunması çalışmanın hizmet akdine dayandığını göstermez. Zira bu iki ortak kendi işini kendisi yapan kimse durumundadır Yani iki ortağın birbirine bağımlı olarak çalıştıklarından söz edilemez. “Bağımlılık” olgusu gerçekleşmeyince de -ücret ödenmiş olsa bile hizmet akdinin unsurları oluşmamış bulunmaktadır.”⁶⁸ gerekçesiyle haklı olarak Kolektif Şirket ortağının sigortalı olamayacağı sonucuna ulaşmıştır.**

Yargıtay 10.H.D. 18.12.1987 tarihli kararında ise, kolektif şirket ortağının şirkete sermaye koymayarak şahsi emeği ile ortak olmasından hareketle aksi bir sonuca ulaşarak, kolektif şirkete şahsi emeğini koyarak ortak olan, satış işlemlerinde çalışarak bir anlamda ortaklık borcunu yerine getiren ortağın bu durumunu hizmet ilişkisi olarak nitelendirmiştir. Yargıtay’a göre; “Davacı, bu dönemde kolektif şirket ortağı ise de, Ticaret Sicili Gazetesi’nin dosyada yer alan sayısında yayımlanmış olan ortaklık sözleşmesinde davacının şirkete sermaye koymadığı, şahsi emeğiyle ortak olduğu, özellikle satış işlemlerinde çalışarak hizmet vereceği açıkça belirtilmiştir. Bu durumda, kolektif şirkette davacının velev ki ortak dahi olsa hizmet akdiyle çalıştığı anlaşılmakta ve bu nedenle de 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 6’ncı maddesi hükmü gereğince zorunlu sigortalı sayılması gerekmektedir. Davacının söz konusu dönemi isteğe bağlı sigortalı olarak değerlendirilmesi, anılan

67 Yar YHG E.1995/10-107 K.1995/406, T.14.04.1995 TUBA Bimed

68 Yar 10.HD.E.1987/4115, K.1987/4239, T.14.09.1987 TUBA Bimed

madde hükmünce kendiliğinden doğmuş olan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. Başka bir anlatımla, davacının isteğe bağlı sigortalı olması, aleyhine sonuç yaratacak biçimde yok kabul edilmesi yasa hükmüne aykırıdır. Öte yandan 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 24/II-C maddesi hükmüne göre, sosyal güvenlik kurumlarından birine prim ödemekte olanlar adı geçen Kanun kapsamında sigortalı olarak kabul edilemez”⁶⁹

Yargıtay'ın bu kararı “bir kimsenin hem şirket ortağı olmasına hem de hizmet sözleşmesine dayalı sigortalı kabul edilmesine olanak yoktur. Ücret ödenen durumlarda da bunu vekalet ücreti biçiminde değerlendirmek daha uygun olacaktır. Ekleyelim ki, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu m.24/1, b hükmü, hiçbir ayırım yapmaksızın kolektif şirket ortaklarının bu kanun kapsamında sigortalı sayılacaklarını öngörmüştür”⁷⁰ gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Bilindiği gibi Sendikayla aralarındaki ilişki hizmet akdine dayanmaması nedeniyle 506 sayılı Yasa anlamında sigortalı sayılmamalarına karşın, Sendikalar Yasasının 29/3 maddesindeki özel hükme dayanarak işveren payları dahil primlerini kendileri yatıran sendikacılar sigortalılık haklarını da devam ettirebilmektedirler. Yargıtay 21.H.D. 12.04.1999 tarihli kararına konu olan olayda, 12 Eylül 1980 harekatiyle faaliyeti durdurulan ve 1985 yılında ise tekrar faaliyete geçen sendikanın yöneticisi olan davacı, 1980-1985 tarihleri arasındaki dönemin sigortalı olarak tespitini istemiş, yerel Mahkeme Sendikalar Yasası'nın 29/3 maddesi hükmüne dayanmış ve sigortalı olmanın bireyin vaz geçilmez bir hakkı olduğu gerekçesiyle istem gibi karar vermiş; 21.H.D. ise oy çokluğu ile yerel Mahkemenin kararını onamıştır. Karara muhalif kalan üye, 2821 sayılı Yasanın 29/3 maddesi hükmünün bilfiil sendikada görev yapanlara hak tanıdığını, davacının görevinin yasal bir zorunlulukla sona erdiğini, davacının eski işine ya da bir başka işe veya kendi hesabına çalışmasına bir engel bulunmadığını belirterek kararın bozulması doğrultusunda görüş bildirmiştir.⁷¹ 1980-1985 tarihleri arasında bazı Sendikaların faaliyetleri durdurulmuş, bu sendikalar yapılan yargılama sonunda aklanarak yeniden faaliyete geçmişlerdir. Dolayısıyla muhalefet şerhinde belirtilmiş olduğu gibi faaliyetin durdurulduğu dönemde sendikacılık görevinin yasal

69 Yür 10.HD.E.1987/7243, K.1987/7247, T.18.12.1987 TUBA Bimed

70 Güzel/ OkurA Rıza, a.g.e., s.87

71 Yür 21.HD. E.1999/1469, K.1999/2348, T.12.04.1999 yasınlanmamış Karar

zorunluluklar nedeniyle sona erdiğinin kabulü olanaklı değildir. Bu nedenle de 21.H.D.’nin onama kararı bizce de yerindedir.

e) Sigortalı sayılmayanların tespiti

Kimlerin sigortalı sayılmayacağını, kimlere bazı sigorta kollarının uygulanmayacağını 506 sayılı Yasanın 3.maddesi belirlemiştir. Yargıtay 506 sayılı Yasanın 2 ve 3. maddelerinden hareketle geliştirdiği ölçütlerle, “profesyonel futbolcularla antrenör ve menajerler, belirli bir ücret karşılığında çalışan sendikanın büro ve mali sekreteri, takım sözleşmesine dayanarak tarım işlerinde çalışanlar, tercüman rehberler, köy katibi, köy bekçisi ve imamı, ücret karşılığı kooperatif başkanlığı yapanlar, Esnaf Kredi Kooperatif Müdürü, Akademi öğrencilerine çıplak modellik yapan mankenler, işverenin işinde sürekli çalışan müşavirler, koşulların varlığı halinde hukuk müşavirleriyle avukatlar, özel bir poliklinikte çalışan doktorlar sigortalı sayılırlar”⁷² sonucuna ulaşmıştır.

3. Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararıyla tespiti

a) Sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespitinde temel ilkeler

Sosyal Güvenliğin temel bir insan hakkı olarak düzenlendiği hukuk sistemimizde çalışanların sadece işe girmeleriyle birlikte başka hiçbir işlem yapmalarına gerek kalmaksızın sigortalı sayılmaları, 506 sayılı Yasanın 6/1. maddesinin amir hükmüdür.⁷³ Yargıtay bu hükmün kamu düzeninden olduğunu ve sigortalılık hakkından feragatin mümkün olmadığını belirtmiştir.⁷⁴ Gerçekten de “SSY.6. maddesi hükmü, Yargıtay’ın da ifade ettiği gibi, kamu düzenine ilişkin, yani mutlak emredici bir hükümdür.”⁷⁵ **Yargıtay 10.H.D. 03.02.2000 tarihinde vermiş olduğu kararında sigortalılık hakkını “kişiye bağlı vaz geçilmez ve devredilemez nitelikte”⁷⁶ bir hak olarak tanım-**

72 Güzel/Okur,A.,Rıza a.g.e. s.85. Ayrıca söz konusu kararların değerlendirilmesi için Güzel,A., Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul 1987, s.181-236

73 Yar.10.HD.E.1976/5752, K.1976/920, E.1985/223, K.1985/418,T. 01.02.1985, Yar.9.HD. E.1983/2334,K.1983/4695, T.12.05.1983 TUBA Bimed

74 Yar.10.HD.E.1985/223, K.1985/418,T. 01.02.1985 TUBA Bimed

75 Güzel, a.g.s.193

76 Yar.10.HD. E.2000/792, K.2000/402, T.03.02.2000 yayımlanmamış karar

lamıştır. Ne var ki hükmün bu niteliği her geçen gün büyüyen kaçak, sigortasız işçi çalıştırma gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim “Ülkemizde hizmet sektöründe çalışanların %60’ının ve sanayi sektöründe çalışanların %40’ının sigortasız yani kaçak işçi oldukları tahmin edilmektedir.”⁷⁷ Öte yandan ise “bazı sigorta haklarının doğumu, belli gün sayıda prim ödenmesi koşulunun varlığına bağlıdır. Ayrıca primlerin belirlenmesinde ve aylıklarla ödeneklerin hesaplanmasında kazançlar toplamının önemli rolü vardır.”⁷⁸ Bu gerçekleri dikkate alan yasa koyucu sigortalılara 506 sayılı Yasanın 79. maddesiyle eski hizmetlerini yargı yoluyla tespit ettirme hakkı tanımıştır.

506 sayılı Yasayla ilgili Yargıtay Kararları incelendiğinde hizmet tespiti davalarının fazlalılığı dikkati çekmektedir. Yargıtay bu konuda vermiş olduğu oldukça fazla sayıdaki kararlarında, hizmet tespiti davalarının genel esaslarını ayrıntılarıyla belirlemeye çalışmıştır. Yargıtay’ın bir dizi kararı içerisinde HGK’nun 23.03.1994 tarihli kararı⁷⁹ ile bu karardaki gerekçeleri aynen benimseyerek kararına yer veren 04.02.1999 tarihli 21.H.D. kararı, Yargıtay’ın hizmet tespiti davalarına ilişkin olarak bugüne kadar vermiş olduğu kararlardaki dayandığı temel ilkeleri yansıtmaları açısından adeta bir manifesto niteliği taşımaktadır. Yargıtay’a göre;

* Hizmet tespitine ilişkin kararlar kamu düzenini ilgilendirdiği için özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmelidir.

* Bu tür davaların yasal dayanağı 506 sayılı Yasanın 79/8.maddesidir.

* Bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilip verilmediği, ya da kurumca tespit edilip edilmediği yöntemince araştırılmalıdır.

* Bu koşullar oluşmuşsa işyerinin;

■ O dönemde gerçekten var olup olmadığı,

■ Kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmelidir.

* Bu belirlemelerden sonra ise çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır.⁸⁰

77 Andaç.F., “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile İlgili Sorunlar” Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri, M.Ü.Hukuk Fakültesi, İstanbul 1997 s.65

78 Çenberci a.g.e.,s.627

79 Yür.HGK. E.1993/10-976. K.1994/161, T.23.03.1994 TUBA Bimed

80 Yür.21.HD. E. 1999/9184, K.1999/307, T.04.02.1999 yayımlanmamış karar

Bu genel ilkeleri sıralayan Yargıtay; bu tür davalarda çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabileceğine ilişkin hatırlatmayı yaptıktan sonra, Mahkemenin delilleri değerlendirirken nelere dikkat etmesi gerektiğini de tek tek sıralama gereği duymuştur. Buna göre;

* Davacının çalışmasının konusu, sürekli, kesintili, mevsimlik mi olduğu, başlangıç ve bitiş tarihleri ve alınan ücret konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken;

- Bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı,
- Verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları,
- İşveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri,
- Bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre isticvap olunmalı,
- İşyerinin kapsam kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli,
- Mümkün oldukça işyerinin müdür, amir, şef gibi görevlileri ve o işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi dinlenerek tanık beyanlarının sağlığı denetlenmelidir.

Çalışma olgusunun bu şekilde “hiçbir kuşku duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde” belirlenmesinden sonra Yargıtay, ücretin üzerinde durulmasına işaret ederek ücretin hangi delillerle nasıl belirlenmesi gerektiğini de ayrıntılı olarak kararında belirtmektedir. Yargıtay’a göre;

* Tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyyine başlangıcı sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun M.288 de yazılı sınırları taşan ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalı,

* Bu sınırların altında kalan ücret alma iddialarında ücret miktarları tanıklardan sorulmalı,

* 506 sayılı Kanununun madde 3 B ve D de olduğu gibi ücretin sigortalı sayılmanın koşulu olan durumlarda ücret alma olgusunun var olup olmadığı özellikle saptanmalıdır.

* Bu davalarda işverenin kabulünün tek başına hukuki bir sonuç doğurmayacağı göz önünde tutulmalıdır.

Yargıtay 21.H.D.’ne göre kararda sıralanan tüm bu olgular “yeterli ve gerekli bir araştırmayla ve deliller hep birlikte değerlendirilerek aydınlığa kavuşturul-

duktan sonra;

* Çalışmanın sigortalı çalışma niteliğinde olup olmadığı,

* Ya da ne zaman bu niteliğe kavuştuğu yönü üzerinde durulmalı ve çalışmayı kapsama alan yasanın yürürlük tarihinden sonraki dönem için hizmetin tespitine karar verilmelidir.”⁸¹

Yargıtay deyim yerindeyse hizmet tespiti davalarında bu “kılı kırk yarar” tutumunu ısrarla sürdürmektedir. İncelediğimiz somut kararda sık sık, “eksiksiz”, “özel bir duyarlılık”, “sağlıklı bir biçim” gibi nitelendirmelerle ifadelerini güçlendirmesi, yargıca adeta hiçbir yorum yapma olanağı bırakmayarak, eksiksiz ispat koşulunu araması hizmet tespitlerindeki duyarlılığın uç noktalara ulaştığını göstermektedir. Ne var ki Yargıtay’ın kararında belirtmiş olduğu olguların tamamını yerel mahkemelerin eksiksiz olarak tespit edebilmeleri, ülkemiz çalışma yaşamının kendine özgü kural-sızlık boyutlarına ulaşan, kayıt dışı çalışmanın kural haline geldiği gerçeği karşısında neredeyse olanaksızdır. Hizmet tespitine konu olan davaların bir çoğunda işveren dahi bulunamamakta, gazete ilanlarıyla taraf teşkili yapılmaktadır.

Ayrıca delil başlangıcı sayılabilecek ödeme belgelerinin olmaması halinde, HUMK 288. maddesi hükümlerine göre ücretin belirlenmesi gerekir saptamasına da zorunlu asgari ücret uygulamasının bulunduğu, kural olarak ücretin hizmet ilişkisinin kurucu unsurlarından sayıldığı, gerçek ücretin belirlenmesinde işverenin sigortaya vermiş olduğu bildirgelerin aksinin dahi tanık beyanları ve meslek odalarından alınacak belgelerle kanıtlanabilmesinin Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları gereği mümkün olduğu⁸² anımsandığında katılmamız olanaklı değildir. Yargıtay 21.H.D.’nin incelemiş olduğumuz karardaki diğer hukuki gerekçelere 506 sayılı Yasanın hükümlerine

81 Yar.21.HD. E. 1999/9184. K.1999/307. T.04.02.1999 yayımlanmış karar

82 Gerçek ücretin bordroya yansımadağı durumlarda işçinin istek tarihindeki pozisyonunu, sorumluluk ve işini dikkate alan bir saptamaya gümeden, sadece işverence sunulan ve bordrolar üzerinden hesaplanması yeterli, mahkemenin kararının bızulması gerektirir.Yar.9.HD. E. 1987/7164 K. 1987/8103 T. 17.09.1987. Gerçek ücretin, işçinin özellikleri ve yapılan işin nitelikleri dikkate alınarak, gerekirse ilgili meslek kuruluşundan da sorularak saptanması gerekir.Yar.9.HD. E. 8457 K. 9111 T. 15.10.1987. İnşaat işinde maddi tazminat hesabı bordrodaki gerçek olmayan ücretle değil meslek kuruluşlarına sorularak öğrenilen ve işçinin bildirdiğini aşmayan ücretle hesaplanır 9.HD.E. 1992/669 K. 1992/6306 T. 09.06.1992. gerçek ücreti belirleyen belge olmadığında, tanık beyanları ve meslek kuruluşlarının bilgilerinden yararlanmak, bilirkişiyle belirlemeye gerek yoktur Yar.9.HD.E. 1991/14265 K. 1992/2570 T. 05.03.1992. bordrosu asgari ücretle yapılmış işçinin gerçek ücretinin sadece tanık beyanlarıyla değil, yaptığı işin niteliği de dikkate alınarak belirlenmesi gerekir Yar.9.HD. E. 1991/16596 K. 1992/4038 T. 10.04.1992 . işverenin sosyal sigortalar kurumuna verdiği prim tahakkuk cetveli işverenin tek taraflı tutmuş bir belgedir asgari ücretle çalıştığı ileri sürülen işçinin gerçek ücreti belirlenirken hıyattın olağan akışı da dikkate alınmalıdır yar. 9.HD.e.1997/13896 k. 1997/18035 t. 23.10.1997 TUBA Bimed.

ri açısından baktığımızda sağlam hukuki dayanaklara sahip görünmektedir. Ne var ki, 18.06.1958 tarihli Yargıtay İBK'da belirtilmiş olduğu⁸³ gibi yasanın korumayı hedeflediği bir kesimin aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorumundan kaçınılması gerektiği kanısındayız. Neredeyse hakkın gerçekleştirilmesini olanaksız kılan bu yorumun sosyal güvenlik hakkını güvence altına almaya çalışan Sosyal Güvenlik Hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu olduğu kanısında değiliz.

Yargıtay 21.H.D.'nin incelemiş olduğumuz 04.02.1999 tarihli kararında çok kısa bir süre sonra (21 gün sonra), 25.02.1999 tarihinde vermiş olduğu bir başka kararında ise, eş değer belgelerle sigortalılığın kanıtlanamadığı gerekçesiyle davayı ret eden yerel Mahkeme Kararını bozmuştur. 21.H.D.'ne göre” 506 sayılı Yasanın 79/8. maddesi uyarınca bu tür davaların kanıtlanması yönünden zorunlu yasal prosedür öngörülmemiştir. İnandırıcı ve yeterli bulunmak kaydıyla sözlü kanıtlarla dahi sonuca gitmek mümkündür.”⁸⁴ Bu kararda 21.H.D., tespiti istenen sürenin karar tarihine çok yakın bir zaman dilimi içerisinde geçmiş olması, var olan işe giriş bildirgesinin hatalı olarak verildiğinin iddia edilmiş olması, davacının yaşının küçük olması olgularını dikkate alarak ,bir dizi kararında sık sık tekrarlanmış olduğu “yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar” edilmeyeceğine ilişkin görüşünü uygulamamıştır. Kararda somut olayın özelliklerine vurgu yapılması ve bu özellikler dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerektiğine işaret edilmesi kanımca çok önemlidir.

Ne var ki Yargıtay Kurumdan prim kaçırmanın en yaygın yollarından birisi olan çalışmaların eksik bildirilmesi olaylarında bu sosyal olguyu çok fazla dikkate almamıştır. Özellikle taşeron uygulamasının da yaygınlaşmasıyla birlikte kıdem tazminatlarını sıfırlamak amacıyla sık sık girdi çıktı yapılması, çalışmaların eksik bildirilerek prim ödemekten kaçınma, çalışma yaşamında oldukça yaygın bir uygulamadır. Gerçekten de Yargıtay, özellikle bir işyerinde birden fazla bildirge verilmiş olması durumunda, bu durumun çalışmaların kesintili geçtiğinin karinesi olduğu ve bu karinenin aksinin de ancak eş değer yazılı delillerle kanıtlanması gerektiğini bir çok kararda ısrarla vur-

83 Cevdet Yavuz,Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat,İstanbul 1993, s.695

84 Yar.21.HD.E.1999/1182, K.1999/1204, T.25.02.1999 Yasımlanmamış Karar.

gulamakta⁸⁵ ve bu kararlarında ne yazık ki prim kaçırma olgusunun oldukça çarpıcı bir şekilde olayların mantığı ile ortaya çıkmış olduğu durumlarda dahi ısrarlı olmaktadır.⁸⁶

Hemen belirtelim ki, 25.08.1999 tarihinde 4447 sayılı Yasayla 506 sayılı Yasanın 79. maddesinde yapılan değişiklikle "Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların otuz günden az çalıştıklarını açıklayan bilgi ve belgelerin işverence prim bildirgelerine eklenmesi" koşulu getirilmiştir. Bu belgelerin kuruma verilmemesi ya da verilen belgelerin kurumca geçerli sayılmaması durumunda 30 günden az bildirilen sürelerle ilişkin primler 80'inci madde hükümlerine göre tahsil edilecektir. Yasa'da yapılan bu değişikle prim kaçakları önlenmek istenmiş ise de, 30 günden az çalışmaların işveren tarafından kurumca kabul edilecek şekilde nasıl ve hangi belgelerle bildirileceği konusunda soru işaretleri oluşmuştur.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı konuyu açıklığa kavuşturmak için Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde 26.02.2000 tarihinde değişiklik yaparak, yönetmeliğin 17. maddesine eklenen fıkrayla, işverenlerin ay içinde 30 günden az çalışan ya da eksik ücret ödenen sigortalıların bu durumlarını hangi belgelerle doğrulayacakları açıklanmıştır

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 17. maddesine eklenen fıkraya göre: "Dört aylık sigorta primleri bordrosu ile birlikte, ay içinde (30) günden az çalışan veya eksik ücret ödenen sigortalılara ilişkin istirahatlı olduğunu gösteren resmi kuruluşlara ait sağlık tesisleri veya işyeri hekimlerince düzenlenmiş hekim raporu, ücretsiz izinli olduğunu kanıtlayan izin belgesi, disiplin cezası uygulaması, gözüaltına alınması, tutukluluk hali, kısmi istihdama

85 Yar.10.HD. E.2000/330, K.2000/457,T. 03.02.2000, 21.12.1999 ,E.1999/9028, K.1999/9338, yayımlanmamış kararlar, 10.09.1996.E.1996/6811, K.1996/6811, 20.11.1995, E.1995/9713, K.1995/9797, TUBA Bimed. Ayrıca, Yar.21.HD.04.03.1999, E.1999/1207, K.1999/1372, 11.02.1999, E.1999/471, K.1999/594 yayımlanmamış kararlar.

86 Bu konuda Yargıtay'ın 1996 yılı kararlarının tartışıldığı Toplantıda Kırtal İş Hukukçusu Abdurrahman Duran'ın "İşçi, bir inşaatın, kooperatif inşaatının bekçiliğini yapmış. Üç sene süreyle. Bu üç senenin birinci senesini yalnız başına, son iki senesini iki işçi bekçi arkadaşıyla birlikte yapmış; yalnız o iki arkadaş sigortadan emekli olduğu için kayıtlara girmemiş kişiler. Biz, şahitleri dinledik. Çalışmış dendi. Ve sigortaya da bildirimleri yapılmış, ancak, üç gün beş gün, yedi gün, veya otuzar gün yapılmış....ısrarla karar verdim. Ücret bordrolarında üçer beşer gösterilmiştir.konunun itibarı ile bir bekçinin, inşaatı yatıp kalkan bir bekçinin bir ayın üç günü öraıy bekleyip kalan 27 gününde de o koskoca inşaatı Allah'a havale etmesi o hayatın akışına terstir. dedim. Ve burada hayatın olağan akışını kullandım. Ancak, Yargıtay Kabul etmedi bunu, Genel Kurul da kabul etmedi bunu." sözleriyle dile getirdiği olay çarpıcı bir örnektir. Yargıtay'ın İş Hukukumu İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996 s.292-293

ilişkin yazılı hizmet sözleşmesi, puantaj kayıtlarına ilişkin belgeler ile grev, lokavt, genel hayatı etkileyen olaylar, ekonomik kriz, doğal afetler nedeniyle işyerinde faaliyetin durdurulduğunu veya işe ara verildiğini gösteren ilgili resmi makamlardan alınan yazı örneği bilgi formu ekinde kuruma verilir.

Toplu iş sözleşmesi yapılan işyerleriyle kamu işyerlerinde çalıştırılan sigortalılara ilişkin eksik bildirimlerin nedenlerinin işverenler tarafından bir yazı ile kuruma bildirilmesi halinde, bunlar için başkaca belge aranmaz.”

Kaçak işçi çalıştırma, çalıştırılan sürelerin veya ücretin olduğundan daha az olarak kuruma bildirilmesi şeklinde yapıldığı için, yönetmelikte bu uygulamaya karşı geliştirilen tek önlemin, “kısmi istihdama ilişkin yazılı hizmet sözleşmesi” istenilmesi olduğunu söyleyebiliriz. Bu önlemin ise, bu gün uygulamada görülen çifte bordronun yanında çifte yazılı hizmet sözleşmesi yapılmasından başka bir işe yaramayacağı kaygısını taşımaktayız. Ne yazık ki yasa koyucu, bu düzenlemeyi yaparken haklarını aradıkları için bedel ödemek zorunda kalan insanların, bu bedeli ödememek için haklarından vazgeçmek zorunda kalacakları gerçeğini unutarak, işçilere ya işlerini yitirmek ya da gerçekleri yansıtmayan yazılı hizmet sözleşmesi yapma seçeneklerinden başka bir seçenek sunmamıştır.

b) Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararıyla Tespitinde Süre

aa) Sürenin hukuki niteliği

506 sayılı Yasanın 79. maddesine göre kuruma bildirilmeyen hizmetlerin yargı kararıyla tespiti için “Yönetmelikte tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıkları hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde” dava açmaları gerekmektedir. Yasada yer alan 5 yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu konusunda doktrinin çoğunluğu ve Yargıtay hemfikir olmuşlardır.⁸⁷ Süreyi hak düşürücü bir süre olarak nitelendiren Yargıtay’ın ve HGK’nun bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla 1995 yılına kadar aynı işverene ait işyerlerinde kesintili olarak yapılan çalışmalarda sürenin kesileceğine ilişkin kararlarındaki bu yorum muhalefet şerhlerinde; “bilindiği üzere, bazı hakla-

87 Güzell Okur,A., Rıza a.g.e. s.148 Dip not 42

rın belli bir süre içinde kullanılmaması, hakkın ortadan kalkması sonucunu doğurur. Bu durumda süre hakkı sona erdiren bir etkiye sahiptir. Öte yandan hak düşürücü sürelerin zamanışımından farklı olarak, durması veya kesilmesi söz konusu olamaz. Kamu yararı dikkate alınarak konulmuş olan bu süreler hakim tarafından kendiliğinden (re'sen) göz önünde bulundurulur.”⁸⁸ gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Öğretide de bu eleştiriye katılanlar “Yargıtay’ın benimsediği çözümün sigortalı lehine olmasına karşın hukuk kurallarını zorlayıcı nitelikte”⁸⁹ olduğunu belirtmişlerdir. Yargıtay 1995⁹⁰ yılından sonra vermiş olduğu kararlarında ise istikrarlı bir şekilde kesintili hizmetlerde de hak düşürücü sürenin işleyeceğine, bir başka ifadeyle hak düşürücü sürenin kesilemeyeceğine karar vermiştir.⁹¹ Yargıtay’a göre “davacının aynı işyerinde bu tarihten sonra çalışmasını sürdürmesinin veya beş yıllık hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin kesilmesi ve durmasının mümkün olmadığı hukuksal gerçeği de ortadadır.”⁹²

506 sayılı Yasadaki sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi halinde Yargıtay’ın kararına katılmamak olanaklı değildir. Ancak, bizimde katıldığımız bir görüşe göre, söz konusu süreyi zamanışımı süresi olarak yorumlamak, böylece zamanışımının durmasına ilişkin esasları burada da uygulamak doğru olur. Yasanın amacı, Kuruma bildirilmemiş sigortalıların sosyal güvenlik hakkını korumak olduğuna göre, dava süresinin zamanışımı olarak nitelendirilmesi bu amaca uygun düşer.”⁹³

bb) Sürenin başlangıcı

Yargıtay hak düşürücü süreninin başlangıcını belirlemek için 506 sayılı yasanın 79/8. maddesinde yer alan “hizmetlerinin geçtiği yılın sonunda” ibaresini yorumlarken “bu anlatım karşısında hak düşürücü süre sigortalının işi bıraktığı yılın sonundan itibaren başlayacaktır” sonucuna ulaşmıştır.⁹⁴ Yargıtay’ın bu yorumu, “sosyolojik gerçeklere uygun düşmektedir.”⁹⁵ Gerçekten

88 Yar.HGK 28.02.1986, E.1985/10-37, K.1986/184 karara muhalefet şerhi, Ernam A.Nuri, Sosyal Sigortalar Mevzuatı Kanun İş yayını, Ankara 1990, s.54

89 Güzel, a.g.d.” s.200

90 “Yargıtay’ın yeni içtihadı, hizmet tespit davasında 10 yıllık hak düşürücü sürenin kesilmesi ve durmasının mümkün olmadığı yönündedir” yar. 10.HD.13.11.1995 E. 1995/7897 K. 1995/9475 TUBA Bimed

91 Örnek niteliğinde:Yar.21.HD. 24.05.1999, E.1999/3401, K.1999/3519, 08.02.1999, E.1999/252, K.1999/436, 17.06.1999.E. 1999/4156, K.1999/4401 yayımlanmamış kararlar

92 Yar.21. HD. 08.02.1999, E.1999/252, K.1999/436 yayımlanmamış karar.

93 Güzel/ Okur, A.,Rıza a.g.e. s.148

94 Yar.10.HD. 31.01.2000, E.2000/246, K.2000/311 yayımlanmamış karar.

95 Güzel,a.g.d.” 7, s.200

de işten atılma korkusuyla işvereninden ücret bordrosu dahi isteyemeyen bir işçiden, hizmet ilişkisi devam ederken işvereni aleyhine dava açmasını beklemek, en azından iş güvencesinin bulunmadığı ülkemiz koşullarında gerçekçi olmayacak bir beklentidir. Nitekim İş hukuku çerçevesinde işçilik alacakları ile sosyal sigortalar alanında, hizmet tespitine ilişkin açılan davaların neredeyse tamamı iş ilişkisinin sona ermesinden sonra açılmaktadır.

Yargıtay'a göre; "işverenin işe giriş bildirgesini vermesi ya da çalışmanın iş müfettişi raporuyla belirlenmesi durumunda sigortalı çalışmaların belirlenmesi davasında beş yıllık hak düşürücü süreye" ⁹⁶ bakılmayacaktır. Ne var ki Yargıtay HGK, sigortalının "ayrılmaksızın aynı işyerinde Emekli Sandığı'na ya da Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak çalışmasını sürdürmesi veya ayrılıp da hak düşürücü süre içinde tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlaması hizmet tespitinde söz konusu olan hak düşürücü süreyi kesmez ve durdurmaz" ⁹⁷ diyerek sigortalının işyerinden ayrılmaksızın, sadece bir anlamda statü değiştirmesi halinde de hak düşürücü sürenin işlemeye devam edeceği sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay 10.H.D.'de 16.12.1999 tarihli kararında HGK'nun yukarıda belirtmiş olduğumuz kararındaki gerekçeleri benimseyerek, sigortalının belediye'deki çalışmasını kesintisiz olarak sürdürmesine karşın, işçilikten memurluğa geçmesini hizmet akdinin feshi olarak yorumlayarak, hak düşürücü sürenin dolduğu sonucuna ulaşmıştır. Kararın karşı oy yazısında ise oldukça isabetli olarak davacının Sosyal Güvenlik açısından Emekli Sandığına tabi olmaya başlamasının hizmet akdinin sona ermesi anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. ⁹⁸

Sigortalının mirasçıları açısından hak düşürücü sürenin başlangıcını tartışan 21.H.D. 27.04.1999 tarihli kararında oldukça isabetli bir şekilde; eğer hak düşürücü süre murisin ölümünden önce dolmamışsa, mirasçılar bu sürenin ölüm tarihinden itibaren işlemeye başlaması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'a göre "bir hak sahibi yönünden, sözü edilen sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğinden bahsedebilmek için, öncelikle muristen bu kişiye si-

96 Yar.21.14.02.1997 HD E.1997/811 K.1997/761 TUBA Bimed. Yar.10.HD.21.12.1999, E.1999/9231, K.1999/9316 yayımlanmamış karar.

97 Yar.HGK.02.05.1997 E.1997/10-142, K.1997/406 TUBA Bimed

98 Yar.10.HD.16.12.1999, E.1999/8942, K.1999/9230, ayrıca aynı içerikte; 21.12.1999, E.1999/8971, K.1999/9329 yayımlanmamış Kararlar.

gorta kollarından bir hakkın intikal etmesi ve kişinin buna bağlı bir talep hakkının doğması gerekir. Henüz hakkının doğmadığı, murisin sağlığında kullanıp kullanmayacağı belli olmayan, murise ait bir hakkın kullanılmamasından ve buna bağlı hak düşürücü süreden söz edilemez. Şu duruma göre, bir hak sahibi yönünden hak düşürücü süre; ancak muristen kendisine sigortalılık tespit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlamalıdır. Ne var ki muris tarafından sağlığında kullanılmamış ve hak düşürücü sürenin gerçekleştiği bir durumda artık, hak sahibine intikal edecek bir dava hakkının da söz konusu olamayacağı kuşkusuzdur.”⁹⁹

4. Hizmet Borçlanması

Herkese sağlanması gereken sosyal güvenlik hakkının gereğince ve yeterince sağlanamamış olması, ne yazık ki sosyal güvenliğin siyasilerce istismarına da yol açmış, kurum izlenen bu popülist politikalar nedeniyle ciddi açmazların içerisine itilmiştir. Kurumun yapısını deforme eden uygulamaların içerisinde hizmet borçlanması da önemli bir yere sahiptir. 1969 yılından günümüze kadar toplam 11 kez hizmet borçlanması yasası çıkartılmış¹⁰⁰ “hizmet borçlanmasının ilk uygulamalarında, borçlanılan hizmetin geçtiği yıllarda yürürlükte bulunan asgari ücretin %20’si tutarındaki malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları priminin 5 yıl içerisinde kuruma ödenmesi gibi akıl almaz koşullarla pek çok kişiye yaşlılık sigortasından yararlanma olanağı”¹⁰¹ sağlanmıştır.

Borçlanma yasalarına genel olarak Anayasa Mahkemesi de¹⁰² sıcak bakmamış, borçlanma yasalarının ilki olan ve borçlanmak isteyenlere büyük imkanlar sunarak, Kurumu önemli ölçüde zora sokan 1186 sayılı Kanun “Anayasa Mahkemesince, Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti ve eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.”

Kamuoyunda Süper Emeklilik olarak adlandırılan 3395 sayılı Yasayla 506 sayılı Yasaya eklenen geçici 5. maddesinin iptali için Yargıtay 10.H.D.’nin re’sen

99. Yar.21 HD.27.04.1999.E. 1999/2735, K.1999/2874 sayımlanmamış Karar.

100. Sözek,S., “Sosyal Sigortalar Kurumunun Sorunları ve Yeni Tasarı”, Kenan Tunçomaoğlu’na Armağan, İstanbul: İ.Ü.Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 1997, s.447

101. Akı,E., “Sosyal Sigortaların Mali Kaynaklarının Korunmasında Yargı Kararlarının Rolü”, Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri, M.Ü.Hukuk Fakültesi, İstanbul 1997 s.81

102. Akı, a.g.m., s.84

yapmış olduğu başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, istemi kabul ederek yapılan düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; **“Toplumda yoksul ve muhtaç insanlara devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması, böylece sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekirken, itiraz konusu madde ile bir gurup sigortalının yaşam düzeylerinin ötekilere oranla çok farklı bir biçimde yükseltilmesi ters bir durum yaratmıştır. Geçici 5. maddede aynı durumda bulunan kişilerin yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlanmaları anlayışı yani eşitlik ilkesi de gözetilmemiş, borçlanma özel bir hak niteliğinde düzenlenmiştir.”**¹⁰³

Sosyal güvenlik kuruluşlarının kapsamı dışında kalan, bu kuruluşlara aktif dönemlerinde katkı sağlamamış olanların, “hizmet sürelerinin sonradan prim ödemek suretiyle sigortalı hizmet sürelerine eklenmesini öngören”¹⁰⁴ ve hizmet borçlanması olarak nitelendirilen bu uygulamalar içerisinde ikisi; kısaca sanatçı borçlandırması ve yurtdışında çalışanların hizmet borçlanması yoluyla yaşlılık aylığı almaları son günlerde ciddi hukuki tartışmaların konusunu oluşturmuşlardır.

a) Sanatçıların hizmet borçlanması

Bilindiği gibi sanatçılar, 506 sayılı Yasaya 2167 sayılı Yasa ile eklenen 506 sayılı Yasanın ek 10. maddesi ile kapsama alınmışlardır. Gerek “2167 sayılı Yasa ile gerekse daha sonra yürürlüğe giren borçlanma yasaları olan 2959 sayılı Yasa ile eklenen 506 sayılı Yasanın geçici 58., 3395 sayılı Yasa ile eklenen 506 sayılı Yasanın geçici 68. ve nihayet 4056 sayılı Yasa ile eklenen 506 sayılı Yasanın geçici 80. maddeleri, ek 10. maddeye atıfta bulunarak sanatçıların eski hizmetlerini borçlanabilecekleri öngörülmüştür.”¹⁰⁵

Ne var ki sanatçı borçlanması Yargıtay 10 H.D. İle 21.H.D. arasında görüş farklılığının doğmasına yol açmış konu HGK'nda da tartışılmıştır. Yargıtay 10.H.D.'sine göre; sanatçı borçlanmasının yapılabilmesinin ön koşulu “506 sayılı Kanuna ek 10. madde ile kapsama alınmış sigortalı niteliğinin taşınmasıdır. Başka ifadeyle ancak Ek.10. madde ile kapsama alınan sigortalılar,

103 Fişek,Gl Özsuva,Ş,Türçant Şule,M. Ali, Sosyal Sigortalar Kurumu Tarihli ,1946-1996, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı yayını, Ankara 1998, s.256

104 Erman, A.Nuri a.g. e, S.263

105 Yar.10.HD.25.01.1999 E. 1999/152. K. 1999/47 TUBA Bimed

yasada öngörülen diğer koşulların varlığı halinde, sanatçı hizmet borçlanmasından yararlanabilirler. Öte yandan 506 sayılı Kanun'a 2167 sayılı Kanunla Ek 10. madde hükmü ile kapsama alınan sanatçılar ise bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlardır. **Bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılma ise hizmet akdinin unsurlarındandır. Nitekim Geçici 80. maddede hizmet akdinin gerekliliği "sigortalılar" deyiminin kullanılması suretiyle pekiştirilmiştir. Giderek 4056 sayılı Kanun doğrultusunda "sigortalılar" sözcüğü ile; 506 sayılı Kanun çerçevesinde sigortalı kapsamına kimlerin gireceğini belirleyen aynı Kanunun 2, 4 ve 6. maddelerinde tanımını bulan kavramlar değiştirilmiş değildir.** Bu yönde 506 sayılı Kanun'a 2167 sayılı Kanun'la Ek 10. madde ve 4056 sayılı Kanun'la eklenen Geçici 80. madde kapsamında sigortalı niteliğinin kazanılabilmesi için 506 sayılı Kanun'un 2, 4 ve 6. maddelerinde öngörülen kavramların ilgililer bakımından gerçekleşmesi, başka ifade ile bir veya birkaç işverene ait işyerinde hizmet aktı ile ancak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Kültür Bakanlığı tarafından müştereken saptanmış uğraş alanlarına ilişkin unvanlarla çalışılması zorunludur." ¹⁰⁶

Yargıtay 21. H.D. ise 10. H.D.'sinin yapmış olduğu yorumun tam aksini benimseyerek, sanatçıların sosyal güvenlikleri özel ve istisnai bir düzenleme ile sağlanmış bulunduğundan bu kişilerin hizmet akdine bağlı olarak çalışması koşulu aranmamalıdır gerekçesiyle yerel Mahkeme kararını bozmuş, direnme üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu 30.09.1998 tarihli kararında 21.H.D.nin görüşünü benimseyerek yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur. ¹⁰⁷

HGK'nun kararından anlayabildiğimiz kadarıyla, 21.H.D.'nin 26.01.1998 tarihli kararının HGK'unca da benimsenen gerekçesine göre; "Sanatçılar 506 sayılı Yasanın ek 10. maddesi ile 506 sayılı Kanun kapsamına alınmışlardır. Gerek bu maddede gerekse ek geçici 80. maddede sanatçıların hizmet akdi ile çalışacaklarına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Maddelerde belirtilen ilişki hizmet ilişkisi olmayıp sanatçının faaliyetinin özelliği gereği mesleki ilişkinin bulunmasıdır. Sanatçının serbestçe faaliyet göstermesi ve geçimini sanatsal faaliyetten elde ettiği gelirle devam ettirmesi ve faaliyetin devamlılık arz etmesi önemlidir"

106 Yur.10.HD.03.02.1998 E. 1998/191 K. 1998/395, ayrıca aynı doğrultuda; 24.09.1996, E.1996/7516, K.1996/7472, 28.04.1997, E.1997/2786, K.1997/3026,TUBA Bimed

107 Yur. HGK.30.09.1998 E.1998/21-644 K. 1998/633 TUBA Bimed

HGK, 21.H.D. ile aynı sonuca ulaşırken, hareket noktası olarak sanatçıların sanatçı olmaktan kaynaklanan, onları sanatçı olarak adlandırmamızı sağlayan özelliklerini ele alarak yürütmüş oldukları faaliyetleri hizmet akdinin sınırları içerisinde düşünmenin olanaklı olmadığı saptamasını almıştır. HGK'na göre sanatçıların ve yürütülen sanatsal faaliyetin özellikleri nedeniyle sanatçı borçlanmasına, 506 sayılı yasanın 2. maddesi çerçevesinde yaklaşılmamalı, 2. maddede sigortalı sayılmak için gerekli koşulları sanatçılar açısından aramadan, yasanın sanatçılara özgü bir istisna getirdiği kabul edilmelidir.

HGK açısından sanatçıların çalışmalarının, kendine özgü bir biçimde ortaya çıktığı, bu özgünlüğün bu tür çalışmaların hizmet akdi çerçevesinde değerlendirilmesini olanaklı kılmadığı açıktır. Nitekim, 08.12.1994 günlü 4056 sayılı Yasa kapsamına 29.06.1978 günlü 2167 sayılı Yasada gösterildiği üzere, tüm güzel sanat kollarında uğraş verenleri almıştır. Madde metninde geçen çalıştırma sözcüğü, yasanın kapsamına girenlerin borçlanmadan yararlanabilmeleri için aynı zamanda mutlaka, bir hizmet akdine dayalı olarak çalışmak zorunda oldukları anlamına gelmez. Aksine bir yorum, hem maddenin amacına, hem de içeriğine ters düşer. HGK'na göre; Madde, güzel sanat kollarında uğraş veren sanatçıların çalışma türünde ayırım yapmaksızın yasa kapsamında kabul etmiştir **“Farklı bir anlatımla denilebilir ki; sanatçı ile hukuki ilişki içinde bulunan ya da sanatından yararlanan kimse arasındaki ilişki akit türü ne olursa olsun sanatçının sanat yaratırken gösterdiği mesleki çalışması 506 sayılı Yasa kapsamındadır. Aksine bir yorum, hem yasanın getiriliş amacına, hem de sanatçı çalışma yöntemiyle bağdaşmayacağı açıktır. Sanatçıların 506 sayılı Yasanın aradığı nitelikte çalışmaları söz konusu olmadığı halde, yasa koyucu özel düzenleme ve istisnai bu yolla, bunları sisteme dahil etmiş ve sosyal güvenliğe kavuşturmuştur. Gerçekte de yasa koyucu 506 sayılı Yasanın 2. maddesindeki engeli aşmak için 2167 sayılı Yasada bir veya birkaç işveren tarafından hizmet akdiyle çalıştırılan sözünü bilinçli olarak kullanmamış, bir veya birkaç işverene bağlı çalışan sanatçıdan söz etmek suretiyle hizmet akdi ile bağlılığın koşul olmadığını vurgulamak istemiştir”** HGK aynı gerekçelerle sanatçıların, 1479 sayılı Bağ-Kur kapsamında öngörüldüğü şekilde kendi adlarına bağımsız çalışıp kazanç sağlayan ki-

şiler gibi düşünülmesinin ve anılan yasa kapsamına gireceklerini savunmanın da olanaklı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Karara karşı oy yazan 10.H.D.'si üyesi Dairenin görüşünü savunarak; tüm borçlanma yasalarında ve Büyük Millet Meclisi tutanaklarında bir veya birkaç işverenin işyerinde hizmet akdiyle çalışan ve Sosyal Sigortalar Kurumu'na hizmetleri bildirilmeyen sanatçıların, yazarların vb. kimselerin eski hizmetlerinin borçlanılabilmesi için hizmet akdiyle çalışma koşulunun arandığını, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu'nun hizmet akdiyle çalışan kimselerin sosyal güvenlik kurumu olduğu, borçlanmak istenilen kurum, Sosyal Sigortalar Kurumu olduğuna, Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan ise ancak hizmet akdiyle çalışanların yararlanması olanaklı olduğuna işaret edip yasa koyucunun, borçlanma Yasalarında 506 sayılı Kanunun ek 10. maddesine atıfta bulunarak, ancak bir veya birkaç işverenin işyerinde hizmet akdiyle çalışan sanatçıların eski hizmetlerinin borçlanılabileceğini öngördüğünü ileri sürmüştür. Karşı oy yazısına göre; "hizmet akdiyle bir veya birkaç işverenin işyerinde çalışmayan kendi nam ve hesabına çalışan sanatçı, yazar vb. kimselerin ise sosyal güvenlik kurumu 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası'dır. " Bağ-Kur üyesi olması gerekenlerin Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı yapılması, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın sistemini bozacağı gibi 506 sayılı Kanunun 4056 sayılı Kanunla eklenen geçici 80. maddesinin ve 506 sayılı Kanuna eklenen (2167 SK.) Ek 10. maddesinin açık hükmüne de aykırı olur.¹⁰⁸ gerekçeleriyle karara katılmadığını belirtmiştir.

Yargıtay 10.H.D. sanatçı borçlanması için vermiş olduğu kararının değerlendirildiği 1996 yılı Milli Komite Toplantısında dairenin görüşü olumlularak, sanatçı borçlanmasına olanak tanıyan yasa "politik endişelerle yasa koyucu tarafından tanınmış bir"¹⁰⁹ olanak olarak tanımlanmış, kararda sanatçı borçlanması için titiz bir araştırma istenmesi ise "bir olanağın kötüye kullanılmaması için yerinde olarak, yargının ne denli ihtiyatlı hareket etmek zorunda kaldığını"¹¹⁰ göstermesi olarak yorumlanmıştır.

Aslında her iki daire arasındaki görüş farklılığı sanatçı borçlanmasına olanak tanıyan Ek 10. maddenin sigortalı tanımı konusunda sanatçılara özgü, ye-

108 Abik,Ş., "karşı oy yazısı " Yar. HGK.30.09.1998 E.1998/21-644 K. 1998/633 TUBA Bimed

109 Çentel,T., Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1988, s.269

110 Çentel, a.g.e. S.269

ni ayrıık bir tanım getirip getirmediği noktasında odaklanmaktadır. Gerçekten de sigortalı kavramını tanımlayan 2. maddede açıkça “Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar “ denilmiş olmasına karşın, sanatçı borçlanmasının yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı yasanın Ek 10.maddesinde “bir hizmet akdine dayanarak” ibaresine yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle sanatçıların borçlanma yapabilmeleri için, bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmaları yeterlidir. Bu çalışmanın mutlaka hizmet akdine dayanmasına gerek yoktur. “Ek md.10 bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan sanatçılardan söz etmekte, onların çalışma rejimini sınırlamamaktadır.” ¹¹¹

Bir an için, 29.03.1985 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilen yorum ilkesinden ¹¹² hareketle sosyal sigorta kavramına ters olan, Kurumun malî yapılarını alt üst eden, kuruma ek yükler getiren borçlanma yasalarını yorumlarken olanaklı olduğu ölçüde kurumun yararına yorum yapılması gerektiği düşünülebilir. Ne var ki sosyal güvenlik gibi temel bir hakka ilişkin yorum yaparken, sosyal güvenlik haklarına ilişkin sorumlulukların korunmasının da sınırlandırılmasının da, bu hukuk alanının kendine özgü nitelikleri gereği ancak açık yasal hükümlerin varlığı halinde ¹¹³ mümkün olacağı unutulmamalıdır. Dolayısıyla sanatçı borçlanmasını düzenleyen Ek.10. maddede hizmet akdine dayalı olarak çalışma koşulu yer almadığı halde, diğer yasalarda yer alan ya da meclis tutanaklarında geçen ifadelere dayanarak veya 506 sayılı yasanın hizmet akdiyle çalışanlara sosyal güvenlik getirdiği gerçeğini ileri sürerek, sigorta hakkını sınırlayacak şekilde yasada yer almayan bir ibareyi bir anlamda yorum yoluyla yasaya koymak bizce olanaklı değildir. Yargıtay HGK ve 21.H.D. gibi bizce de, Ek 10. madde, 2. maddenin sigortalı kavramının belirlenmesinde sanatçılara özgü ayrıık bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Hizmet borçlanmasına ne denli karşı olsak da yasadaki

111 Sözer,A.,Nazım “Sosyal Sigortalar Hukuku Açısından Yargıtay’ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” Yayınlanmamış Tebliğ s.17

112 Yar.İç.Bir.Kur. 29.03.1985. E.1984/3. K.1985/2 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt 6.Yargıtay Yayınları NO:22 s.248 Kararda Bağ-Kur’u ilişkin olarak kurum yararına yorum ilkesi; “Ülkemizde.Devletin malî kaynaklarının yetersizliği nedeniyle herkesin henüz sosyal güvenlik kurumlarından yararlanamadığı gerçeği ile Anayasamızın Devlete yüklediği görev ve kapsamı dikkate alındığında uygulamada bu tür yasa hükümlerinin-yorum kurallarının elverdiği ölçüde-Kurumu güçlendirecek yolda yorumlanması ve uygulanması gereği Anayasaya uygun yorum yönteminin doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir.” sözleriyle belirtilmiştir.

113 Özanoğlu T., Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, tartışmalar bölümü s.233

pozitif düzenleme bizi bu yorumu yapmaya götürmektedir.¹¹⁴

b) Yurt dışı borçlanması

Uygulamada çok tartışılan borçlanma türlerinden birisini de yurt dışı hizmetlerin borçlanması konusu oluşturmaktadır. Bilindiği gibi, yurt dışı çalışmalarının borçlanması olanağı ilk olarak 30.05.1978 tarihinde çıkartılan ve yedi yıl yürürlükte kalan 2147 sayılı Yasayla tanınmıştır. 08.05.1985 tarihinde ise 2147 sayılı Yasanın uygulanmasından kaynaklanan sorunlara çözüm getireceği iddiasıyla 3201 sayılı Yasa çıkartılmıştır.¹¹⁵ 3201 sayılı Yasanın 3. maddesine göre yurda kesin dönüş yapmış olmak borçlanmanın ön koşulu olması nedeniyle, uygulamada yurtdışı hizmetlerini borçlanan sigortalıların, aynı zamanda yurt dışında çalıştıkları ülkenin işsizlik sigortalarından yararlanmaları halinde, borçlanmanın geçerli olup olamayacağı konusunda çok sayıda uyuşmazlık ortaya çıkmıştır.

Olay 1997 yılında HGK önüne gelene kadar, Yargıtay özel daireleri işsizlik sigortasından para alınmasının yurda kesin dönüş yapılmadığı anlamına gelmeyeceğine karar vermişlerdir. Gerçekten de 21.H.D.ne göre, "Yurt dışında çalışan bir işçinin yurda kesin dönüş yaptıktan sonra çalışmış olduğu ülkenin işsizlik sigortasından yararlanmış olması bu işçinin yurt dışında çalıştığı veya yurda kesin dönüş yapmadığı biçiminde yorumlanamaz. Davacının 3201 sayılı Yasaya uygun borçlanma yapıp kendisine yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra zaman zaman yurt dışına çıkması veya işsizlik yardımından yararlanması sigortalı işçinin aleyhine yorumlanarak yaşlılık aylığı kesilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."¹¹⁶

Yargıtay 21.H.D. 26.06.1997 tarihli kararında ise bu görüşünü daha da aydınlatılarak, işsizlik sigortasından yardım alınmasının pasif sigortalılık olarak nitelendirilmesi gerektiğini, 3201 sayılı yasanın 6/B. maddesinde pasif sigortalılığa ilişkin hüküm getirilmediğini belirterek "Maddede, öngörülen kesin dönüşten amaç; yurt dışındaki çalıştığı işyerinden ayrılmak suretiyle

114 Ayrıca konunun çalışmanın hazırlandığı tarihlerde içtihat birleştirme aşamasında olduğunu da belirtmemiz gerekmektedir

115 Ernam, a.g.e. s.273

116 Yar.21.HD.03.12.1996 E. 1996/6625 K. 1996/6714, 26.06.1997 E. 1997/4377 K. 1997/4500 TUBA Bimed

Türkiye'ye dönmektir. Başka bir anlatımla, yurt dışındaki aktif sigortalılığını giderek çalışma yaşamına son vermektir. Bu yön, aynı Yasanın 6/B. maddesinde; bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında "çalışmaya başlayanların" çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir sözcükleri ile kesin dönüşten amacın; yurt dışında eylemli olarak çalışmama olgusunun amaçlandığı, çalışmama koşulu ile, ikamet etmenin amaçlanmadığı açık-seçiktir."¹¹⁷ sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay 21.H.D. bu kararından çok kısa bir süre sonra, HGK'nun aksi yönde karar vermesi üzerine, HGK kararına da gerekçesinde yollama yaparak 27.11.1997 tarihinde tam aksi yönde karar vererek; "Maddede öngörülen kesin dönüşten amaç; işçinin yurt dışından, ekonomik ve sosyal yönden ilişkisini kesip, Türkiye'ye yerleşmesidir. Başka bir anlatımla işçinin borçlanma yaptığı tarihte, yurt dışındaki işyerinden veya sosyal güvenlik kuruluştan aktif veya pasif sigortalı olarak yardım almaması asıldır. Öte yandan, Federal Almanya sosyal güvenlik sisteminin bir bölümü olan "İş Teşvik Yasası'nın" 100. maddesine göre işsizlik sigorta yardımı alabilmek için işçinin çalışma ilişkisini sürdürmesi ve 103. maddeye göre de işsiz kişinin her gün İş ve İşçi Bulma Kurumu'na gitmesi ve İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından erişilebilir yerde olması koşuldur dönüş koşuluna sahip olmadığı ortadadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca verilen 22.10.1997 gün 1997/548-86 sayılı karar da bu doğrultudadır"¹¹⁸ demiştir.

Yargıtay HGK'nun 22.10.1997 tarihli kararına konu olan olayda Yargıtay 10.H.D.'si yerel Mahkeme kararını yurt dışında işsizlik sigortasından yararlanmanın tek başına sigortalının kesin dönüş yapmadığı anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle bozmuş, bozma üzerine Yerel Mahkeme direnmiştir. Direnme kararını onayan Yargıtay HGK kararının gerekçesinde haklı olarak, borçlanma yasasının Kurumun aktüeryal dengesini alt üst ettiğini, sigortacılık kavramıyla borçlanma olgusunu bağdaştırmanın olası olamayacağını, siyasi kaygılarla çıkartılan borçlanma yasalarının prim sisteminin mantıksal sonucu olan nimet külfet dengesine dayalı sigortacılık anlayışına ters olduğunu be-

117 Yır.21.HD.26.06.1997 E. 1997/4377 K. 1997/4500 TUBA Bimed

118 Yır.21.HD. 27.11.1997. E. 1997/6896 K. 1997/7857 ayrıca aynı doğrultuda 22.04.1999 E. 1998/8741 K. 1999/2665 TUBA Bimed.

lirtmiştir. Bir anlamda Kurumun içine düştüğü açmazları sosyolojik açıdan değerlendiren ve bizimde katıldığımız bir dizi etkene dikkat çeken gerekçenin bu bölümünden sonra, HGK somut olayı, işsizlik sigortasından yardım almanın kesin dönüş anlamına gelip gelmediğini, dolayısıyla da işsizlik sigortasından yardım alanların 3201 sayılı yasanın 3. maddesinin kapsamına girip girmeyeceklerini tartışmaktadır. HGK'na göre; Yasa koyucu ayrı bir düzenlemeyle yurt dışında çalışıp ta çalıştıkları ülkenin sosyal güvenlik haklarından yararlanmak istemeyerek yurda kesin dönüş yapan Türk vatandaşlarına borçlanma yoluyla sosyal güvenliklerini sağlamak istemiştir. “Yurda kesin dönüş yapma”, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma hayatına yönelik tüm ilişkilerini, gerek çalıştığı işyerleri ve gerekse ilgili olduğu tüm sosyal güvenlik kuruluşları yönünden sona erdirerek, yerleşmek ve sosyal güvenliklerini de burada sağlamak üzere, Anavatana dönüş yaptığını ifade eder”¹¹⁹ dedikten sonra, işsizlik sigortasından yardım alınmasını somut olayda Alman mevzuatını uygulayarak çözüme kavuşturmuştur. HGK'na göre Alman mevzuatındaki hükümler nedeniyle işsizlik sigortasından yararlanabilmek için “**ilgilinin işsiz kaldığını şahsen bildirmesi ve bunu yazılı bir dilekçe ile yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca, başvurudan önceki yedi yıllık çalışma sürelerini gösteren, işveren tarafından düzenlenen bir belge ile, Almanya’da ikamet edildiğini kanıtlayan ikamet kayıt belgesi, ücret vergi kartı ve sigorta kimlik kartının ibrazı zorunludur. İşsizlik yardımı alabilmek için öngörülen koşullardan birisi de; Almanya Cumhuriyeti’nde çalışma hakkı veren geçerli bir çalışma iznine sahip olunmasıdır. Bu koşulları taşıyan ve yardıma hak kazanan kimsenin yükümlülüklerine gelince; Bu kimseler yardım süresince, İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından kendilerine teklif edilen işleri kabul ve işe başlama zorunda oldukları gibi, bu süre zarfında; yaşamlarında meydana gelen değişiklikleri de ilgili makamlara bildirmek zorundadırlar. Yurda dönme istemi, Almanya’da adres değişiklikleri, yeni işe başlama durumu, Federal Almanya Cumhuriyeti yasal rant sigortasın-**

119 Yar.HGK.22.10.1997, E.1997/10-588/, K.1997/857, Ayrıca aynı içerikte, 28.04.1999, E.1998/10-805, K.1999/252 Tuba Binned

dan rant aylığı veya Anavatandan alınan sigorta aylığı gibi durumların derhal ilgili makamlara bildirmek zorunluluğu bulunmaktadır. ¹²⁰

Yargıtay HGK tüm bu gerekçelerle yurtdışında işsizlik sigortasından yardım alınması olgusunu 3201 sayılı yasanın 3. maddesinde belirtilen yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmemiş olmasının göstergesi olarak kabul ederek borçlanmayı iptal etmiştir.

Karara karşı oy yazan üyeler ise itirazlarını iki ana konuda toplamışlardır. Birincisi, uyumsuzluğa uygulanacak yasalara ilişkindir. Karara karşı oy yazan üyelere göre; “Sosyal güvenlikle ilgili uyumsuzluklarda, akit ülkeler arasındaki sosyal güvenlik sözleşmelerinin uygulanması temel kural olup, diğer akit ülkenin yasalarının sözleşmeye aykırı hükümlerinin ise uygulanma zorunluluğu yoktur.” ¹²¹ Somut olayda da öncelikle uygulanması gereken mevzuatın Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasındaki Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ve değişiklikleri olduğunu ve adı geçen sözleşmenin 4. maddesine göre “Bu yardımın Türkiye’de ikamet eden ve önce Almanya’da işçi olarak çalışan sigortalımızın almasına yasal engel olmadığı gibi, bu yardımı almak için Almanya’da ikamet etmek için de bir mecburiyeti yoktur”

Gerçekten de karşı oy yazısında isabetli bir şekilde belirtilmiş olduğu gibi Türkiye ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik sözleşmesinin 4. maddesinde “Bu sözleşme hükümlerine göre, aksine bir hüküm yoksa, akit taraflardan birisinin ülkesinde oturan aşağıdaki kimseler, mevzuatı uygulanan akit tarafın vatandaşları ile eşit sayılır. a) Diğer akit tarafın vatandaşları, b) ... c) ... d) ... kimseler” denilmekte, aynı sözleşmesinin 4 (a) maddesinde ise “Bu sözleşmede aksine bir hüküm yoksa bir akit tarafın, yardım hakkının doğmasını veya para yardımlarının yapılmasını, bu taraf ülkesinde ikamet etme şartını bağlı kılan mevzuatı 4’üncü maddede belirtilen ve diğer akit taraf ülkesinde ikamet eden kimseler hakkında uygulanmaz.” denilmektedir. Karara karşı oy yazan üyelere göre; “Alman İş Yasası’nda işsizlik sigortasından yardım alması için Almanya’da oturma şartının konulması, yukarıda belirtilen Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal

¹²⁰ Yar.HGK.22.10.1997, E.1997/10-588/, K.1997/857, Ayrıca aynı içerikte, 28.04.1999, E.1998/10-805,K.1999/252 Tuba Bimed

¹²¹ Yar.HGK.22.10.1997, E.1997/10-588/, K.1997/857, Karşı oy yazısı, Ayrıca aynı içerikte, 28.04.1999, E.1998/10-805,K.1999/252 Tuba Bimed

Cumhuriyeti arasındaki sosyal güvenlik sözleşmesinin 4 ve 4 (a) maddelerine aykırı olduğu için Almanya’da çalışan ve bilahare Türkiye’ye kesin dönüş yapan işçiler için uygulanamaz. İşsizlik sigortasından yardım almaları için Almanya’da oturma zorunlulukları da yoktur. Yardım sözcüğü ise, sosyal güvenlik hukukunda sosyal güvenlik yasaları ile sağlanan tüm yardımları kapsar. Nitekim, 506 sayılı Yasanın 1’inci maddesinde bu husus açıkça vurgulanmıştır. Karara karşı oy yazarların ikinci itirazlarını ise; 3201 sayılı yasanın 6. maddesine konulan işten ayrılma ve çalışmama koşulunun 506 sayılı yasanın 63/B maddesiyle paralellik kurulması kaygısından kaynaklandığı, paralellik kurulan 63/B maddesinde yapılan değişiklikle yaşlılık aylığı alan kişilere destek primi ödenmesi koşuluyla çalışabilme olanağının sağlanmış olması oluşturmaktadır. Karşı oy yazısına göre “Yaşlılık aylığı alanların hizmet akdiyle çalışmaları 3279 sayılı Yasa ile kabul edilmiştir. Böylece, çalışan işçinin çalışırken yaşlılık aylığı şartlarına haiz olması halinde işten ayrılmadan yaşlılık aylığı alması mümkün olmuştur. Nitekim, 1479 sayılı Yasanın 35, 2926 sayılı Kanununun 17’nci maddesinde de yaşlılık aylığı bağlanması için işten ayrılma şartı konulmamıştır. Şu durumda 506 sayılı Kanunun 63/B maddesindeki (3279 sayılı Kanunla değişik) Yasadaki yurda kesin dönüş ve yurt dışında çalışma yasağı da kaldırılmış ve ilga edilmiş olarak kabulü gerekir. Aksi halde, yurt içindeki işçiler ile yurtdışındaki işçiler için ayrı ayrı yaşlılık aylığı şartları kabul edilmiş olur ki, o da Anayasanın 10’uncu maddesindeki eşitlik, 49’uncu maddesindeki çalışma hürriyeti, 60 ve 62’nci maddelerindeki sosyal güvenlik hakkı maddelerine aykırı olur.”

Konu doktrinde de tartışma konusu yapılmış, 3201 sayılı yasanın 6/B maddesinde aylığın kesilmesi için sadece yurt dışında yeniden çalışmaya başlama koşulunun arandığı, işsizlik yardımından söz edilmediğini belirten bir görüşe göre yurt dışında işsizlik yardımı alınması 3201 sayılı yasadan yararlanılmasına engel değildir Bu konuda tam aksini savunan bir görüşe göre ise işsizlik sigortasından yardım alınabilmesi için yapılacak iş tekliflerini beklemek ve yapıldığında da kabul etme zorunluluğu bulunduğu için 3201 sayılı yasaya göre borçlanma geçersiz sayılmalıdır.¹²²

3201 sayılı Yasada ülkeye kesin dönüş koşulunun aranmasını, sosyal politika açısından yerinde bulmayan, yurt dışı borçlanması yapmak isteyenle-

122 Görüşler için bkz. Sözer, A., Nazım a.g.d., s.19

rin, zorunlu dönüş koşulu nedeniyle yurt dışında primini ödediği halde bazı sigorta kollarından feragat etmek zorunda kaldığını, borçlanma yapanların destek primi yatırmamaları nedeniyle sorunu 506 sayılı Yasanın 63/B maddesindeki değişiklik çerçevesinde çözümlenmesi için olanaklı olmadığını, 3201 sayılı Yasadaki kesin dönüş koşulunun yasada yapılacak değişikliklerle kaldırılması gerektiğini savunarak, sorunu sosyal sigortalardaki teklik ilkesi açısından da değerlendiren bir görüş ise “506, 1479, ve 5434 SK.’ların kapsam ve edimlerle ilgili maddelerinden yola çıkılarak oluşturulan teklik ilkesi uluslararası hukukumuzda geçerli değildir. Çünkü, tüm primlerini alarak ülkemize dönen sigortalılar yanında sosyal güvenlik sözleşmelerine göre, kısmi aylığa hak kazanan sigortalılar dahi yurt içinde borçlanma talebinde bulunabilmektedirler. Dolayısıyla örneğin Almanya’da malullük aylığı alan bir Türk vatandaşı borçlanma yoluyla ülkemizde ayrıca yaşlılık aylığı alabilir. Bu tespitin doğal sonucu yurt dışından sunulan işsizlik sigortası edimlerinin yaşlılık aylığı bağlanmasına engel teşkil etmemesidir.”¹²³

Ne Yargıtay HGK ne de öğretisi, karşı oy yazısında ifade edilen Almanya Federal Cumhuriyeti ile Türkiye arasında imzalanan Sosyal Güvenlik anlaşmasının 4 ve 4.a maddelerinin uygulanması üzerinde durmamıştır. İlginç olan ise, bu somut olayda Almanya Federal Cumhuriyeti ile Türkiye arasında imzalanan Sosyal Güvenlik anlaşması hükümlerine hiç değinmeyen HGK’nun yine 3201 sayılı yasayla ilgili bir uyuşmazlıkta adı geçen sözleşme hükümlerinin uygulanmamasını bozma sebebi yapmasıdır.

Gerçekten de Yargıtay HGK 03.11.1999 tarihli kararında, borçlanılan yurtdışı çalışmalarında sigortalılık başlangıç tarihini Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesindeki hükümleri uygulayarak belirleyen yerel Mahkeme kararını, uyuşmazlığın 3201 sayılı yasanın 5. maddesine göre çözülmesi gerektiği gerekçesiyle bozması üzerine, uyuşmazlıkta Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uygulanmalıdır diyerek direnme kararını onamıştır. HGK’na göre; “Özel Dairenin öncelik tanımak istediği 3201 sayılı Yasa’nın ilgili kuralının 22.5.1985 tarihinde yürürlüğe girmesine karşın, uluslararası sözleşme 01.04.1987 tarihinde yürürlüğe girmekle, önceki yasal düzenlemenin yerini alır. Sonraki yasal düzenleme olarak sözleşme kuralı uygulanma önceliğine sahiptir. Sözleşme hükümlerinin uygulanması; hem sosyal

güvenlik alanında ortaya çıkabilecek kimi adaletsiz ve olumsuz durumları ortadan kaldırmak aynı zamanda çelişkileri gidermek yönünden de zorunludur.”¹²⁴

Bu kararında Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesini öncelikle uygulanması gereken norm olarak kabul eden HGK'nun, yurt dışı borçlanmalarında karşı oy yazısında da isabetli bir şekilde belirtilmiş olduğu gibi, Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 4. a maddesindeki” Bu sözleşmede aksine bir hüküm yoksa bir akit tarafın, yardım hakkının doğmasını veya para yardımlarının yapılmasını, bu taraf ülkesinde ikamet etme şartına bağlı kılan mevzuatı 4'üncü maddede belirtilen ve diğer akit taraf ülkesinde ikamet eden kimseler hakkında uygulanmaz.” hükümlerini dikkate almamış olmasını anlamak mümkün değildir.

Hemen belirtelim ki HGK'nun yurt dışı borçlanmalarına ilişkin olarak vermiş olduğu bu karardan sonra gerek 21.H.D.'nin gerekse 10.H.D.'nin vermiş oldukları kararlar, HGK kararı doğrultusundadır. Ancak 10.H.D.'nin vermiş olduğu kararlarda halen HGK kararındaki karşı oy yazıları tekrarlanmaktadır.¹²⁵

5. Hizmet birleştirilmesi

Türk sosyal güvenlik sisteminde, sosyal güvenliği sağlamakla görevli birden fazla kurumun olması, çalışanların belirli koşullarda farklı kurumlara bağlı geçen hizmetlerinin birleştirilmesi sorununu ortaya çıkarmıştır. Hizmet birleştirmenin esaslarını düzenlemek amacıyla ilk olarak 05.01.1961 tarihinde 228 sayılı Yasa çıkmış, bu yasayı 01.03.1970 tarihli 1214 sayılı, 01.06.1983 tarihli 2829 sayılı Yasalar takip etmiştir. 2829 sayılı Yasa 228 ve 1214 sayılı Yasaları yürürlükten kaldırmıştır.¹²⁶

2829 sayılı Yasaya göre hizmet birleştirilmesinin yapılabilmesi için birleştirilmesi istenen sürelerin Emekli Sandığına, SSK'na, Bağ-Kur'a ve 506 sayılı Yasanın geçici 20. maddesine göre kurulan emekli sandıklarına bağlı

¹²⁴ Yur.HGK,03.11.1999, E.1999/110-854, K.1999/899 yayımlanmamış karar

¹²⁵ Yur.10.HD, 24.12.1999, E.1999/7162, K.1999/9054, 24.01.2000, E.1999/9484, K.2000/70 yayımlanmamış kararlar.

¹²⁶ Ernam, a.g. e.s.439-440

olarak geçirilmesi, birleştirilecek sürelerin aylık bağlanmasına yetecek kadar olması, ¹²⁷ birleştirilecek sürelerin ayrı kurumlara bağlı ve ayrı tarihlerde yapılan çalışmalar olması, hizmet birleştirilmesi için kuruma başvurulması gerekmektedir. ¹²⁸

Nitekim Yargıtay 10.H.D. 14.09.1998 tarihinde vermiş olduğu kararında, haklı olarak, hizmet birleştirilmesinin yapılabilmesi için “yaşlılık aylığının hesabında, mahkemece borçlanılan sürenin dışında kalan prim ödeme gün sayılarının ve sigortalılık süresinin aylık bağlamaya yetip yetmediği” ¹²⁹ araştırılmalıdır demiştir.

Hizmet birleştirilmesinde dikkate alınacak süreler, primi ödenmiş fiili hizmet süreleridir. ¹³⁰ Yargıtay 21.H.D. bu kurala 03.02.1997 tarihli kararıyla “birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresinin fazla olduğu kurumca aylık bağlanırken söz konusu hizmet süresinin belirlenmesinde takvim yılı değil, çalışılan ve primi ödenmiş fiili hizmet yılı göz önünde bulundurulur” ¹³¹ diyerek dikkat çekmiştir. Yargıtay 10.H.D.’de 16.06.1994 tarihli kararında “sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler sigortalılık süresinden sayılmayacağından hizmet birleştirilmesi söz konusu olamaz” ¹³² sözleriyle hizmet birleştirilmesinde primi ödenmiş fiili hizmet yıllarının dikkate alınabileceğini vurgulamıştır. Yargıtay’ın anılan kararına göre; Gerçekten 2829 sayılı Yasa’nın 8. maddesi hükmü gereğince; ölüm aylığının hizmet sürelerinin sonuncusunun tabi olduğu Kurumca kendi mevzuatına göre bağlanması gerektiği öngörülmüştür. Ne var ki, 506 sayılı Yasa’nın 3/II-C maddesi bendi uyarınca malluk aylığı almakta iken sigortalı bir işte çalışanlardan sosyal güvenlik destek primi kesilir. Ancak, sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler sigortalılık süresinden sayılmaz. Bu durumda olanlar hakkında da hizmetlerin birleştirilmesi hakkındaki 2829 sayılı Kanun uygulanmaz. Hal böyle olunca, davacının murisinin belediyede geçen çalışmaları az önce değinilen yasa hükümleri gereğince sigortalılık süresinden sayılmaz ve giderek Bağ-Kur’daki

127 A.Nuri Ernan, a.g.e.s.441

128 Ali Güzel-Ali Rıza Okur, a.g.e.s.424

129 Yar.10.HD.14.09.1998, E.1998/5338, K.1998/5443 TUBA Bimed

130 A.Nuri Ernan, a.g.e.s.442

131 Yar.21.HD.03.02.1997 E.1997/254 K.1997/511 TUBA Bimed

132 Yar.10.HD.16.06.1994 E.1994/1132 K.1994/12080

hizmetiyle birleştirilemez. Hizmetler birleştirilemeyeceğine göre de davacıya murisin malullüğünden kaynaklanan ölüm aylığının Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlanması mümkün değildir. Bağ-Kur'ca, bağlanması yasal zorunluluktur

2829 sayılı Yasaya göre hizmet birleştirilmesinin yapılabilmesi için, ilgilinin hizmet birleştirilmesinin yapılması doğrultusunda Kuruma bir başvurusunun bulunması gerekmektedir. Sigortalının böyle bir başvurusu yokken, Kurum kendiliğinden hizmet birleştirilmesine karar veremez. Yargıtay 10.H.D.'de 06.07.1995 tarihli kararıyla, Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı geçen hizmetleri yaşlılık aylığı bağlanmasına yeten sigortalının istemi olmadığı halde Tarım Bağ-Kur Yasasına bağlı olarak geçen hizmetlerinin birleştirilemeyeceğine, hizmetlerin birleştirilmesi halinde Tarım Bağ-Kur Yasasına göre bağlanacak aylıkların çok düşük olması nedeniyle mağdur olacak sigortalının "Tarım Bağ-Kur sigortalı hizmetinden vazgeçerek sadece Sosyal Sigortalar Kurumu'ndaki hizmetlerine göre yaşlılık aylığı bağlanmasını istemesinde, hem hukuki yarar hem de tercih hakkı" ¹³³ olduğunu oldukça isabetli bir şekilde belirtmiştir.

IV. SİGORTA DALLARI

1. İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortası

a) İş kazasının tespiti

Öğretide iş kazası, "sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olay olarak tanımlanmaktadır." ¹³⁴

Yargıtay da iş kazasının tanımı ve unsurlarına ilişkin vermiş olduğu kararlarında öğretiyle uyum içerisindedir. Gerçektende Yargıtay'a göre iş kazası;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla,

c) Sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

¹³³ Yar.10.HD.06.07.1995 E. 1995/5890, K. 1995/6228 TUBA Bimed

¹³⁴ Güzel/Okur, A.,Rıza a.g.e. s.163

d) Sigortalıların işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruha arızaya uğratan olaylardır. ¹³⁵

Öğretide, yukarıda belirtilen durumların dışında meydana gelen ve sigortalıyı zarara uğratan bir olayın, kaza kavramına ilişkin diğer koşulları taşısa dahi iş kazası sayılmasının olanaklı olmadığı belirtilmiştir. ¹³⁶ Nitekim Yargıtay da bu konuda öğretinin görüşünü paylaşarak, yukarıda belirtmiş olduğumuz kararında saymış olduğu unsurların yanında “Zararlandırıcı sigorta olayının, iş kazası sayılması için; 1) Sigorta olayına maruz kalan kişinin, Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 2. maddesi anlamında sigortalı olması, 2) Sigorta olayının, maddede sayılı sınırlı olarak belirtilen hal ve durumlardan birinde meydana gelmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, sigorta olayının, iş kazası sayılabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi zorunludur” demiştir.

Yargıtay’ın iş kazasını belirlemek için oluşturduğu ölçütleri somut olayın özelliklerine oldukça isabetli bir şekilde uyguladığını görmekteyiz. Yargıtay’a göre; “sigortalının işe gitmek için servis aracını beklerken üçüncü şahsa ait aracın çarpması sonucu yaralanması iş kazası kapsamındadır” ¹³⁷ Yargıtay bu sonuca ulaşırken 11. maddenin e bendindeki “götürülmesi sırasında” sözcüklerinden hareket ederek maddedeki bu ibareyi “götürülmesi sırasında” sözcüklerinin sigortalıların işveren tarafından belirlenen yerde servis aracına binmek üzere toplu olarak buldukları hazırlık dönemini de kapsadığı söz götürmez. Öte yandan, “götürme sırasında” sözcüklerinin salt-servis aracında geçen süreyi değil, servis aracına binmeden önceki süreyi de kapsadığı biçiminde yorumlamak, sosyal güvenlik hukukunun ilkelerine de uygun düşeceği tartışmasızdır.” şeklinde yorumlamıştır.

Yargıtay, 01.02.1999 tarihinde vermiş olduğu kararında ise, işçinin servis aracına binmek için yolun karşı tarafına geçmeye çalışırken uğramış olduğu kazayı “zararlandırıcı sigorta olayı, servis aracına binerken veya servis aracının içinde bulunduğu sırada olmadığı” ¹³⁸ gerekçesiyle iş kazası saymamıştır.

Yargıtay bir diğer kararında “işverence tahsis edilen özel araçta terörist saldırısına uğrayarak ölen sigortalının iş kazasında öldüğünü kabul” ¹³⁹ eder-

135 Yur.21.HD., 20.11.1997,E.,1997/7353, K.1997/7596 TUBA Bimed

136 Güzell/Ökur, A.,Rızda.g.e. s.168

137 Yur. 21. HD.E., 1996/2674 K., 1996/2738 T., 14.05.1996 TUBA Bimed

138 Yur.21.HD.,01.02.1999, E.,1999/56, K.,1999/45 yayımlanmamış karar

139 Yur.10.HD., 19.06.1992 E., 1991/15658 K., 1992/6893 TUBA Bimed

ken bir başka kararında ise haklı olarak “işçinin bir başka işyerinde olan kavgaya sadece merak nedeniyle gittiği anlaşılıyorsa, burada meydana gelen yaralanma olayı iş kazası olarak nitelendirilemez”¹⁴⁰ sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay’a göre; “İşverenin her türlü işini takiple görevli işveren vekilinin harici bir işle görevlendirildiği belirlenirse geçirdiği trafik kazası iş kazası olarak kabul¹⁴¹ edilmelidir.

Yargıtay HGK’lu ise 1987 yılında vermiş olduğu bir kararında sigortalının, işverenin kamyonu ile taşıma işi yaparken, aracı park edip, şoför mahallinde içki içmesi ve muavinine sarkıntılık etmesi sonucu muavinince yaralanması, olay sonucu %89 oranında iş göremez duruma düşmüş olmasının iş kazası sayılamayacağına karar vermiştir. HGK’na göre; “Sosyal Sigortalar Yasası açısından, işyerinde ya da eklentileri ile araçlarında meydana gelen zararlandırıcı olaylar, iş kazası sayılmaktadır. Ancak, olayın gerçekleştiği yer ve zamanın işçinin davranışları ile birlikte düşünülmesi gerekir”¹⁴²

Karara karşı oy yazan üyeler ise olayın iş kazası sayılması gerektiğini belirterek; Olayın meydana geldiği kamyonun şoför mahallinin, 506 sayılı Kanun m. 5 uyarınca işyeri sayılacağı ortadadır. 506 sayılı Kanun m. 11/A-a gereğince sigortalı şoförün işyerinde bulunduğu sırada, şoför muavininin darbesiyle bedence arızaya uğradığı yönü de tartışmasızdır. Bu bentte, sigortalının sırf işyerinde bulunduğu sırada yaralanması olayı iş kazası sayılmıştır. Sigortalıyı arızaya uğratan olayın işle ilgili olup olmaması bakımından bir bağlantı öngörülmemiştir. “İş dolayısıyla” iş kazasına uğramak hali, başka bir pozisyon olarak Yasa’da ayrıca öngörülmüştür. Bu nedenle sigortalının olaya maruz kaldığı anda işverenin işini görmemekte bulunması, durumu etkilemez. Olayın iş kazası sayılmamasını gerektirmez, görüşünü ileri sürmüşlerdir. Karşı oy yazısına göre; “İşbu fiili ve hukuki gerçekleri göz önünde tutmaksızın, salt olayın cereyan şekli ve sigortalının melhuz kusurunun etkisinde kalarak, sigorta olayı” iş kazası niteliğinde sayılmamıştır.

Gerçekten de karşı oy yazısına katılmamak olası değildir. Bazı durumlarda olayın oluş şekli, olaya konu fiil, toplumu, hatta yargılamayı yürü-

140 Yar.10.HD.02.10.1997, E.1997/6247, K.1997/6372 TUBA Bimed

141 Yar.10.HD. 23.10.1995, E.1995/7796, K.1995/8681 TUBA Bimed

142 Yar.HGK.15.04.1987,E.1986/10-644,K. 1987/330 TUBA Bimed

tenleri haklı olarak rahatsız edebilir. Ancak bu tür durumlarda dahi Yargıtay'ın 14.05.1996 tarihli kararında da belirtmiş olduğu gibi "dava konusunun temel hukuk kurallarıyla çözülmesi zorunluluğu vardır."¹⁴³ Dolayısıyla olaya yol açan sigortalının kusuru ne denli ağır olursa olsun, bu olgu sorumluluk açısından değerlendirilmeli ve temel hukuki prensiplerden ödün verilmemelidir. Nitekim HGK'nun bu kararı öğretide de onay bulmamıştır.¹⁴⁴

Buna karşılık HGK 05.06.1996 tarihli kararında alış veriş için görevlendirilen işçinin işini bitirdikten sonra yol üzerindeki babasının dükkanında silahlı saldırıya uğramasını "Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, işverence görevlendirilen sigortalı işçinin asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda maruz kaldığı olayın iş kazası sayılabilmesi için zararlandırıcı olayın, sigortalıdan yapılması istenilen işin tamamlanabilmesi bakımından normal yaşantı çerçevesinde ve hoşgörü ile karşılanabilecek bir zaman süreci içerisinde meydana gelmesi gerekir"¹⁴⁵ gerekçesiyle iş kazası olarak kabul etmiştir.

b) İş kazasında kusur

1475 sayılı İş Yasasınının 73. maddesine göre; "her işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür. İşçiler de, işçi sağlığı ve iş güvenliği hakkındaki usul ve şartlara uymakla yükümlüdürler."

Yargıtay, insan yaşamının kutsallığından hareketle işçi sağlığı iş güvenliğine ilişkin önlemler konusunda oldukça titiz davranırken, işçi sağlığı iş güvenliği hükümlerine uymaması durumlarında da işçiye kusur izafe etmekten kaçınmamaktadır.

Nitekim 21.H.D. 14.09.1999 tarihli kararında "insan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanununun 73. maddesinin açık buyruğudur"¹⁴⁶ demiştir.

143 Yar.9.HD.14.05.1996, E.1996/35869, K.1996/10620 TUBA Bimed

144 Güzel/ Okur,A.,Rıza, a.g.e. s.165

145 Yar.HGK, 05.06.1996, E.1996/10-228, K.1996/454 TUBA Bimed

146 Yar.21.HD.14.09.1999, E.1999/4222, K.1999/5690 Selülöz: İş Dergisi,sayı 62, Kasım 1999, s.19

Yargıtay, bir diğer kararında ise; “İş güvenliğinin sağlanması için işveren, mevzuatta belirtilmese dahi şayet bu yolda bir tedbir alınması gerekiyorsa o tedbiri almak zorundadır; süregelen kötü alışkanlıklar ve iş gelenekleri, tedbir alma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz”¹⁴⁷ sözleriyle işçi sağlığı iş güvenliği önlemlerinin önemini vurgulamıştır.

Yargıtay, işçinin kusurunu değerlendirdiği 01.02.2000 tarihli kararında ise “Kanunun 73. maddesindeki esaslar ile İşçi Sağlığı İş Güvenliği Tüzüğü’nün 2. maddesindeki kurallara işyerinde çalışan işçilerinde uyması gerekir. Kendisine gözlük verilmesine rağmen kullanmayan, kendi şahsi güvenliğini sağlamayan sigortalının kusuru, işverenin kusurundan daha fazla olması”¹⁴⁸ gerekir sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay bir başka kararında ise “tecrübeli ocak işçisinin ikaz levhasına rağmen görevi olmayıp herhangi bir talimat da söz konusu değilken ocağa girerek havasızlıktan ölümünde baskın kusur sigortalıdadır”¹⁴⁹ demiştir.

Yargıtay’a göre; “işverenin talimatı olmadan kendi görevi kapsamında bulunmayan ve uzmanlık gerektiren bir işin yerine getirilmesine keyfi biçimde girişen işçinin, bu nedenle uğradığı kaza ve kazanma gücü kaybında işverene yükletilebilecek bir kusur söz konusu değildir”¹⁵⁰

Yargıtay bir diğer kararında ise “işyerinin kanal çalışması işine ilişkin olması, ortamın tozlu olmasının doğal bulunması ve işinde deneyimli olan sigortalının çalışma saatleri içinde böyle bir ortamda uyumaması için eğitime tabi tutulması işverenden beklenemeyeceğinden işverene herhangi bir kusur yüklenemez”¹⁵¹ sözleriyle işçiyi kusurlu bulmuştur. Yargıtay haklı olarak “uyarıya rağmen terk etmediği dekapaj sahasında taşlar arasına saklanarak uyuyan ve taş altında kalarak ölen işçinin kusurlu olduğu kesindir”¹⁵² demiştir.

c) İş kazası nedeniyle tazminat

Yargıtay HGK 23.03.1990 tarihinde vermiş olduğu kararda iş kazası nedeniyle zararlandırıcı sigorta olayına uğrayan sigortalının açmış olduğu taz-

147 Yar.10.HD.09.11.1998, E.1998/7518, K.1998/7851 Selülöz İş Dergisi,sayı 62, Kasım 1999, s.20,ayrıcı Yar.10.HD.16.12.1999, E.1999/8983, K.1999/9154 yayımlanmamış karar

148 Yar.10.HD.01.02.2000, E.2000/284, K.2000/381 yayımlanmamış Karar

149 Yar.10.HD., 17.06.1997, E.1997/3187, K.1997/4628 Tuba Bimed

150 Yar.10.HD., 10.06.1997 E., 1997/3546 K., 1997/4421 Tuba Bimed

151 Yar.10.HD.,10.06.1997, E.1997/2075, K.1997/4409 TUBA Bimed

152 Yar.10.HD.26.10.1993, E.1993/5672, K.1993/11533 TUBA Bimed

minat davalarında izlenmesi gereken yolu ve bu tür davaların esaslarını belirlemiştir. HGK'na göre; "506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 23 ve 24. maddelerinde, iş kazası sonucu ölen sigortalının eş ve çocukları ile ana ve babasına gelir bağlanabilmesi öngörülmüştür. Ölümün iş kazası sonucu meydana gelmiş olması, bu gelirin bağlanması için yeterlidir. Ayrıca ölen işçinin belirli bir süre sigortalı olması ve belirli gün sayısında prim ödemiş bulunması gibi koşullar aranmaz. Burada belirtilmesi gereken diğer bir hususta iş kazası ve meslek hastalığı sigorta priminin tamamının işveren tarafından ödenmesidir. Şu halde sigortalının primin ödenmesinde her hangi bir katkısı söz konusu değildir. Bu özellikleri göz önünde tutulduğunda, iş kazası sigortasından bağlanan "gelir" in; destekten yoksun kalanların maddi zararlarının sigorta primleri işverenden alınmak suretiyle, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca karşılanmak amacına yönelik bir ödeme niteliğinde olduğu sonucuna varılır. Bu nedenle söz konusu gelir, işverenin genel hükümlere göre sorumlu olduğu "tazminat" kavramı içinde yer alır. İş kazası nedeniyle işverene karşı açılan maddi zararların giderilmesi davalarının hukuki sebebi, işte bu sigorta gelirleriyle karşılanmayan kısmın ödetilmesi ilkesine dayanır. Bu itibarla iş kazası nedeniyle işçinin ölümü halinde hak sahiplerine iş kazası sigortasından gelir bağlanmışsa, mükerrer ödemeye ve mükerrer yararlanmaya yer verilmemesi için bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin maddi tazminattan mahsubu gerekir. Aksi halde, hak sahipleri aynı zararı hem Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan gelir olarak almış olurlar ki bu haksız kazanç sağlanmasına yol açar. İşte buna engel olmak için Sosyal Sigortalar Kurumu gelirlerinin mahsubuna engel değildir. Aynı şekilde, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun işverene rücu edememesi de mahsubu gerektirmeyen bir neden teşkil etmez. Aksi takdirde Borçlar Kanunu'nun genel ilkelerine ve özellikle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına ilişkin 23 ve 24. maddeleri hükümlerine ters düşülmüş olur.¹⁵³

d) İş kazası nedeniyle ana babaya gelir bağlanması

Gerek öğreti gerekse Yargıtay, ana babaya sigortalının iş kazası ya da meslek hastalığı nedeniyle ölümü halinde gelir bağlanabilmesi için; sigorta-

153 Yür.HGK., 21.313.1990 E. 1990/9-71 K. 1990/198 TUBA Bimed

lının eş ve çocuklarına ölüm tarihinde bağlanan gelirin, sigortalının belirlenen gelirinin %70'inden aşağı olması ve sigortalının sağlığında ana babasının geçimini sağlamak zorunda olması, bir başka ifadeyle ana babanın sigortalının desteği ile yaşamlarını sürdürüyor olmaları koşullarının birlikte gerçekleşmesinin gerekli olduğu konusunda birleşmişlerdir.¹⁵⁴

Yargıtay da istikrarlı bir şekilde kararlarında ana babaya gelir bağlanabilmesi için "geçimlerinin sigortalı tarafından sürekli ve düzenli olarak sağlanması"¹⁵⁵ gerektiğinin altını çizmişti.

e) Meslek hastalığının belirlenmesi

506 sayılı Yasanın 11/B maddesine göre; meslek hastalığı; "sigortalının çalıştırıldığı işin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir."

Yargıtay'a göre de "506 sayılı Kanunun 11/B maddesinde meslek hastalığı yönünden yapılan tanım ve unsurlara göre; meslek hastalığından söz edilebilmesi için öncelikle sigortalıda saptanmış hastalık, sakatlık veya ruhi arızaların ya sigortalının çalıştırıldığı işin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları sonucu meydana gelmesi gerekir. Bundan başka, sigortalıdaki hastalık ile sözü edilen nedenler arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmalıdır. Açıkçası hastalığın işyerindeki belirli zararlı etkenlerin sonucu doğmuş olması ön koşuldur. Giderek işbu uygun neden-sonuç bağlantısının var ya da yok oluşu, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ne ekli listelere göre saptanacaktır ki Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün 64. maddesine göre meslek hastalıklarını oluşturan zararlı ajanlar gruplandırılarak 5 listede toplanmıştır. Giderek her listenin sol kolonunda zararlı ajanın meydana getirdiği hastalıklar ve belirtiler, orta kolonda yükümlülük süresi, sağ kolonda ise meslek hastalığının görüldüğü başlıca iş ve meslekler yer almaktadır. Bu çevrede, listedeki hastalık ve belirtiler görülen sigortalı, şayet listenin sağ kolonunda belirtilen işlerde çalışmıyorsa, sigorta-

¹⁵⁴ Erman, a.g.e. s.153, Ali Güzel-Ali Rıza Okur, a.g.e. s.196, Mustafa Çenberci a.g.e. s.277-281

¹⁵⁵ Yar.21.HD.03.06.1999, E.1999/3760, K.1999/3899, 28.06.1999, E.1999/4962, K.4972 yayımlanmamış kararlar, ayrıca Yar.9.HD. 06.10.1992, E. 19992/3073, K. 1992/10909, Yar.10.HD. 08.04.1982 E. 1982/1862 K. 1982/2068, 13.05.1976, E.1976/ 8733, K. 1976/3756 TUBA Bimed

lının çalıştığı iş ile hastalık arasında uygun neden sonuç bağlantısı bulunmadığı için hastalığın meslek hastalığı sayılması mümkün olmayacaktır. Öte yandan, 506 sayılı Kanununun 11/B maddesi hükmüne göre; listede yer almayan bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağı konusunda çıkan uyuşmazlığın çözüm yeri ise Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kuruludur¹⁵⁶

Yargıtay, 13.10.1997 tarihinde vermiş olduğu kararında ise, meslek hastalığının belirlenmesi için 11. maddeye göre izlenmesi gereken prosedüre, "meslek hastalığının belirlenmesinde, ortaya çıkan hastalık ile işyerinde çalışma olgusu arasındaki uygun neden-sonuç bağı dikkate alınmalı ve işyerinde yapılan keşif ve hastalıkla ilgili tüm bilgi ve belgeler, Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulu'na gönderilmek, hastalığın mesleki olup olmadığı, mesleki ise oranını belirlemek, rapora itiraz edildiğinde, tıp fakülteleri Konseyleri'nin, giderek adli tıp meclisinin mütalaasına başvurmak gerekir"¹⁵⁷ sözleriyle açıklık getirmiştir.

f) Rücu Davaları

Rücu davaları 506 sayılı Yasanın uygulanmasında hizmet tespitlerinden sonra belki de üzerinde en çok konuşulup tartışılan konuların başında gelmektedir. Konu sadece Yargıtay özel dairelerinin değil, sık sık Yargıtay HGK'nun, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun ve Anayasa Mahkemesi'nin de gündemine gelerek tartışma konusu olmuştur.

aa) Anayasa mahkemesi kararları

506 sayılı Yasanın 10. maddesine göre; süresi içerisinde Kuruma bildirilmeyen sigortalıların, Kuruma sonradan bildirilmesinden veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edilmesinden önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı ve analık hallerinde Kurumca ilgililere sağlanan ve ileride sağlanması gerekli olan sigorta yardımları nedeniyle, Kurumun yapmış olduğu her türlü masraflar tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin 22'nci maddede sözü edilen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri tutarı, 26'ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ayrıca ödenir.

156- Yür.10.HD.20.01.1998 E. 1997/9721 K. 1998/124 TUBA Bimed

157- Yür.21.HD. 13.10.1997, E. 1997/6648 K., 1997/6334, TUBA Bimed, Ayrıca 10.06.1999,E.1999/3763,K.1999/4119 yayımlanmamış karar.

10'uncu maddenin son fıkrasında yer alan, "26'ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın" ibaresinin, Anayasanın 10.,38. ve 60. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istemiyle Balıkesir İş Mahkemesi'nin gönderdiği kararı inceleyen Anayasa Mahkemesi, istemin reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "SSK'nın 10'ncu maddesindeki işveren, işyerinde çalıştırdığı işçiyi yasal süresi içerisinde Kuruma bildirmeyen işverendir. Buna karşılık, 26'ncı maddedeki işveren ise bu yükümlülüğü yerine getiren işverendir. Ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulmasında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin, geçmiş döneme ilişkin primi ödemek zorunda kalması, SSK'nun tazminat istemini engellemez. Çünkü, hiç kimse bir sigorta olayının meydana gelmesinden sonra geçmişe dönük olarak prim ödeyerek kendisini sorumluluk dışında tutamaz."¹⁵⁸

18.03.1976 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda ise, yine Yerel Mahkeme kanalıyla 506 sayılı Yasanın 26'ncı maddesinin birinci fıkrasındaki "ve ileride yapılması gereken" ibaresinin Anayasanın 8., 10., 11. ve 12. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise; "26. maddenin birinci fıkrasındaki "ve ileride yapılması gereken" deyiminden, neden sonuç ilişkisi süregelen ve işverenle kesin hesaplaşması yapılmamış olan haller anlaşılmalı gerekir. Sözü edilen bu kuralın, neden-sonuç bağı kesin olarak kalkmış ve tasfiyesi yapılmış durumları amaçlamadığı ise açıkça ortadadır" gerekçesiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir.¹⁵⁹

26'ncı madde bir kez de 02.05.1991 tarihinde Balıkesir İş Mahkemesi kanalıyla Anayasa Mahkemesine gelmiştir. İptal isteminin gerekçesini ise özellikle işveren çevrelerce çok sık gündeme getirilen; iş kazası ve meslek hastalığı primlerinin tamamının işverence ödendiği, sigorta primlerini yatıran işverenin bu konudaki sorumluluğunu prim karşılığı Kuruma devretmiş olduğu ve işverenin ancak kasıtlı davranışlarından kaynaklanan zararlandırıcı sigorta olayından sorumlu tutulması savı oluşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi istemi reddederken özetle; 26. madde de işverenin sorumluluğunu yeterli güvenlik önlemlerini almaması veya suç sayılır bir hareketiyle sınırlandırılmış olması, kişilerin sağlıklarını koruma görevi olan devletin bu görevini yerine getirirken ceza ya da tazminat kurumlarına da-

¹⁵⁸ An.Mah.20.05.1992, E.1991/61, K.1992/34 Fişek/Özsuca Ş.,Türcan/Şule.M. Ali a.g.e s.264

¹⁵⁹ An.Mah.18.03.1976, E.1975/198, K.1976/18 Fişek/Özsuca Ş.,Türcan/Şule.M. Ali a.g.e s.251

yanmasının doğal olduğu, buna rağmen kimi işverenlerin ceza yaptırımları karşısında yeterince duyarlı davranmadığı, incelenen kuralın işçilerin sağlığını etkili ve sonuç alıcı biçimde korunmasını amaçladığı, kurumla işçi arasında yasal ardıllık(kanuni halefiyet) ilişkisinin var olduğu gerekçelerine dayanmıştır.¹⁶⁰

bb) 506 sayılı yasanın 10.maddesine dayanan rücu davalarında tavan sorunu

Yargıtay'ın 1994 yılına kadar vermiş olduğu kararlarında, 506 sayılı Yasanın 10. maddesine dayanan rücu davalarında 26. maddeden farklı olarak tavan sınırına tabi tutmaması yerleşmiş bir Yargıtay uygulaması olarak görülmekteydi. Ancak Yargıtay HGK, 25.03.1994 tarihinde vermiş olduğu kararla 10. maddeye dayanılarak açılan davalarda da tavan uygulamasını getirerek kurumun işçi ve hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat miktarını aşamayacağı esasını getirmiştir.¹⁶¹ Anılan karar 1995 yılı Milli Komite Toplantısında tartışılmış olmasına karşın karardaki karşı oy yazısındaki gerekçelerin çok fazla üzerinde durulmamıştır.

Yargıtay HGK'na göre; 10. maddede yazılı "sorumluluk halleri" sözcükleri, sorumluluğa neden olan maddi olguları hedeflemekte olup, "sorumluluğun kapsam ve tutarını" içermemektedir. Öte yandan, işverenin kusurlu ve suç sayılır eyleminden dolayı sorumluluğunu düzenleyen 26. maddede 3395 sayılı Yasayla yapılan değişiklikte, işverenin ödemesi gerektiği rücu tazminatının miktarına sınır getirilmiştir. Başka bir anlatımla, kusurlu veya suç sayılır eylemi ile sigortalıya veya hak sahiplerine sosyal sigorta harcamalarının yapılmasına neden olan işverenin ödeyeceği rücu tazminatı miktarı sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat miktarı ile sınırlandırılmıştır. Hal böyle olunca ve özellikle kusursuz sorumluluğu öngören 10. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında da 26. maddenin öngördüğü tavanın kıyas yoluyla uygulanmasının hak ve nesafet kurallarına uygun olacağı, esasen davanın yasal dayanağını oluşturan 10. maddenin uygulamaya cevaz verdiği, engelleyici hüküm içermediği açıktır..

160 An.Mah.02.05.1991, E.1990/28, K.1991/111, Fişek/Özşucu Ş.,Türcan/Şule.M. Ali u.g.e s.262

161 Yar.HGK 15.03.,1995.E.1994/10-800,K.1995/166, TUBA Bimed

Oysa 506 sayılı Yasanın 10'uncu maddesinin 26'ncı maddeden farklı olarak kaçak işçi çalıştırmaya karşı bir medeni ceza niteliğinde yaptırım öngördüğü yasanın gerekçesinde de ifade edilmiştir ¹⁶² Nitekim, yukarıda belirmiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi kararında da 10'uncu maddenin Anayasaya aykırı olup olmadığı tartışılırken maddenin medeni bir ceza niteliğinde olduğu vurgulanma gereği duyulmuştur. ¹⁶³ Bu nedenlerle ve aşağıda geniş özetine yer verdiğimiz karşı oy yazısında isabetli bir şekilde vurgulanan gerekçelerle HGK kararını isabetli bulmadığımızı belirtmeliyiz.

Karşı oy yazısına göre; "İş kazası, meslek hastalığı halinde, Kurum'un harcamaları m. 26 ve hastalık halinde ise m. 39, 41 uyarınca, işverene ve üçüncü kişilere, rücu'an ödettirilebilmektedir. Madde 10/3'de ise, Kurum'un karşıladığı risk, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık riski olmasına karşın, o maddelerden ayrı, halefiyete dayanmayan, sırf işverene ve onun bildirge vermeme eylemine yönelik, bağımsız bir rücu davası öngörülmüştür. Halefiyete dayanmamaktadır. Çünkü, işveren sigorta olayının meydana gelmesinde, kusursuzluğu nedeniyle, sigortalısına karşı sorumlu olmasa bile, bildirge vermemesi yüzünden, Kurum'a karşı sorumlu olabilmektedir. İşveren, sigorta olayının meydana gelmesinde, ister kusurlu, ister kusursuz olsun, bildirge vermemesi nedeniyle; Kurum'a karşı sorumlu olacaktır. Yani burada, işverenin bildirge vermeme kaçak işçi çalıştırma eylemi, bir çeşit medeni ceza ile, kusursuz rücu tazminatı sorumluluğu ile cezalandırılmaktadır. İşverenin bu eylemi, ayrıca 506 sayılı K. m: 140/b uyarınca, idari para cezası ile dahi müeyyidelenmiştir. İşveren, m: 10/3'e dayanan sorumluluğunun haleflik ilkesi ile ilgisi olmadığı 10. H. Dairesi'nin 7.02.1984 tarih ve 14444/1527 s.; 08.03.1987 T. ve 921/1096 s.; 14.09.1987 T. ve 4220/4215 s.; 24.03.1992 T. ve 2264/3672 s.; 27.03.1990 T. ve 8961/2902 s.; 30.05.1989 T. ve 2781/4811 s.; 06.03.1989 T. ve 187/2054 sayılı kararlarında ve öteki birçok kararında vurgulanmıştır.

26. maddede tavan sınırı uygulanması, haleflik ilkesinin gereği ve sonucudur. Madde 10'a dayanan davalar ise, haleflik ilkesine dayanmayıp, kaçak işçi çalıştırmanın medeni cezasını oluşturmakla, böyle bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. O kadar ki, 3395 sayılı K. ile 26/1. madde değiştirilerek tavan sınırı konurken, 10/3 maddeye hiç dokunulmamıştır. Yasa koyucunun bu

162 Çenberci a.g.e.s.173

163 An.Mah.20.05.1992, E.1991/61, K.1992/34, Fişek/Özsuca Ş.,Türcan/Şule.M. Ali a.g.e s.264

davranışı tamamen bilinçlidir

Bundan başka, çoğunluk kararı, m. 10/3'deki rücu davalarının kusursuz sorumluluğu öngördüğünü açıkça kabul etmektedir. Bu doğrudur. Fakat kusursuz sorumluluğa dayanan bu davalarda, kusurlu sorumluluk esasına dayanan ve kusur oranı da gözetilerek belirlenen m. 26'daki tavanın, kıyas yoluyla uygulanmasını önermektedir ki, bu açık bir çelişkidir. Tavan, kusur durumu nazara alınmaksızın belirlenecek ise, o zaman da ortaya çıkacak tavan-hesap, kıyasen uygulanması kabul edilen 26. maddedeki tavan olmayacaktır ki, bu da ayrı bir çelişkidir. Öte yandan çoğunluğun kararında "kusurlu veya kusursuz durumları göz önünde tutarak rücu alacağına hükmedilmesi önerilmektedir ki, bu da ayrı bir çelişkidir. Zira, burada bir çeşit rücu tazminatı hesabında, kusur durumunun dikkate alınması tavsiye ediliyor. Bu görüş, hem yukarıdaki çoğunluk tavsiyeleriyle, hem de maddenin yapısındaki kusursuz sorumluluk ilkesiyle çelişmektedir. Diğer bir deyimle, tam bir kavram kargaşası söz konusudur.

Çoğunluk kararında, "10. maddenin tavan sınırlaması uygulanmasına cevaz verdiği ve engelleyici bir hüküm içermediğinin" ileri sürülmesi ayrı bir yanlıdır. Bir kusursuz sorumluluk halinin, tavanla sınırlanabilmesi için yasal cevaz hükmünün bulunması gerekir. İlke olarak, kabul edilen bir sorumluluk halinin sınırlandırılması, açık Kanun hükümleriyle öngörülmelidir. Böyle bir sınır, diğer bir deyimle, yasal cevaz hükmü olmadıkça, engel hüküm yok diye, mahiyeti başka bir sorumluluk düzenine özgü sınırlamalar, kusursuz sorumlulukta kıyasen uygulanamaz.

Madde 10'a dayanan rücu davalarında, koşullar oluşmakla beraber, sigorta olayının meydana gelmesinde, işverenin hiç kusuru yoksa veya belli bir oranda ise, buna karşın sigortalı, üçüncü kişiler kusurlu iseler veya kaçınılmaz etkenlerin olayda payı varsa, bunlar, tazminatın şümulünün tayininde hiç etkili olmayacak mıdır? Dairemizin, giderek Yargıtay'ın uygulamasında, bu haller, genel hüküm niteliğinde olup, bu davalarda da uygulanması gereken, Borçlar Kanunu m. 43 ve 44 çevresinde, tazminatta bir indirim nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. İşveren, bildirge vermemek, kaçak işçi çalıştırmakla, işbu medeni cezayı hak etmekle beraber, enflasyonun oluşması ve sürmesinde bir kusuru olmadığından, artışlara ilişkin rücu davalarında, tazminatın Borçlar Kanunu m: 43, 44

çevresinde, ayrı bir indirim tabi tutulması gerekir. Nasıl ki sigorta olayının meydana gelmesinde, işverenin kusuru olmadığı, buna karşın, sigortalı ve üçüncü kişinin kusurlu bulunduğu veya olay kaçınılmaz olduğu zaman, Borçlar Kanunu m. 43 ve 44'e göre, %50'den az olmamak üzere, tazminat bir hakkaniyet indirimi yapıyorsa, işverenin kusuru olmayan, buna karşın devletin kusurundan oluşan enflasyon olgusu nedeniyle yapılan gelir artışlarının rücu'an tahsiline ilişkin davalarda da, yeniden bir hakkaniyet indiriminin, aynı maddeler uyarınca, ayrıca uygulanması, adalet ve nesafete uygun olur. Diyelim ki, önceki davada, sigortalının karşılıklı kusuru ve işverenin kusursuzluğu nedeniyle işveren, gelirlerin %40'ı oranında rücu tazminatıyla sorumlu tutulursa, artış davasında yukarıda açıklanan nedenle, %20 oranında bir hakkaniyet indirimi de göz önünde tutularak gelir artışlarının %80'i indirilip, %20'si ile sorumlu tutulabilir. Sonradan açılacak davalarda bu indirim adalet ve nesafetin gerektirdiği bir miktar olarak belirlenebilir ve icabında tazminattan sarfınazar da edilebilir. Diğer bir deyimle, artışlardaki enflasyon payının, önceki davada uygulanan hakkaniyet indirimi oranını artırıcı bir etken olarak kabulü icabeder.¹⁶⁴

cc) 506 sayılı yasanın 10. maddesine dayanan rücu davalarında zamanaşımı

Yargıtay 10.H.D., 21.10.1997 tarihli kararında 506 sayılı Yasanın 9 ve 10'uncu maddelerine dayalı olarak açılan davalara uygulanacak zamanaşımı sorununu tartışmıştır. "506 sayılı Kanunda, bu davaların hangi tür zamanaşımına tabi olduğu, süresi ve başlangıç tarihi konularında özel bir hüküm"¹⁶⁵ bulunmadığını, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları nedeniyle haleflik ilkesinin bu tür davalarda uygulanamayacağı genel hükümlere göre zamanaşımının belirlenmesinin gerektiğini belirten Yargıtay, m. 9-10'a dayanan davalarda Kurum'un borçlarının kanundan doğması, işçi ile Kurum arasında bir hizmet ilişkisinin bulunmaması, sorumluluğun kaynağında bildirge vermeme olgusunun bulunduğu, işveren kusursuz olsa dahi, bu nedenle sorumlu olduğu gerekçelerinden hareket ederek, işverenin bildirge vermemesi eyleminin haksız fiil oluşturduğu ve haksız fiillere uygulanan zamanaşımının uygulan-

164 Ozanoğlu T, Yür.HGK 15.03..1995,E.1994/10-800,K.1995/166 Karşı oy yazısı, TUBA Bimed

165 Yar.10.HD, 21.01.1997, E.1997/240, K.1997/173 TUBA Bimed

ması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay HGK ise 18.03.1998 tarihinde vermiş olduğu kararında tam aksi bir sonuca ulaşarak, 506 sayılı Yasanın "9 ve 10. maddelerine dayalı rücu davaları on yıllık akdi zamanaşımına tabiidir ve zamanaşımı süresinin başlangıcı her bir gelir artışının kurumun yetkili organlarınca onaylandığı tarihtir"¹⁶⁶ demiştir.

HGK'nun ulaştığı bu sonuç öğretide kabul görmeyerek eleştirilmiş, "işverenin Kuruma yönelik olan fiilinde haksız fiil zamanaşımını esas almak, zamanaşımının başlangıcını ise bir aylık b ildirge verme(son değişiklikle işe başlatmadan önce) süresinin bitiş tarihi olarak benimsemek"¹⁶⁷ gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.

2. Yaşlılık Sigortası

25.08.1999 tarihi ve 4447 sayılı Yasayla yaşlılık aylığı bağlanmanın koşulları değiştirilerek, belirli ve kademeli bir geçiş döneminden sonra yaşlılık aylığı alabilmek için, kadınlarda 58, erkeklerde 60 yaş ve 7000 gün prim ödeme koşulu getirilmiştir. Yaşlılık aylığının hesaplanma yöntemini de değiştiren 4447 sayılı Yasaya göre, yaşlılık aylığı geçiş döneminde 01.01.2000 tarihinden önceki prim ödeme gün sayıları ile 01.01.2000 tarihinden sonraki prim ödeme gün sayıları ayrı ayrı hesaplanacak ve bu şekilde yapılan hesaplamayla bulunan aylıkların toplamından oluşan karma bir sistemle aylık bulunacaktır..

Buna göre;

1-) 01.01.2000 tarihine kadar olan prim ödeme sürelerine ait aylığı, emeklilik için başvurduğu tarihe kadar geçen sigortalılık süresindeki toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden 01.01.2000 tarihi itibari ile önceki hükümlere göre aylığı bulunacak.

2-) Bulunan aylığın 01.01.2000 tarihine kadar prim ödeme gün sayısı ile orantılı bölümü 01.01.2000 tarihinden aylık başlangıç tarihine kadar geçen takvim yılları için her yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tara-

166 Yar.HGK. 18.03.1998 E./1998/10-229, K./1998/234 TUBA Bimed

167 Sözer.A.,Nazım, a.g.m., s.6 Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz.a.g.m

findan açıklanan en son Temel Yıllık Kentsel Yerler Tüketici Fiyatları İndeksi artış oranı ve Gayri Safi Yurtiçi Hasıladaki (GSYH) kadar emeklilik için başvuru yılının Ocak ayına kadar ayrı ayrı arttırılarak hesaplanacaktır.

3-) 01.01.2000 tarihinden sonraki prim ödeme gün sayılarına ilişkin aylık ise sigortalının emeklilik için başvurduğu tarihe kadar toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden 01.01.2000 tarihinden sonra başlayanların aylıklarının hesaplandığı şekilde hesaplanarak bulunacak aylığın 01.01.2000 tarihindeki prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadar olacaktır.

4-) Bu şekilde belirlenen (2. ve 3.md.'lere göre) belirlenen aylıkların toplamı sigortalının emeklilik için başvurduğu yıldaki Ocak ayı itibari ile hesaplanan aylığı olacaktır.

5-) Bu aylık, emeklilik için başvuru yılının Ocak ayından, aylık başlangıç tarihine kadar geçen her ay için Şubat ödeme döneminden başlanacak Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son Temel Yıllık Kentsel Yerler Tüketici Fiyatları İndeksi artış oranları kadar arttırılacaktır.

6-) Ancak, belirlenen aylık tutarı sigortalının emeklilik için başvurduğu tarihteki toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden 01.01.2000 tarihi itibari ile önceki hükümlere göre hesaplanan aylığın 01.01.2000 tarihi itibari ile aylık başlangıç tarihi arasında geçen takvim yılları için her yılın Aralık ayına göre D.İ.E. tarafından açıklanan en son TÜFE Temel Yıllık Kentsel Yerler Tüketici Fiyatları İndeksi artış oranlarına ve başvuru yılının Ocak ayı ile aylığın başlangıç tarihi arasında geçen her ay için Şubat döneminden başlayarak Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son Temel Yıllık Kentsel Yerler Tüketici Fiyatları İndeksindeki aylık artış oranlarına göre arttırılarak bulunacak miktardan az olmayacaktır.

Bu karmaşık hesap yöntemi henüz daha yargıya uyumsuzluk olarak yansımamıştır ama, gelecekte çok önemli uyumsuzluklara aday görünmektedir.

b) Yaşlılık Aylığı Alan Sigortalının Yeniden Çalışmaya Başlaması

Yaşlılık aylığına ilişkin son yıllarda Yargıtay'a yansıyan uyumsuzluklar içerisinde yaşlılık aylığı alan sigortalının yeniden çalışması durumunda yaşlılık aylığının kesilip kesilmeyeceği sorunu önemli bir yer tutmaktadır.

29.04.1986 tarihli ve 3279 sayılı Yasayla 506 sayılı Yasanın 63. maddesinin B bendinde yapılan değişiklikle, yaşlılık aylığı almaktayken yeniden ça-

lışmaya başlayan sigortalıya, seçimlik haklar tanınmıştır. Yeniden çalışmaya başlayan sigortalı dilerse 63. maddenin A bendine göre yaşlılık aylığını kesirip 506 sayılı yasanın 78. maddesinde belirtilen kazançlar toplamından 73. maddeye göre prim kesilip çalışmasını sonlandırdığında son durumuna göre yaşlılık aylığı bağlanmasını talep edecektir. Yeniden çalışmaya başlayan sigortalıya 63/B maddesiyle sunulan ikinci seçeneğe göre ise yeniden çalışmaya başlayan sigortalının yaşlılık aylığı kesilmeyecek ancak kendisinden sosyal güvenlik destek primi kesilecektir.

Yargıtay 20.09.1994 tarihli bir kararında, yaşlılık aylığının kesilmesi için sigortalının 506 sayılı Yasaya tabi bir işte çalışmaya başlamasının gerekli olduğunu, Emekli Sandığına tabi bir işte çalışmaya başlayan sigortalının, bu çalışmasının 63/A maddesi kapsamında değerlendiremeyeceğine isabetli olarak karar vermiştir.¹⁶⁸

Yargıtay 21.H.D., 28.06.1999 tarihli kararında farklı bir olayda benzer bir sonuca ulaşarak, yaşlılık aylığı almaya başladıktan sonra yurt dışında çalışmaya başlayan sigortalının, 63/B maddesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceğine ve yaşlılık aylığının kesilemeyeceği sonucuna haklı olarak, anılan maddede sosyal güvenlik destek primini kesme yükümlülüğü altında olan işverenin Türk işvereni olduğunun açık olduğu,” Türkiye ile Federal Almanya arasında imzalanan sosyal güvenlik anlaşmasında da, yaşlılık aylığının kesileceğine ilişkin bir düzenlemenin de mevcut”¹⁶⁹ olmadığını belirtmiştir.

Yargıtay HGK ise, 17.12.1999 tarihinde “Yaşlılık aylığı almakta olan sigortalının tüm sigorta kollarından prim ödemek koşuluyla yeniden çalışması durumunda, 506 sayılı Yasa’nın 63’üncü maddesiyle getirilen tercih hakkına ilişkin iradesini ortaya koymadan aylığı kesilemez”¹⁷⁰ demiştir. Karara konu olan olayda yaşlılık aylığı alan sigortalı yeniden çalışmaya başlamış, bu çalışmaları karşılığında da sosyal güvenlik destek primi değil, 73. maddeye göre prim yatırmış, yaşlılık aylığını da almaya devam etmiştir. Kurum, sigortalının yeniden çalışmaya başladığı, destek primi yatırmayıp tüm sigorta kollarından prim ödemesi nedeniyle, yaşlılık aylığını kesip çalışılan dönemde ödemiş olduğu aylıkları geri istemiştir. Kurum işleminin iptali için açılan davayı kabul eden yerel mahkeme kararını Yargıtay 10.H.D. yaşlılık aylığının ke-

168 Yar.10.HD.20.09.1994, E.1994/10379, K.1994/16510 TUBA Bimed

169 Yar.21.HD.26.06.1999, E.1999/969, K.1999/4943 yayımlanmamış karar

170 Yar.HGK, 17.02.1999, E.1999/10-60, K.1999/105 TUBA Bimed

silmemesi için yeniden çalışmaya başlayan sigortalıların kuruma yazılı başvuruda bulunarak yaşlılık aylıklarının kesilmemesini ve sosyal güvenlik destek primi ödemek istediklerini bildirme zorunlulukları bulunduğunu, ödenen primlerin sonradan sosyal güvenlik destek primi olarak nitelendirilmelerinin sonucu değiştirmeyeceğini belirterek, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Direnme üzerine konuyu tartışan Yargıtay HGK ise, Kuruma verilen bildirgede sigorta sicil numarası yerine emekli tahsis numarasının yazılı olması nedeniyle, Kurumun yeniden işe giriş bildirgesi başlıklı bildirgeyi 63 .madde anlamında irade bildirimi olarak kabul edip, kesilen primlerden %24 oranında sosyal güvenlik destek primini bloke etmesi, fazlasını iade etmesi gerektiğini, Kurumun sigortalıya Anayasal sosyal güvenlik haklarını hatırlatarak uyarmasının görevi olduğunu belirterek "aksine bir uygulama hem Anayasal Sosyal Güvenlik ilkesinin özüne hem de anılan 63'üncü maddenin getiriliş amacına ters düşer" demiştir. Kanımca HGK'nun bu yaklaşımı sosyal güvenlik ilkeleriyle uyumlu olduğu gibi hakkaniyete de uygundur.

3. Hastalık Sigortası

Hastalık sigortasının kapsamı ve sigortalının yararlanma koşulları 506 sayılı Yasanın 32-35. maddelerinde düzenlenmiştir. Hastalık sigortası, sigortalının iş kazası ve meslek hastalıkları dışında kalan bir hastalık nedeniyle çalışamaması nedeniyle uğramış olduğu gelir kayıplarını gidermeyi hedefleyen kısa süreli bir sigorta koludur.

Hastalık sigortasından yararlanma koşulları:

Hastalık sigortasından yararlanabilmek için sigortalı olmak kural olarak gerekli ve yeterli koşul iken 506 sayılı Yasa'da yapılan değişiklikle önce bir yıl içerisinde 120 gün prim ödeme zorunluluğu getirilmiş, daha sonrada 25.08.1999 tarihinde 4447 sayılı Yasayla getirilen Ek fıkra ile "Sigortalıların, hastalık sigortasının sağlamış olduğu yardımlardan yararlanabilmeleri için, 60 günü hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki altı ay içinde olmak üzere toplam olarak 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş olmaları şarttır." hükmü getirilmiştir.

Sosyal Sigortalar Kurumunun istismar edilerek Kurumla hiçbir ilişkisi olmamasına karşın, hastalanınca kurumun olanaklarından yararlanmak için,

kendisini bir işyerinde sigortalı göstererek yararlanmaya çalışanların kurumun zarara uğratılmasını önlemek için getirildiği iddia edilen bu düzenleme kurumu kurtarmak için sosyal güvenlik hakkının alanını daraltmayı tek yol olarak gören anlayışının kendisini yasal olarak gösterdiği bir örnektir.

32. maddenin B bendine göre sigortalının protez, araç ve gereçlerinin standartlara uygun olarak sağlanması, takılması ve yenilenmesi, yardım kapsamı içerisindedir. Ağız protezlerine ilişkin yardımlar, Kurumca hazırlanacak yönetmelik esasları dahilinde sağlanacaktır. Ancak maddeye 25.08.1999 tarih 4447 s. Y. m.3 ile eklenen fıkrayla bu konuda da sınırlama getirilmiştir. Buna göre; "Protez, araç ve gereç bedellerinin %20'sini sigortalı öder. Ancak, ilgiliden alınacak katkı miktarı, ödeme tarihindeki 25.08.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 33'üncü maddesine göre sanayi kesiminde çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin bir buçuk katından fazla olamaz.

Yargıtay HGK 1997 yılında vermiş olduğu kararında "sigortalının tedavisi acil durumlarda ve/veya SSK hastanelerinin sevkî ile, özel sağlık kurumlarında yapılır ise, bu kurumlara ödenen tedavi giderleri kuruma rücu edilebilir"¹⁷¹ sözleriyle kurumun hastalık yardımından sorumluluğunun kendi olanaklarıyla sınırlı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

a) Yurt dışında tedavi

Maddenin C bendine göre de geçici iş göremezlik süresince günlük ödenek verilmesi, D bendinde ise gerekli hallerde muayene ve tedavi için yurt içinde başka bir yere gönderilmesi" düzenlenmiştir.

Sigortalının Yurt dışına tedavi için gönderilmesinin koşulları maddenin E bendinde sıralanmıştır. Bendinde yer alan 300 günlük prim ödeme koşulu 120 gün iken 01.06.1994-3995 s. Y. m.3 ile 300'e çıkartılmıştır Buna göre; "Hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 300 gün hastalık sigortası primi ödenmiş olması şartıyla, yurt içinde tedavisi mümkün olmayıp ancak yabancı bir ülkede kısmen veya tamamen tedavisi mümkün görülen ve malullük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği Kurum

171 Yar.HGK.T. 11.06.1997 E. 1997/21 K. 1997/528 TUBA Bimed

sağlık tesisleri sağlık kurulu raporu ile tespit edilen sigortalının ve bu raporda belirtilmiş işe beraber gideceği kimsenin yurt dışına gönderilmeleri, yabancı ülkelere gidip gelme yol paraları ile bu ülkede kalış ve tedavi masraflarının ödenmesi, (Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulunca verilen rapora karşı, Kurum veya ilgili sigortalıca yapılacak itiraz, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar kesindir.

Yargıtay HGK,1976 tarihinde vermiş olduğu kararında haklı olarak “sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı olmayan hastalıklarda da yurt dışında tedavi” olma olanağının bulunduğuna karar vermiştir. Bir başka ifadeyle; sigortalının yakalandığı hastalığın tedavisinin yurt içinde olanaksız olduğunun doktor ve sağlık kurulu raporları ile kanıtlanmış olması durumunda yurt dışında tedavi olabilmek için hastalığın mutlaka iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanmasına gerek yoktur.¹⁷²

Yargıtay 1981 yılında vermiş olduğu bir kararında da sigortalının eşiyile birlikte yurt dışında özel nedenlerle bulunduğu dönemde ortaya çıkan hastalık hallerinde de hastalık yardımından yararlanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay’a göre “yurtdışında özel nedenle bulunulsa bile sigortalı ya da eşine ait zorunlu tedavi giderleri kurumca ödenmelidir.”¹⁷³ Yargıtay, yurtdışında gezi nedeniyle bulunmuş olmanın hastalık sigortasından yararlanma açısından önemli olmadığı sonucuna; “506 s. Yasa’nın hastalık sigortasına ilişkin 32, 33, 35 ve diğer maddelerinde sigortalının ya da eşinin yurtdışında özel olarak buldukları sırada acil ve zorunlu bir durum nedeniyle kendilerine sağlık yardımı yapılmasını önleyici nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Kaldı ki, sigortalının yurt dışında bulunduğu sırada Kurum’a karşı yasal yükümlülükleri devam ettiğinden karşılığında yasadan doğan hastalık yardımlarından yararlanması da son derece doğaldır” gerekçesiyle ulaşmıştır.

Yargıtay 10.H.D. 19.09.1980 tarihinde vermiş olduğu kararında “tedavinin yurt dışında yapılması durumunda Sosyal Sigortalar Kurumu’nun yardım yapma yükümlülüğünün kapsamı en az gider esasına göre belirleneceği” sonucuna ulaşmıştır. Karara konu olan olayda sigortalının bakmakla yükümlü

172 Yar.HGK, E. 1976/10-2829 .K. 1977/721

173 Yar. 10. H D T. 28.12.1981 E. 1981/6163 K. 1981/6780 TUBA Bimed

olduğu çocuğunun yurt dışında tedavi edilmesi gerektiği konusunda bir uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, çocuğunun tedavisi için birlikte yurt dışına gitmek zorunda kalan sigortalının tedavi süresince ABD’de kaldığı evin kira, telefon ücreti ve uçak paralarının kurumca karşılanıp karşılanmayacağı noktalarında toplanmaktadır. Özel daireye göre; “sigortalıya, eşine ve geçindirmekle yükümlü olduğu çocuklarına hastalıkları halinde yapılacak sağlık yardımlarının amacı, kapsamı ve süresi 506 sayılı SSK.’nun 33 ve 34. maddeleriyle belirlenmiştir. Gerçi, yurt içinde tedavinin mümkün bulunmadığı hallerle, bu tedavinin yurt dışındaki bir yerde yapılması, Anayasal bir sosyal güvenlik kamu kuruluşu olan Kurum’un en doğal görevidir. Ne var ki, bu yurt dışı ülkenin olabildiği kadar “en az gider” düşüncesi çevresinde ülkemize en yakın ülke ya da ülkelerden biri olması gereği de ortadadır. Diğer bir anlamıyla, Kurum’un böyle durumlarda yardım yapma yükümünün kapsamı “en az gider” esasına göre belirlenir. Yoksa Kurum, daha yakın bir yurt dışı ülkede elde edilebilecek aynı sonuç için çok uzak ve daha giderli yurt dışı ülke seçilmesinden doğan fazla ödemelere katlanma zorunda değildir. Her halde, yapılan giderlerle sigortalının iyileştirilmesi işlemleri arasında nedensellik bağı bulunmalı ve giderler, yaşamın olağan gidişine uygun düşmelidir.”¹⁷⁴

Yargıtay 10.H.D.’nin yurt dışı tedavilerinde yapılacak yardımların hangi koşullarda karşılanması gerektiğine ilişkin ilkesel kuralları belirleyen kararda, ayrıca Türkiye’ye yakın bir ülkede tedavi ettirme olanağı varken ABD seçilmesinin makul bir nedeninin bulunup bulunmadığının da araştırılması istenmiştir. Gerçektende eğer kurum kendi inisiyatifi ile ABD’ni seçmişse bizce de bu seçimin sonuçlarına katlanmalı, kendi seçimi nedeniyle daha sonra ABD’nin dışında daha yakın bir ülkede tedavi olanağının bulunduğu savunması dikkate alınmamalıdır.

Yargıtay HGK’nun 1993 yılında vermiş olduğu bir kararda ise yurt dışı tedavisi için gerekli koşulları yerine getirmeden yurt dışına çıkan sigortalının yapmış olduğu masraflardan ancak tedavinin yurt içinde yapılması halinde ödenecek olan bölümünden kurum sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. “yurtdışında tedavi için aranan koşulları yerine getirmeyen işçi, ancak yurtiçi tedavi giderleri kadar masraf talep edebilir”¹⁷⁵ diyen Yargıtay HGK gerek-

174 Yur. 10, H.D.T. 19.09.1980, E. 1980/4823 K. 1980/5124 TUBA Bimed

175 Yur.HGK, T. 10.11.1993 E. 1993/10-420 K. 1993/707 TUBA Bimed

li koşulların neler olduğunu da “Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 32/E maddesi uyarınca, yurtdışı tedavi giderlerinin istenebilmesi, şu koşulların birlikte gerçekleşmesine bağlıdır: 1- Hastalığın anlaşıldığı tarihten itibaren 120 gün hastalık primi ödemiş olması, 2- Hastalığın yurtiçinde tedavisinin mümkün görülmemesi, 3- Tedavisinin yurtdışında tamamen veya kısmen; malullük hali söz konusu ise, malullük halinin tamamen veya kısmen önlenebilmesinin imkan dahilinde bulunması, 4- Kurum sağlık tesislerinin yurtiçinde tedavisinin yapılamayacağı, yabancı bir ülkede yapılabileceği yolunda rapor vermesi, rapora itiraz edildiği takdirde itirazın Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu’nca kesin olarak karara bağlanması” olarak sıralamıştır.

b) Sağlık yardımlarının kapsamı

Hastalık halinde sigortalıya yapılacak sağlık yardımlarının kapsamı 33. maddede düzenlenmiştir. Sağlık yardımları sigortalının doktora muayene ettirilmesi, doktorun gerekli görmesi durumunda “teşhis için gereken klinik ve l aboratuar muayenelerinin yaptırılması ve tedavisinin sağlanması, teşhis ve tedavi için gerekirse sağlık müessesesine yatırılması, tedavisi s uresince gerekli ilaç ve iyileştirme vasıtalarının sağlanması” durumları olarak belirlenmiştir. Ancak, ayakta yapılan tedavilerde verilen ilaç bedellerinin %20’si sigortalı tarafından ödenir.

Hemen belirtmeliyiz ki, ayakta yapılan tedavilerde kullanılması gereken ilaçlar hayati öneme sahipse Ek 25. madde gereği %20 katılım payı alınmaz. Nitekim Yargıtay 10.H.D.’si de 21.11.1994 tarihli kararında “ayakta tedavilerde verilecek ilaçlardan hayati önemi olanların bedellerinden iştirak payı alınmaz” demiştir. Özel daireye göre; ilacın hayati öneme sahip olup olmadığı konusunda “506 sayılı Yasa’nın 109. maddesine göre; Kurumun sağlık tesisleri sağlık kurullarınca verilen raporlarda belirtilen “hastalık” ve “arızalar” esas tutulur. Raporlar  zerine kurumca verilen karara ilgililer tarafından itiraz edilirse, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. İlacın hayati önemi olup olmadığına ilişkin komisyon kararına itiraz edilmeden yargı yoluna başvurulamaz.¹⁷⁶

176 Yar.10.HD. T. 21.11.1994 E. 1994/13575 K. 1994/19022. TUBA Bimed

c) Sağlık yardımlarının süresi

Sağlık yardımları kural olarak “sigortalının iyileşmesine kadar sürer. Ancak, bu yardımlar sigortalının Kurumca tedavi altına alındığı tarihten başlayarak altı ayı geçemez.” Sigortalının tedavisinin devam ettirilmesi durumunda “malûllük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği, Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulu raporları ile anlaşılırsa, bu süre uzatılır.”

d) Eş ve çocuklara sağlık yardımı yapılması

Sigortalının, hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması koşuluyla, 35. maddeye göre “eşi ve geçindirmekle yükümlü olduğu çocukları, hastalıkları halinde, bu Kanunun 33’üncü maddesinde belirtilen sağlık yardımlarından, 34’üncü maddede yazılı süreleri aşmamak üzere yararlanırlar.

Ancak, ayakta yapılan tedavilerde verilen ilaç bedellerinin %20’sini sigortalı öder”.

506 sayılı Yasanın 36. maddesine göre de ana ve babanın sağlık yardımlarından yararlanabilmesi için geçimlerinin sigortalı tarafından sağlanması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 10.H.D. 1998 tarihli kararında bu kuralı belirttikten sonra, babanın geçiminin sigortalı tarafından sağlanıp sağlanmadığının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Özel daireye göre; “babanın sağlık yardımından yararlanabilmesi için geçiminin sigortalı tarafından sağlanması gerekir davacının babasının sağlık yardımından yararlanabilmesi için gayrimenkullerinin bulunup bulunmadığı konusunda tapudan ve emlak dairesinden bilgi sorulup incelenmeli, babanın mali ve sosyal durumu yönetime araştırılarak sigortalının gelir durumu ile çocuk sayısı nüfus idaresinden celbedilmeli ve deliller birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir.”¹⁷⁷

e) Kurumun sağlık yardımını rücu etme hakkı

506 sayılı Yasanın 38, 39, 40 ve 41. maddelerinde kurumun belirli koşullarda hastalık sigortasından sigortalıya yapmış olduğu yardımları geri isteme hakkı düzenlenmiştir.

177 Yayı, 10.HD.T, 15.09.1998E, 1998/5330 K, 1998/5553 TUBA Bimed

aa) Sigortalının veya işverenin doktor uyarılarına uymaması nedeniyle kurumun rücu hakkı

Bilindiği gibi, hastalık sigortasından yapılan sağlık yardımlarının amacının sigortalının sağlığını korumanın yanında, hastalık nedeniyle yitirmiş olduğu çalışma gücünü yeniden kazandırma ve sigortalıyı kendi gereksinimlerini, başkalarının yardımına gerek duymaksızın giderebilecek bir düzeye çıkarmak olduğu 33. maddenin son fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla; hastalık sigortasından yararlanan sigortalı tedavinin en kısa sürede ve etkin bir şekilde yapılması için üzerine düşeni yapmak özellikle doktorların tedavi için kendisinden nasıl davranmasını istemişlerse öyle davranmak zorundadır.

Bu nedenlerle de 38/1. fıkrasında doktor tarafından “alınması istenen tedbirlere uymayan sigortalılara bu tedbirleri yerine getirmedikleri süre için ödenek verilmez” denilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre de; tedavi sonunda doktor tarafından çalışabilir raporu almadan aynı işveren nezdinde sigortalının çalışmaya başlaması halinde aynı hastalık nedeniyle yapılacak tedavi giderleri işverenden, sigortalı çalışabilir raporu almadan bir başka işverenin yanında çalışırsa bu kez de aynı hastalık nedeniyle yapılacak tedavi giderleri sigortalıdan alınır. Bu süreler içerisinde geçici iş göremezlik ödeneği verilmeyeceği gibi verilmiş olanlarda geri alınır.

bb) Üçüncü kişinin kast veya suç sayılır eylemi nedeniyle kurumun rücu hakkı

506 sayılı Yasanın 39. maddesinde üçüncü şahısların kasdı veya suç sayılır bir eylemi nedeniyle, sigortalı veya sigortalının eşinin ya da çocuklarının hastalanmaları durumunda sigortalıya hastalık sigortasından yapılan tüm yardımların üçüncü şahıstan tanzim edileceği hükmü getirilmiştir.

Üçüncü şahsın kuruma karşı sorumluluğunun doğabilmesi için sigortalının hastalığına kasdı veya suç sayılır bir eylemi ile yol açması, üçüncü şahsın bu eylemi ile hastalık arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 10.H.D. 30.10.1980 tarihli kararında, “kastı veya suç sayılır eylemi bulunmayan üçüncü kişi, hastalık sigortasından yapılan harcamalardan sorumlu tutulamaz”¹⁷⁸ derken, aynı şekilde 09.09.1982 tarih-

178 Yar.10.H.D., T.30.10.1980 E. 1980/4850 K. 1980/5697 TUBA Bimed

li kararında da sigortalıyı tabancayla yaraladığı iddia edilen üçüncü şahsın hastalık sigortasından yapılan harcamalardan sorumlu olabilmesi için kasıt veya suç sayılır eyleminin kanıtlanmasını şart koşturmuştur. Yargıtay'a göre; zararlandırıcı sigorta olayındaki suç sayılır eylemi kanıtlanamayan üçüncü kişiye kurumun rücu hakkı yoktur.”¹⁷⁹ Somut olayda da üçüncü şahıs yargılandığı ağır ceza mahkemesinde beraat etmiş, rücu davasında da eylemi kanıtlanamamıştır.

Buna karşılık aksi bir durumda yani üçüncü şahsın kasıtlı ya da suç sayılır eyleminin kanıtlandığı bir başka olayda Yargıtay “kasıtlı ya da suç sayılır bir davranışı ile sigortalının hastalanmasına neden olan kişi hastalık giderlerinin tümünden sorumludur” diyerek, “Kurum, tedavi giderlerini 32 ve 33. geçici iş göremezlik ödeneğini ise, 37'inci maddeye göre üçüncü kişiden isteyebilir”¹⁸⁰ sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay 01.11.1978 tarihinde vermiş olduğu bir kararında ise, üçüncü şahsın sigorta şirketinin, sigortalıya verilen zararın kurum tarafından hastalık sigortasından karşılanacağını iddia ederek, sorumluktan kurtulamayacağına, kurumun ardıcılık ilkesi gereği hastalık sigortasından yaptığı yardımları sigorta limiti içerisinde sigortacı şirketten isteyebileceğine karar vermiştir. Yargıtay'a göre: “kurum sigortalı için yaptığı giderleri, poliçedeki limit dahilinde sigorta şirketinden isteyebilir” Davanın dayanağı 506/39 ve 6085/51-56. maddeleridir. Dolayısıyla, Kurum bu davada da 506/26. maddesinde olduğu gibi ardıl (halef) niteliğine sahiptir. Öte yandan, davalı sigorta şirketi özel bir sözleşme ile üçüncü şahsa karşı sigortacı durumunda ise, üçüncü şahsa verilen zarardan sigorta limiti içinde öncelikle sorumludur. Sigorta özel sözleşmesine göre üçüncü şahıslara karşı birinci derecede sorumlu olan davalı sigorta şirketi, zarar gören davacı Kurum sigortalısına hastalık sigortasından yardım yapılması gerektiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Bu nedenle, sigortalı işçinin ardası olarak davacı Kurum, yaptığı giderleri poliçede yazılı sigorta limiti içinde mali sorumluluk sigortası yapmış olan davalı sigorta şirketinden isteyebilir.”¹⁸¹

179 Yür.10.HD. T. 09.09.1982 E. 1982/3217 K. 1982/3586 TUBA Bimed

180 Yür. 10. HD.T. 30.11.1982 .E. 1982/4327, K. 1982/5318 TUBA Bimed

181 Yür.10. HD. T. 01.11.1978E. 1978/2261 K. 1978/7717 TUBA Bimed

Yargıtay 17.02.1997 tarihli kararında ise işten eve giderken kolu kırılan, tedaviden sonra ise 6 ay ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz raporu verilen, ancak bu rapora karşın işverence ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan ve bu nedenle hastalığı yeniden ortaya çıkan işçiye, yapılan tedavi masrafları ile geçici iş göremezlik ödeneğinin işverenden geri istenilebilmesinin yasal dayanağının 506 sayılı yasanın 39. maddesi olduğu sonucuna varmıştır.¹⁸²

cc) Kurumun 506 sayılı yasanın 41. maddesine dayanarak hastalık yardımlarını geri isteyebilmesi

506 Sayılı Yasanın 41. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde kurum hastalık yardımından yapmış olduğu yardımları işverenden geri isteyebilecektir. 05.02.1997 tarihinde Yargıtay HGK "sağlam raporu alınmaksızın ağır ve tehlikeli iş olan kaporta tamirciliği işinde çalıştırılan işçinin hastalanması durumunda işveren, tedavi giderleri nedeniyle kuruma karşı sorumludur" derken 41. maddeye göre işverenin sorumlu tutulabilmesi için gerekli koşulları tek tek sıralamıştır. HGK'na göre (T. 05.02.1997, E. 1996/10-787, K. 1997/51) Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 41'nci maddesine göre işverenin zorunlu tutulabilmesi için,

1. Çalışma mevzuatı (çalışma hayatını düzenleyen yasa, tüzük, kararname) uyarınca sigortalı işe girerken "bünyeye elverişlilik" raporu alınması gerektiği halde

- a. Böyle bir rapora dayanılmaksızın,
- b. Veya eldeki rapora aykırı olarak,
- c. Sigortalının bünyeye elverişli bulunmadığı işte çalıştırılmış bulunması,

2. Sigortalının hastalığının,

- a. Bu işe girişten önce var olduğunun saptanması,
- b. Veya böyle bir işte çalıştırılması sonucu meydana gelmesi,

3. Bu hastalık sebebiyle kurumca, hastalık sigortası bakımından masraf yapılmış olması koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir¹⁸³

¹⁸² Yar.10.HD. T. 17.02.1997, E. 1997/716 K. 1997/876 TUBA Bimed

¹⁸³ Yar.HGK, T.05.02.1997E, 1996/10-787 K. 1997/5 aynı doğrultuda kararlar için bkz. 10.HD., T. 21.04.1998 E. 1998/2862 K. 1998/3011, 10. HD, T. 23.10.1995 E. 1995/6350 K 1995/8617.HGK, T. 09.05.1990, E. 1990/10-158, K. 1990/281, HGK.T. 31.01.1990, E. 1989/10-597, K. 1990/37,10. HD, T. 12.11.1987, E. 1987/5873, K. 1987/6057 TUBA Bimed

4. Analık Sigortası

506 sayılı Yasanın 43-51. maddeleri arasında düzenlenen analık sigortası, ana ve çocuğun özel bir korunmaya gereksinim duydukları gerçeğinden hareketle oluşturulmuştur. Bu gerçek, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 25. maddesinde “Analar ve çocukların özel bakım ve yardım hakları vardır. Tüm çocuklar evlilik içinde veya dışında doğmuş olup olmamalarına bakılmaksızın aynı sosyal korumadan yararlanırlar” denilerek vurgulanmıştır. 1982 Anayasası’nın 50. maddesinde küçüklerin ve anaların özel olarak korunacakları hükme bağlanmıştır.¹⁸⁴

Analık Sigortasından Yararlanacaklar ve Analık Sigortasının Sağladığı Yardımla:

506 sayılı Yasanın 43. maddesi analık sigortasından yararlanacak olanları sigortalı kadın veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısı olarak belirlemiştir. Maddeye göre; Sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısının analığı halinde yapılacak yardımlar;

- A) Gebelik muayenesinin yaptırılması ve gerekli sağlık yardımlarının sağlanması
- B) Doğumda gerekli sağlık yardımlarının sağlanması,
- C) Emzirme yardım parası verilmesi,
- D) Sigortalı kadının doğumdan önce ve sonra işinden kaldığı günler için ödenek verilmesi,
- E) Analık hali sebebiyle gerekirse yurt içinde başka bir yere gönderilmesi.olarak sıralanmıştır.

a) Gebelik halinde muayene ve tedavi

506 sayılı Yasanın 44. maddesine göre; “Gebelik muayenesi ve gerekli görülecek tedavi Kurumca önceden belli edilen hekim veya ebeler tarafından yapılır. Sigortalı, gebeliğin altıncı ayı sonuna kadar gebelik muayenesi yaptırmaz yahut hekim veya ebenin lüzum gösterdiği muayeneye ve tedavilere devam etmezse bu yüzden ileri gelecek işgöremezlik hallerinde verilecek ödeneklerin %50’yi geçmemek üzere bir kısmı Kurumca düşürülebilir.

Sigortalının, Kurumca gösterilen hekim veya ebelerden dilediğini seçebilme hakkı vardır. Ancak sigortalı seçimini bir kez yaptıktan sonra, doğum oluncaya kadar hekim veya ebesini değiştiremez.

b) Doğum yardımı

45. maddede düzenlenen “doğum yardımı, sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısının doğurması halinde, doğum sırasında ve doğumdan sonra gerekli sağlık yardımlarıyla ilâçların ve sağlık malzemesinin sağlanmasıdır.”

Yardımların süresinin belirtilmemiş olması öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Öğretide çoğunlukla kabul gören görüşe göre; “doğum yardımları, doğum sırasında ve doğumdan sonra, bu doğumdan meydana gelmiş hastalıkların iyileşmesine kadar devam eder. Başka bir görüşe göre ise, söz konusu yardımın doğumdan sonraki 6. haftanın veya doktorun raporu ile uzatıldığı sürenin sonuna kadar devam edebileceği kabul edilmelidir. Sigortalının hastalığı bu süreyi aşmışsa, bu taktirde kendisine hastalık sigortası bölümünden sağlık yardımları yapılmalıdır.”¹⁸⁵

Bilindiği gibi analık sigortasından sağlanan yardımlar hastalık sigortasından sağlanan yardımlardan daha fazladır. Hastalık sigortasından ayrı olarak analık sigortasının düzenlenmiş olması, analık gibi özel bir durumun yaratmış olduğu sorunlara daha kapsamlı yardımlarla çözüm üretmektir. Maddede geçen “doğum sırasında ve doğumdan sonra” deyimleri bir anlamda hastalık sigortasından yararlanma süresini de belirlemiştir. Özellikle doğumdan sonra ibaresini doğum nedeniyle ortaya çıkan hastalıkların giderilmesine kadar geçen süre olarak yorumlamak gerektiği inancındayız.

“Bu yardım, gebenin evvelce seçtiği ebe, o yoksa Kurumca tâyin ve tespit edilen ebelerden biri tarafından evde veya sağlık tesislerinde yapılır. Gerekirse doğum sırasında yetkili bir uzman hekim bulundurulabileceği gibi, hekim veya ebenin lüzum göstereceği hallerde doğum, sigortalı kadın veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısı bir sağlık müessesesine yatırılmak suretiyle yaptırılır.”(madde 45/ıı)

Ayrıca 45. maddenin son fıkrasına göre de; “Kuruma ait sağlık tesisleriy-

le 123'üncü madde gereğince sözleşme yapılmış olan tesislerde doğum yapan sigortalı kadınla sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısının, doğan çocukları için sağlık tesisinde kaldıkları müddetçe yapılmasına lüzum görülen sağlık yardımlarına ait masraflar ilgililerden istenmez.”

c) Maktu gebelik ve doğum yardımları

506 sayılı Yasanın 46. maddesinde “maktu gebelik ve doğum yardımları” düzenlenmiştir. Sigortalının ani doğum örneklerinde yaşandığı gibi; 44 ve 45'inci maddelerde gösterilen sağlık yardımlarını Kurum tesislerinden doğrudan doğruya alamayacağı yer ve durumlarda, “Gebelik yardım parası alabilmek için, gebelik halinin hekim veya diplomalı ebeden alınacak bir belge ile ve doğumdan önce Kuruma bildirilmesi, doğum yardım parası alabilmek için ise doğumun üç ay içinde Kuruma bildirilmesi ve hekim veya diplomalı ebeden alınacak doğum kâğıdı yahut onanmış nüfus kayıt örneği ile belgelenmesi koşuluyla sigortalı gebelik ve doğum sağlık yardımı yerine, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na onanacak ve önceden bildirilecek tarifeye göre maktu para yardımı” alabilecektir. Birden fazla çocuk doğarsa, maktu doğum yardımı her çocuk sayısına göre bir kat daha artırılır

d) Emzirme yardımı

“Sigortalı kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması dolayısıyla sigortalı erkeğe, çocuğun ölü doğmaması şartıyla, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na onanacak tarifeye göre her çocuk için bir emzirme yardımı yapılır.”(m.47) Sigortalının emzirme yardımından yararlanabilmesi için çocuğun sağ olarak doğmasının yanında sigortalının analık yardımından yararlanmak için 48. maddede sayılan koşullara da sahip olması gerekmektedir.

e) Analık yardımlarından yararlanma şartları

48. maddeye göre, analık sigortasından yapılan yardımlardan yararlanabilmek için;

“A) Sigortalı kadın için, doğumdan önceki bir yıl içinde en az 90 gün Analık Sigortası primi ödenmiş olması,

B) Sigortalı erkek için, doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün Analık Sigortası primi ödenmiş olması ve sigortalının doğum yapan kadınla doğumdan önce evlenmiş bulunması,” gerekmektedir.

f)Geçici iş göremezlik ödeneği

49. madde sadece sigortalı kadının yararlanabileceği bir yardım olan geçici iş göremezlik ödeneği düzenlenmiştir. Madde uyarınca “Kendisi için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün analık sigortası primi ödenmiş bulunan sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki ve sonraki 6 şar haftalık sürede, çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir.”

Bu ödenek kural olarak hiçbir şekilde kesilmez. Ancak, sigortalının “Kurumca sağlanacak olan doğum yardımlarından haklı ve makûl sebep olmaksızın yararlanmayı reddeden yahut hekim veya ebenin lüzum gösterdiği tedbirleri almaması yüzünden hastalandığı veya hastalığının arttığı mütehasıs hekim raporu ile tespit edilen sigortalı kadınlara geçici iş göremezlik ödeneğinin %50’si verilmez.” (SSK madde 50)

Geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarı doğumdan önceki 6, doğumdan sonraki 6 hafta boyunca sigortalının çalışmaması halinde günlük kazancının 2/3’dir. Hastalık sigortasından farklı olarak analık sigortasından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğindeki bu oran hiç değişmeksizin sigortalının çalışmadığı her gün için ödenecektir. ¹⁸⁶

g) Sigortalılı niteliğinin yitirilmesi

Sigortalılık niteliğini yitirenlerde, bu niteliğin yitirilişinden başlamak üzere 300 gün içinde çocukları doğarsa, sigortalı kadın veya karısı analık sigortası yardımından yararlanacak sigortalı erkek için, doğum tarihinden önceki 15 ay içinde en az 120 gün Analık Sigortası primi ödenmiş olması şar-

tiyla, bu Kanunda yazılı analık sağlık ve emzirme yardımlarından veya 46'ncı maddede yazılı maktu para yardımından yararlanırlar.

5. Malullük (sakatlık) Sigortası

Uzun dönemli sigorta kollarından olan malullük sigortası, sakatlığı nedeniyle çalışamaz duruma düşen sigortalıya uğramış olduğu gelir kaybını telafi edebilmek için maddi destek sağlama amacıyla oluşturulmuştur. Malullük sigortasını hak etmek için Yaşlılık Sigortası için gerekli olan sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına göre, daha az sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı öngörülmüştür.

Kimlerin malul sayılacağı 506 sayılı Yasanın 53. maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre; Sigortalının,

- a) Çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmesi,
- b) Çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmemiş olmasına karşın görmüş olduğu tedavi sonucu Kurum sağlık tesisleri sağlık kurullarınca düzenlenecek raporlarda çalışabilir durumda olmadığı belirtilmesi,
- c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını kaybetmesi durumlarında Sigortalı malullük sigortası bakımından malül sayılmasına yetmektedir.

Yargıtay da haklı olarak çalışma gücünün üçte ikisini yitirmemiş olmasına karşın Kurum sağlık tesisleri sağlık kurullarınca düzenlenecek raporlarda çalışabilir durumda olmadığı belirtilmesi durumunda da malullük sigortasından yararlanmanın olanaklı olduğunu belirtmiştir. Yargıtay 10.H.D.'ne göre; "Davacı, sigortalılık süresini doldurarak gereken primleri ödemesine karşın davalı Kurum, çalışma gücünün üçte ikisinin yitirilmediğini öne sürerek sakatlık aylığı bağlanması istemini reddetmiştir. Ne var ki, 506 s. Yasanın kimlerin sakat sayılacaklarını belirleyen ve 54'üncü madde ile yollamada bulunulan 53'üncü maddenin (b) bendine göre, davacının sakatlık aylığından yararlanması gerekir. Çünkü davacı, 506/34'üncü madde çerçevesinde geçici iş göremezlik ödeneği alarak tedavi görmüş ve tedavisi sonunda da Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulunca düzenlenen raporda, çalışabilir durumda olmadığı belirtilmiştir."¹⁸⁷

Ne var ki, malullük sigortasından yararlanabilmek için maluliyeti gerektiren sakatlığın sigortalının işe başlamasından sonra oluşması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle ilk kez çalışmaya başladığında maluliyeti gerektirecek oranda hastalık ya da arızası olanlar malullük sigortasından yararlanamazlar. Nitekim Yargıtay da “sakatlık aylığı bağlanabilmesi için sakatlığın işe girdikten sonra oluşması gerekmektedir” demiştir.¹⁸⁸

Yargıtay’a göre maluliyeti gerektiren durumun çalışırken oluşması maluliyet sigortasından yararlanma için diğer koşullarında varlığı halinde yeterlidir. “Maluliyete ilişkin raporun iş akdinin feshinden sonra düzenlenmiş olması, maluliyet yardımıyla yararlanmayı engellemez.”¹⁸⁹

53. Maddeye göre hastalık veya arızanın işe başlamasından önce var olduğunun anlaşılması halinde malullük sigortasından yapılan yardımlar geri alınmaz. Yargıtay 10.H.D., 22.12.1987 tarihinde vermiş olduğu kararında İşçinin sakatlık aylığı için başvurduğu tarihte Bağ-Kur’lu olmadığı kesinse ve sakatlık aylığı için SSK’ya yatırılan primleri yeterliyse SSK, sakatlık aylığı bağlamaktan kaçınmaz. Aylığın bağlanmasından 10 yıl kadar sonra, hizmet birleştirilmesi nedeniyle aylığı bağlayacak kurumun değiştiği sayıyla aylık kesilemez ve ödenenler geri istenemez. Bu işlemin yapıldığı durumda, iyiniyetten söz edilemez.”¹⁹⁰ demiştir.

Malullük Aylığından Yararlanma Şartları

Sigortalının, malullük aylığından yararlanabilmesi için gerekli koşullar 506 sayılı yasanın 54. maddesinde sıralanmıştır. Maddeye göre;

a) 53’üncü maddeye göre malül sayılması,

b) Toplam olarak 1.800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalı primi ödemiş olması gerekmektedir.

6. Ölüm Sigortası

a) Ölüm sigortasından aylık bağlama koşulları

506 sayılı Yasanın 66. maddesine göre;

a) Malullük veya yaşlılık aylığı almakta iken, yahut malullük veya yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olup henüz işlemi tamamlanmamış durumda veya,

188 Yar. 9. HD. T. 26.06.1964 E. 3220 K. 1964/4103 TUBA Bimed

189 Yar. 9. HD., T. 22.05.1995. E. 1995/1131, K. 1995/16905 TUBA Bimed

190 Yar.10.HD., T. 22.12.1987 E. 1987/7291 K. 1987/7360 TUBA Bimed

b) Bağlanmış bulunan malûllük veya yaşlılık aylığı, sigortalı olarak çalışmaya başlamaları sebebiyle kesilmiş durumda yahut,

c) Toplam olarak 1800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş durumda,

Ölen sigortalının hak sahibi kimselerine aylık bağlanır.

Nitekim Yargıtay da; “1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödeyen sigortalının hak sahiplerine aylık”¹⁹¹ bağlanacağını belirtmiştir.

Yargıtay HGK’da 66. maddedeki koşullara dikkati çektiği kararında 1800 gün prim ödeme koşuluyla sigortalılık süresinin her yılı için sigortalının ölüm tarihinde yürürlükte bulunan yasaya göre 120 gün prim ödeme koşulunun gerçekleşmemesi durumunda ölüm sigortasından aylık bağlanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay HGK’na göre; “Ölüm aylığı bağlanması koşulları 506 sayılı Kanun’un 66. maddesinde gösterilmiştir. Anılan maddenin sigortalının ölümü tarihinde yürürlükte olan hükmüne göre, “ölüm tarihinde en az 5 yıldan beri sigortalı bulunan ve her yıl için ortalama olarak en az 120 gün veya toplam olarak 1800 gün prim ödenmiş” olması gerekir. Davacının miras bırakanın ihya edilecek prim gün sayısı ile askerlik borçlanması gün sayısı toplamı 1754’dür. Öte yandan aynı Kanun’un 108. maddesi anlamında miras bırakanın sigortalılık süresi 1957 yılında başlamış ve 1974 yılına kadar 17 yıl sürmüştür. Bu nedenle davada belirtilen koşulların hiçbiri gerçekleşmemiştir. Başka bir anlatımla toplam 1800 gün prim ödenme koşulu gerçekleşmediği gibi 17 yıllık sigortalılık süresinin her yılı için en az 120 gün prim ödenmiş olması koşulu da gerçekleşmemiştir”.¹⁹²

“Yasanın amacı sözle çelişiyorsa, söze değil amaca önem verilmelidir” diyen Yargıtay HGK 05.11.1997 tarihli kararında “Sosyal Sigortalar Yasası’na göre ölüm aylığı bağlanması için gerekli koşulların oluşup da daha sonra Bağ-Kur üyesi olunması durumunda, ölüm aylığı tutarı daha fazla ödenecekse aylık Sosyal Sigortalar Kurumu’na bağlanmalıdır”¹⁹³ sonucuna ulaşmıştır.

191 Yar.10. HD, T. 13.09.1973, E. 80, K. 1973/179 TUBA Bimed

192 Yar. HGK, T. 22.02.1995, E. 1994/10-827, K. 1995/101 TUBA Bimed

193 Yar.HGK, T. 05.11.1997, E. 1997/10-698, K. 1997/895 TUBA Bimed

Yargıtay 10.H.D. 03.05.1983 tarihli kararında haklı olarak “prim ödeme gün sayısını değiştiren yasa hükmü önceki yasa ile kazanılan hakkı ortadan kaldırmaz” demiştir. Yargıtay’a göre; “Sakatlık aylığına 12.8.1980 tarihinde hak kazanıldığını öne süren davacı hak sahibi, ölüm aylığı bağlanmasını istemektedir. Ölüm aylığına hak kazanma koşullarından biri olan prim ödeme gün sayısı, 1.4.1981 tarihli ve 2422 sayılı Yasa ile artırılmıştır. Sonradan yürürlüğe giren Yasa hükmünün önceki Yasa ile kazanılmış olan hakkı ortadan kaldırmayacağı, hukukun önde gelen ilkelerinden biridir. Bu nedenle, beş yıllık çalışma karşılığı ödendiği saptanan 655 günlük prim gün sayısı ile sigortalı açısından eski yasa hükmüne göre prim gün sayısına ilişkin koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır”.¹⁹⁴

b) Ölüm sigortasından ana babaya aylık bağlanması

506 sayılı Yasanın 69. maddesine göre; Sigortalının ölümü tarihinde eşine ve çocuklarına bağlanması gereken aylıkların toplamı, sigortalıya ait aylıktan aşağı olursa, artanı eşit hisseler halinde, geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen ana ve babasına aylık olarak verilir. Ancak, bunların her birinin hissesi sigortalıya ait aylığın %25’ini geçemez.

Sigortalının ölümü ile eşine ve çocuklarına bağlanabilecek aylıkların toplamı, sigortalıya ait aylıktan aşağı değilse ana ve babanın aylık bağlanma hakları düşer

Nitekim, Yargıtay 21.H.D.’de 11.07.1996 tarihli kararında “eş ve çocuklara bağlanabilecek aylıklar toplamı sigortalıya ait aylıktan aşağı değilse, sigortalının ana ve babasına aylık bağlama hakkı düşer” demiştir. Yargıtay’a göre (T. 11.07.1996, E. 1996/2662, K. 1996/4250) Dava, nitelikçe 506 sayılı Yasanın 69. maddesi gereğince ana ve babaya gelir bağlanmasına ilişkin olup, sigortalının ölümü tarihinde eşine ve çocuklarına bağlanması gereken aylıkların toplamı, sigortalıya ait aylıktan aşağı olursa, artanı eşit hisseler halinde, geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen ana ve babasına aylık olarak verilir. Şayet eş ve çocuklara bağlanabilecek aylıklar toplamı sigortalıya ait aylıktan aşağı değilse, ana ve babasına aylık bağlama hakkı düşer. Dava konusu olayda, sigortalının ölümü tarihinde aylık almaya hak kazandığı anlaşılan çocuğun aylığa girmesi ile anaya bağlanan aylık iptal edil-

194 Yar.10.HD. T. 03.05.1983, E. 1983/781, K. 1983/2307, TUBA Bimed

miştir. Çocuğun sonradan gelirden çıkması durumunda, düşen hakkının yeniden ihyası mümkün değildir. Bu nedenlerle ananın açtığı, çocuğa verilen aylığın tekrar kendisine bağlanmasına ilişkin davanın reddine karar vermek gerekirken, aksine düşünceler ile kabulü, usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.¹⁹⁵

Yargıtay'ın söz konusu kararı öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir. Öğretilerde savunulan bir görüşe göre; "Ölüm tarihindeki durum sonradan değişirse; yani, eş veya çocuklardan bir kısmının aylıklarının kesilmesi ile (evlenme, yaşı doldurma) aylığın bir kısmı artacak olursa aylık sonradan da bağlanabilmelidir. 69. maddede bu konuda bir açıklık yoktur. 1753 sayılı Kanunla (24.10.1983) yapılan değişiklikle benzer durumdaki eş ve çocukların durumları düzenlenmiş, ancak aynı düzenlemeler 24. ve 69. maddelerde yapılmamıştır. Aradaki paralellik ve benzerlik dikkate alınarak meydana gelen değişiklikler ana-babaya da yansıtılmalıdır."¹⁹⁶

Kararda ulaşılan sonucu 506 sayılı Yasanın 69/II maddesinin metni itibarıyla yerinde görmenin olanaklı olduğunu, ancak amaca uygun ve adil bulmanın güç olduğunu belirten bir diğer görüşe göre de "SS Kanunu m.68 ile 69'un amacı; ölen sigortalıya ait aylığın, belli oranlar içinde ölenin yakınlarına dağıtılmasıdır. Bu anlamda, eşe ve çocuklara öncelik tanınmakta; ana ve babaya, ancak bunlardan arta kalan bölüm verilmektedir. Buna göre de, SS Kanunu m. 69/II'deki "düşer" sözcüğünün yasa koyucu tarafından teknik anlamda kullanılmadığı kabul edilerek, değişen durumlara göre yakınlar arasında gerekli ayarlamaların yapılmasına olanak tanımak gerekir. Aksi takdirde, SS Kanunu m.68 ile 69, gerekli ayarlamalara kapalı duruma sokularak katılaştırılmış olur."

Öte yandan Yargıtay tersi durumları kabul ederek, ölümden sonra sigortalının çocuğu olması durumunda ana babaya bağlanan gelirin kesilmesini kabul ettiği gibi,¹⁹⁷ gelirden evlenmesi nedeniyle çıkan eşin boşanmadan sonra tekrar aylık alabileceğine karar vermiştir. Gerçekten de Yargıtay'a göre; "hak sahibî olan eşin yeniden boşanması durumunda kesilen aylık tekrar bağlanır."¹⁹⁸

195 Yar.,21.HD, T. 11.07.1996 .E. 1996/2662 K., 1996/4250

196 Güzel/Okur, a.g.e., 303

197 Güzel/Okur, a.g.e.,s.304

198 Yar.10. HD, T. 25.06.1974 E. 2539 K. 1974/4643 TUBA Bimed

V. İTİBARI HİZMET SÜRESİ

1. İtibari Hizmet Kavramı ve Kapsamı

11.08.1977 tarihinde 2098 sayılı Yasayla öngörülen itibari hizmet süresi, işçilerin yaptıkları iş ve işlerini yaparken karşılaştıkları işin özelliklerinden kaynaklanan riskler nedeniyle eşit koşullara sahip olmadıkları, bazı işlerdeki yıpranmanın daha yoğun olduğu ve bu işleri yapan sigortalıların aktif sigortalılık dönemlerinin diğerlerine göre daha kısa olması gerçeğine dayanmaktadır.

Dolayısıyla itibari hizmet sürelerinin konusunu oluşturacak işler, sigortalının daha fazla yıpranmasına neden olan ve gerçektende çalışma ömrünü kısaltan işler olmalıdır. Giderek itibari hizmet süresinin konusuna giren işler genelleştirilmemelidir.

Nitekim 506 sayılı Yasanın ek 5. maddesinde de itibari hizmet sürelerine tabi olacakların maddede belirtilen işyerlerinde çalışmaları ve maddede belirtilen dış etkenlerle karşı karşıya kalmaları gerekmektedir.

Yargıtay 23.09.1982 tarihli kararında, “Sigortalılık süresine, hizmetin geçtiği yer ve çalışan sigortalılar açısından “itibari süreler” eklenmesindeki amaç, yapılan işin niteliğinden ötürü çalışanlar üzerinde doğurduğu fiziki ve ruhi çöküntüleri bir ölçüde önlemektir. Bu nedenle, yasa hükmünün maddede belirtilenler dışında, açıkça bu tehlikelere hedef olanları da kapsayacak biçimde yorumlanması gerekir.”¹⁹⁹ diye maddeyi geniş yorumlama eğilimindeyken, 24.03.1992 tarihinde vermiş olduğu kararında konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu karara da yollama yaparak, “Davacının basım ve gazetecilik işyerlerindeki itibari hizmeti gerektiren iş koşullarına benzer veya daha ağır koşullarda çalışmış olması, Ek 5/II. madde kapsamına dahil edilmesine neden olamaz. Nitekim, basım ve gazetecilik işyeri koşullarından daha ağır koşullarda çalışan işkolları işçilerinin, bu madde kapsamına dahil edilmemelerinin, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu itiraz yoluyla ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi’nin 2.5.1989 günlü, 51/18 sayılı kararıyla itirazın reddine karar verilmiştir. Bu durum karşısında, işçi

199 Yar.10.HD.23.09.1982. E. 1982/3790 K. 1982/3928 TUBA Bimed

yararına yorum ilkesiyle dahi bu gibilerin madde kapsamına alınması sonucuna ulaşılamayacağından, konunun bir yasama tasarrufu ile halledilebileceği gerçeği de ortadadır”²⁰⁰ sözleriyle eski kararındaki görüşünü değiştirmiştir.

Yargıtay’ın itibari hizmet süresinden yararlanmanın koşullarına işaret etmiş olduğu 17.11.1997 tarihli kararına göre, “sigortalıların itibari hizmetten yararlanabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Birinci koşulun sigortalının basım ve gazetecilik işyerlerinde çalışması, ikinci koşul ise; II. bendin (a-F) alt bentlerinde yazılı fiziksel dış etkenlerin ve olumsuz çalışma koşullarında olayda ayrıca gerçekleşmesi gereklidir.”²⁰¹

2.İtibari Hizmet Süresinin Sigortalılık Süresine Etkisi

İtibari hizmet süresinin prim ödeme gün sayısından mı sayılacağı, yoksa sigortalılık süresine mi ekleneceği konusu Yargıtay Özel Daireleri arasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Yargıtay 21.H.D. 17.02.1996 tarihinde vermiş olduğu kararında, 506 sayılı Yasanın Ek 5. maddesinin ilk fıkrasında bu sürelerin sigortalılık süresine ekleneceğinin açıkça belirtilmiş olduğu gerekçesiyle itibari hizmet süresinin prim ödeme gün sayısına ilave edilmesinin olanaklı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.²⁰²

Yargıtay 10.H.D. ise 26.11.1998 tarihli kararında, 21.H.D.’nin 17.02.1996 tarihli kararında ulaştığı sonucun tam aksi bir sonuca ulaşarak, itibari hizmet süresinin mantığına uygun bir şekilde, itibari hizmet süresinin hem prim ödeme hem de hizmet süresine eklenmesine karar vermiştir.Yargıtay’a göre; “Davacının Emekli Sandığı Kanununa göre fiili hizmet zammının Sosyal Sigortalar Kurumunda değerlendirilmesini, hem prim ödeme, hem de sigortalılık süresine eklenmesine karar verilmesini istediği görülmektedir. Fiili hizmet zammı da bir çeşit itibari hizmetten sayılır. 506 sayılı Yasanın 2098 sayılı Yasa ile eklenen Ek 5. maddesinde bu itibari sürelerin sigortalılık süresine ekleneceği öngörülmüştür. Anılan hüküm hem sigortalılık süresini, hem de

200) Yar.24.03.1992 E, 1991/12801 K, 1992/3707 TUBA Bimed

201) Yar.21.HD. 17.11.1997 E, 1997/7466 K, 1997/7436 TUBA Bimed

202) Yar.21.HD.17.02.1996 E,1996/7337, K.1996/854 yayımlanmamış karar

prim ödeme gün sayısını ifade eder”²⁰³ demiştir.

İtibari hizmet süresine ilişkin Yargıtay’ın iki Özel dairesinin birbirinin aksi görüşleri benimsemeleri nedeniyle sorun, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kuruluna gitmiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 18.02.2000 tarihli kararında, “506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasına 11.08.1977 tarih ve 2098 sayılı Yasayla getirilen Ek-5. maddesinde düzenlenen itibari hizmet süresinin; anılan Yasanın 108. maddesinde öngörülen sigortalılık süresine eklenebileceğine, ayrıca sigortalının prim ödeme gün sayısına eklenemeyeceğine”²⁰⁴ karar vermiştir.

Yargıtay İBGK’na göre; 2098 sayılı Yasa ile, 506 sayılı Yasayla getirilen “itibari hizmet” kurumu ile yıpratıcı kimi işlerde çalışan sigortalılara, Yasaca belirlenen oranda, itibari bir sürenin eklenmesini öngörmüştür. Böylece, itibari hizmet süresinden yararlanan bir sigortalı, yaşlılık sigortası uygulamasında öbür sigortalılara göre ayrıcalıklı bir duruma geçmekte ve daha erken emekli olabilme olanağına kavuşmaktadır. İşte, görüş aykırılığının temeli, bu ayrıcalığın kapsam ve boyutlarında düğümlenmektedir.

YİBGK kararına göre: “itibari hizmetten yararlanan bir sigortalının sigortalılık süresine dörtte bir oranında ek yapılmasıyla; sözgelimi 20 yıllık bir sigortalıyı benzerlerine göre 5 yıl önce emekli olabilme olanağı sağlanmakta, 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı Yasanın yürürlüğünden önceki dönemde 38 yaşında emekli olabilme hakkı tanınmaktadır. Bu tür bir olanak, kuşkusuz önemli bir ayrıcalıktır. Bunun dışında, itibari hizmet süresinin fiili prim ödeme gün sayısına katılması durumunda ise, yukarıda sözü edilen sigortalı, ayrıca 1800 günlük fiili prim üstünlüğü elde etmekte, yalnızca 3200 gün prim ödediğinde yaşlılık aylığına hak kazanabilmekte ve böylelikle benzerlerine göre yaşlılık aylığı bağlama oranını yükseltebilmektedir. Oysa, yasa koyucu bu tür ikiye katlı bir ayrıcalığı öngörmemiş, yalnızca sigortalılık süresi yönünden bir üstünlük sağlamıştır.

YİBGK itibari hizmet süresinin sadece sigortalılık süresine ekleneceği sonucunun hukuki dayanağı olarak öncelikle Ek-5. maddenin birinci fıkrasının anlatımına dayanmaktadır. Söz konusu birinci fıkrada; itibari hizmet süresinin sigortalılık süresine ekleneceğinin açıkça belirtilmiş olmasına karşın ay-

203 Yar.10.HD.26.11.1998, E.1998/8421, K.1998/8396 TUBA Bimed

204 Yar. İBGK T. 18.02.2000 E. 1997/1, K. 2000/1 16.05.2000 R.G.: Sayı: 24051

nı açıklıkla fiili prim ödeme gün sayısına ekleneceği yolunda bir anlatıma yer verilmemiş olması YİBGK'na göre itibari hizmet süresinin sadece sigortalılık süresine eklenmesinin yasal dayanağıdır. "Her ne kadar maddenin ikinci fıkrasında; fiili gün sayısına ilişkin bir anlatım yer almışsa da, bu durum maddenin birinci fıkrasında belirtilen sigortalılık süresinin hesaplanması yöntemine ilişkindir ve itibari hizmet süresinin yıl olarak değil de gün olarak değerlendirilmesi durumunda eklemenin nasıl bulunacağını göstermektedir. Birbirinden ayrı kurumlar olan, "sigortalılık süresi" ve "prim ödeme gün sayısı"nın Yasada açıkça gösterilmedikçe birbirlerinin yerine geçirilmesi ya da yorum yoluyla öngörülmesi olanaksızdır.

Kararın karşı oy yazısında ise "içtihadı birleştirme görüşmelerinde, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi uygulamasının sürdürülmesi halinde kurumun batacağı ifade edilmiştir" denilerek; bu görüşün Anayasamızın sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 60., Sosyal güvenlik haklarının sınırını düzenleyen 65. maddeleri karşısında hukuken savunmanın olanaklı olmadığı, bu yaklaşımın kabul edilmesi halinde yasanın tanıdığı sosyal güvenlik hakkını, kurum çöküyor düşüncesiyle sigortalılara tanımama noktasına gelineceği, bu durumun Anayasaya aykırı olduğu gibi, sigortalıların sosyal güvenlik haklarının kullanamama gibi tehlikeli sonuçlar doğuracağı vurgulanmıştır. Karşı oy yazısına göre; "Örneğin; bu içtihadı birleştirme kararıyla basım ve gazetecilik işyerlerinde, azotlu gübre ve şeker sanayiinde zehirli, boğucu, yakıcı, öldürtücü gaz ortamında çalışan sigortalıların hakları verilmemek suretiyle kurum batmaktan kurtulamaz. Bizce Kurumu batmaktan kurtarmanın yolu; Kuruma özerklik tanımak, siyasi iktidar tarafından Kurum kaynaklarını başka yerlere aktarmamak, başta kamu kuruluşları olmak üzere prim borçlarını ödemekten geçer."²⁰⁵

Karşı oy yazısında çoğunluğun Ek 5. maddeye ilişkin getirmiş olduğu yorum da haklı olarak eleştirilerek 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Ek 5. maddesindeki "506 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların, aşağıda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir." şeklindeki düzenlemenin çok açık olduğu, "aşağıda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigor-

205 Yarg. İBGK T. 18.02.2000 E. 1997/1, K. 2000/1 16.05.2000 R.G.; Sayı: 2405 Karşı oy yazısı

talılık süresi olarak eklenir.” demekle açıkça fiilen çalışılan süreye ekleneceği vurgulandığı belirtilmiştir.

Karşı oy yazısına göre; Zaten Ek 5. maddenin altındaki cetvelde gösterilen iş yerlerinde fiilen çalışmadan itibari hizmet zammından yararlanmak mümkün değildir. Gerek 506 sayılı Yasanın 60. maddesi, gerek ilgili diğer maddeleri, fiilen çalışılan günleri “prim ödeme gün sayısı” olarak adlandırmaktadır. Ek 5. maddenin alt bentlerinde gösterilen işyerlerinde çalışanlara her yıl için 90 gün itibari hizmet zammı tanınmaktadır. İşte bu 90 gün, prim ödeme gün sayısı olup, sigortalı 12 ay anılan işyerlerinde çalışmış ise itibari hizmet zammıyla birlikte 15 ay çalışmış gibi kabul edilmektedir. Bu 15 ay, sigortalının hem prim ödeme gün sayısıdır ve hem de sigortalılık süresidir. Maddede geçen sigortalılık süresi kavramı bir üst kavram olup, hem prim ödeme gün sayısını, hem de sigortalılık süresini ifade etmektedir. Yasa koyucu, bilinçli olarak sigortalılık süresinden başka, bir de prim ödeme gün sayısını ifade etme gereğini duymamıştır. Böyle bir eklemenin mükerrer bir ifade olacağını düşünmüştür. Yasa koyucunun amacı prim ödeme gün sayısının da değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Zira saptayabildiğimiz kadarıyla, dünyanın hiçbir ülkesinde boşta geçen süreye sigortalılık niteliği tanındığına rastlanılamamıştır. Özellikle prim esasına dayanan sosyal sigortalarda, sigortalılık süresi fiilen çalışılan ve primleri ödenen günlere denmektedir. İşte burada da yasa koyucunun amacı fiilen çalışılan ve primleri ödenen günlere yöneliktir. Sigortalılık süresi kavramı 506 sayılı Yasanın başka maddelerinde de geçmektedir. Örneğin; 506 sayılı Yasanın 3. maddesine göre başka sosyal güvenlik kuruluşlarından emekli aylığı alıp da Sosyal Sigortalar Kanununa tabi bir işte çalışanların aylığı kesilmez. Ancak kendilerinden sosyal güvenlik destek primi kesilir. Anılan maddenin II/C bendinin ikinci fıkrasında aynen; “Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler, bu kanuna göre sigortalılık süresinden sayılmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Keza, 506 sayılı Yasanın 63-B bendinin üçüncü fıkrasında da aynen; “Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler, bu kanuna göre sigortalılık süresinden sayılmaz.” hükmü getirilmiştir. Önemle vurgulayalım ki, her iki maddede geçen “sigortalılık süresi” kavramının “prim ödeme gün sayısı” anlamına geldiği hem Yargıtay 10.H.D.’nin, hem de çoğunluk düşüncesinde yer alan Yargıtay 21. H.D.’nin yerleşmiş görüşlerindedir” denilmiştir.

VI. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIK

1.İsteğe Bağlı Sigortalılık İçin Gerekli Koşullar

506 sayılı Yasanın 85. maddesi, 506 sayılı Yasa kapsamında sigortalıyken, çeşitli nedenlerle sosyal güvenliğin dışında kalanlara, gerekli koşulları yerine getirmeleri halinde isteğe bağlı sigortalılık kurumu ile tekrar; malullük, yaşlılık sigortalarına devam ederek bu sigorta dallarından kaynaklanan sosyal güvenlik haklarından yararlanma olanağı vermiştir.

506 sayılı Yasa'nın 85. maddesi, 20.06.1987 tarihinde 3395 sayılı Yasayla değiştirilmeden önce, isteğe bağlı sigortalılık hakkından yararlanabilmek için en az 5 yıl sigortalı geçen bir sürenin olması ve "en az 750 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları"²⁰⁶ primi ödenmiş olması gerekmektedir. 506 sayılı Yasayı değiştiren 3395 sayılı Yasa, isteğe bağlı sigortalılığın koşullarını kolaylaştırarak, en az 5 yıl sigortalı olmak ve 750 gün prim ödemek koşullarını kaldırmış, isteğe bağlı sigortalılık için isteğe bağlı sigortalı olmak için başvurmadan önce 506 sayılı yasaya göre tescil edilmiş olmayı ve istem tarihinden sonra yılda 360 gün prim ödenmesi esasını getirmiştir.

506 sayılı Yasanın 85. maddesinde düzenlenen isteğe bağlı sigortalılık hakkından yararlanabilmek için, yasanın aradığı koşulların neler olduğunu Yargıtay 21.H.D. 11.07.1996 tarihli kararında maddeler halinde sıralamıştır. Bu sıralamaya göre ihtiyari sigortalılıktan yararlanabilmek için;

a) İsteğe bağlı olarak devam edeceğini belirten bir yazı ile Kurum'a müracaatta bulunmak,

b) Müracaat tarihinden önce 506 sayılı Kanuna göre tescil edilmiş olmak,

c) Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmamak ve buralarda kendi çalışmalarından dolayı aylık bağlanmamış olmak,

d) Her yıl için 360 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemek şarttır.²⁰⁷

2.Kuruma Yapılan Yazılı Başvurunun Niteliği

Yasanın 85. maddesine göre Kuruma yapılması gereken yazılı başvurunun niteliği tartışma konusu olmuştur. Kuruma yapılması gereken yazılı baş-

205 Yar. İ BG K T. 18.02.2000 E. 1997/1.K. 2000/1 16.05.2000 R.G.: Sayı: 2405 Karşı oy yazısı

206 Ernam A.Nuri a.g.e s.297

207 Yar.21.HD. E. 1996/4172 K. 1996/4236 TUBA Bimed

vuru, isteğe bağlı sigortalılık açısından bir geçerlik şartı olarak mı nitelendirilecektir. Bir başka ifadeyle, diğer koşulların var olması halinde sadece yazılı başvuru koşulu gerçekleşmediği gerekçesiyle isteğe bağlı sigortalılık kabul edilmeyecek midir.

Yargıtay HGK'nun 25.06.1997 tarihli kararına konu olan olayda; isteğe bağlı sigortalıyken yeniden işe girmesi nedeniyle sigortalının isteğe bağlı sigortalılığı Kurum tarafından iptal edilmiştir. İptalden sonra kurum sigortalıya yeniden isteğe bağlı sigortalılığa devam edip etmeyeceğini sormuş, gerekli başvurunun yapılmasını istemiştir. Sigortalı bu yazıyı almasına karşın, isteğe bağlı sigortalılık yönünden yasal koşulları yerine getirmemiş, ancak daha sonra geçmişe yönelik olmak üzere toplam prim bedellerini yatırmıştır. Bu durumu değerlendiren HGK "yasanın isteğe bağlı sigortalılık için öngördüğü yasal prosedür yerine getirilmeksizin kendiliğinden yapılan işlemler geçerli kabul edilemez" gerekçesiyle isteğe bağlı sigortalılığın geçersizliğine karar vermiştir.²⁰⁸

Yargıtay 21.H.D. ise bir yıl sonra 21.12.1998 tarihinde vermiş olduğu kararında isteğe bağlı sigortalılık için sigortalının başvuru yapması koşulunun "geçerlilik koşulu olmayıp ispat koşulu olduğu", bu durumun "maddenin içeriğinden açıkça" anlaşıldığı sonucuna ulaşmıştır.²⁰⁹ Özel daireye göre sigortalının primlerini yatırması bir anlamda icap, yazılı başvuru olmamasına karşın kurumun bu primleri alması da kabul olarak nitelendirilmelidir. Olayı MK 2. maddesine göre de değerlendiren daire, Kurumun üç yıl primleri alması ve alınan primleri kullanmasının, sosyal güvenlik yönünden davacıya ümit vermesi anlamına geldiğini, Kurumun uyarma görevi yapmasının Anayasa'dan kaynaklanan sosyal güvenlik ödevinin zorunlu sonucu olduğunu, ve bu uyarma görevini de yapmayan Kurumun, isteğe bağlı sigortalılığı iptal etmesinin Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifadesini bulan afaki iyiniyet kuralları ile de bağdaşmayacağı sonucuna ulaşmıştır. 21.H.D. aynı görüşünü 14.06.1999 tarihinde vermiş olduğu bir başka kararında da aynen tekrarlamıştır.²¹⁰

Karar, sonuç olarak doğru bulunmasına karşın, gerekçe de yer verilen icap ve kabul kavramlarının "Borçlar Hukuku'nda sözleşmenin serbest irade ile kurul-

208 Yar.HGK.25.06.1997, E.1997/21-299, K.1997/573 TUBA Bimed

209 Yar.21.HD., 21.12.1998, E.1998/8831, K.1998/8939 TUBA Bimed

210 Yar.21.HD.14.06.1999, E.1999/4060, K.1999/4244 Yayınlanmamış karar

duğu durumlara özgü”²¹¹ olduğu, “bir İdare Hukuku borç ilişkisi olan sigorta”²¹² ilişkisinde bu kuralın uygulanamayacağını, sigorta ilişkisinde kabul iradesine gerek olmadığını, kurumun şekli şartların olup olmadığını denetleme, şekli şartların var olması halinde de kabul etme zorunluluğunun yasadan doğduğu belirtilerek eleştirilmiştir.²¹³

Bizce de, kararda değinilmiş olduğu gibi, kuruma ödenen primler, yasada belirtilmiş olan yazılı başvuru koşulunun gerçekleşmesi olarak kabul edilmeli ve yazılı başvuru bir geçerlik koşulu olarak değerlendirilmemelidir.²¹⁴

3. Başvuru Tarihinden Önce 506 Sayılı Yasaya Göre Tescil Edilmiş Olmanın Anlamı

“506 sayılı Yasanın 85/b maddesine göre bir kimsenin malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının isteğe bağlı olarak devam edebilmesi için diğer koşulların yanında müracaat tarihinden önce 506 sayılı Yasaya göre tescil edilmiş olmak koşuludur.”²¹⁵

Ancak bu koşulun gerçekleştiğinin kabulü için bildirgenin verilmiş olması yeterli midir?

Yargıtay HGK’lu 25.06.1997 tarihli kararında bildirge verilir primlerin yatırılmış olmasının fiili çalışmanın da karinesi olduğunu, bildirge verip primlerini yatıran bir kişinin fiilen çalışmamış olmasının hayatın olağan akışına ters düşeceğini, fiilen çalışmama olgusunun bildirge ve prim belgelerine eş değer belgelerle kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir.²¹⁶ HGK’nun kararından çıkan sonuca göre bildirgenin verilmiş olması 506 sayılı Yasa açısından fiili çalışmanın da gerekli olduğu ancak bildirgelerin fiili çalışma açısından karine oluşturduğudur. Bu sonuç Yargıtay Özel Daire kararlarında da daha net bir şekilde dile getirilmiştir.²¹⁷

Nitekim Yargıtay 21.H.D. 10.06.1999 tarihli kararında, işe giriş bildirgesinin dayanağını oluşturması gereken belgelerin işyerinde yapılan müfettiş incele-

211 Sözer, a.g.t, s.13

212 Sözer, a.g.t, s. 14

213 Sözer, a.g.t, s. 14

214 Sözer, a.g.t s.14

215 Yar.21.H.D. E.1998/6334 K. 1998/7100 T. 26.10.1998 TUBA Bimed

216 Yar.HGK, 25.06.1997, E. 1997/21-299, K. 1997/573, TUBA Bimed

217 Yar. 11.07.1996, E. 1996/4172, K. 1996/4236, TUBA Bimed: “Bilindiği gibi, sigortalılar eylemler olarak işyerinde çalışmaya başladıkları andan itibaren sigortalı sayılır ve işveren tarafından Kurum’a verilen işe giriş bildirgesi ile sigortalılıkları tescil edilmiş olur. Öte yandan, sigortalı işe giriş bildirgesi, tank beyanları olmasa dahi sigortalının işyerinde eylemler olarak bir gün çalışmışın karinesidir.”

mesinde iş yeri kayıtları arasında gözükmediği, ücret bordrolarında sigortalının ismine rastlanmadığı ve müfettiş raporlarının aksi ispat edilene kadar geçerli olduğu nedenleriyle isteğe bağlı sigortalılığın iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. ²¹⁸

Öte yandan Yargıtay 10.H.D. 19.03.1998 tarihli kararında Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Yasasına göre sigortalı olan birisinin, bu yasaya bağlı olarak geçen çalışmalarının 506 sayılı Yasa açısından tescil edilmiş olma anlamına gelip gelmediğini tartışmıştır. Yargıtay'a göre; 506 sayılı Yasa ile 2925 sayılı Yasada sigortalılık için temel ilişki hizmet akdi olduğundan 2925 sayılı Yasaya göre sigortalı olan kimsenin 506 sayılı Yasaya göre isteğe bağlı sigortalı olmasına yasal bir engel yoktur. 2925 sayılı Yasaya göre tüm primlerin işçi tarafından Sosyal Sigortalar Kurumu'na ödenmesi ise hizmet akdi ilişkisinin varlığını ortadan kaldırmaz." ²¹⁹

Kararın sonuç olarak doğru olmasına karşın bu sonuca, yıllarca prim ödeyen birisinin sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakılmasının iyi niyet kurallarıyla, idareye güven ilkesiyle bağdaştırılamayacağı gerekçelerinden hareket ederek ulaşmanın daha doğru olacağı ileri sürülmüştür. ²²⁰

4. İsteğe Bağlı Sigortalılıkla Zorunlu Sigortalılığın Çakışması

İsteğe bağlı sigortalılıktan yararlanmanın koşullarından birisini de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışmamak ve buralarda kendi çalışmalarından dolayı aylık bağlanmamış olma koşulu oluşturmaktadır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında isteğe bağlı sigortalılıkla zorunlu sigortalılığın çakışması durumunda isteğe bağlı sigortalılığın iptal edileceğine karar vermiştir. ²²¹

5. İsteğe Bağlı Sigortalılıhta Prim

İsteğe bağlı sigortalılar, 506 sayılı Yasanın 85/A-d maddesine göre her yıl için 360 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemeleri gerek-

218 Yar.21.HD.10.06.1999, E.1999/3863, K.1999/4163, aynı doğrultuda, Yar.21.HD. 04.02.1999 E.1999/179, K.1999/362, 08.02.1999, E.1999/243, K.1999/406, 08.03.1999 E.1999/1473. K.1999/1473 yayımlanmamış kararlar, ayrıca, 26.10.1998, E. 1998/6334, K. 1998/7100 TUBA Bimed

219 Yar.10.HD. 19.03.1998, E. 1998/1290, K. 1998/2406, TUBA B

220 Sözer, a.g.a. s.13

221 Yar.21.HD. 17.10.1995,E. 1995/5386 ,K. 1995/5686 , zorunlu sigortalılıkla isteğe bağlı sigortalılık çakıştığı zaman isteğe bağlı sigortalılığın iptali gerekir. TUBA Bimed

mektedir. Aynı maddenin B/a bendine göre ise isteğe bağlı sigortalılar gösterge tablolarındaki derece ve kademelerden hangisi üzerinden prim ödeyeceklerini tespit ederek kuruma bildirmek zorundadırlar.

Yargıtay'a göre primlerin zamanında ödenmemesi isteğe bağlı sigortalılığın iptalini gerektiren bir durum değildir. Yargıtay 21.H.D. 85. maddeyi yorumladığı 03.07.1998 tarihli kararında; "Anılan maddede ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ödenmeyen primler için bu tarihten başlanarak 80. madde hükmüne göre gecikme zammı uygulanacağı hükmü yer almıştır. Maddenin açık anlatımına göre, isteğe bağlı sigortalılar, primlerini süresinde ödememeleri durumunda, ancak gecikme zammı ile sorumlu tutulacakları, sigortalılığın iptali ile ilgili bir yaptırımın söz konusu olmadığı açık-seçiktir. Başka bir anlatımla primlerin ödenmesi durumunda, sigortalılığın iptal edilmeyeceği, ödenmeyen primler için gecikme zammı uygulanacağı ortadadır."²²² demiştir.

Yargıtay 21.H.D. 11.03.1999 tarihli kararında 506 sayılı Yasanın geçici 20. maddesine göre oluşturulan vakıf sigortalısının isteğe bağlı sigortalılık isteminde bulunduğu, aylık ödeyeceği gösterge tablolarını vakıf senedine göre mi yoksa 506 sayılı yasanın 85/B-a maddesine göre, bu yasada bulunan gösterge tablolarından dilediğini seçerek mi belirleyeceğini tartışmıştır.²²³

Karara konu olan olayda, vakıf sigortalısı olan ve işten ayrıldığı tarihte yaşlılık aylığı almak için gerekli koşullara sahip olmayan sigortalı, isteğe bağlı sigortalı olmak istediğini, sigorta primlerini de en son kazancına göre değil de kendi belirlediği gösterge üzerinden ödemek istediğini vakfa bildirmiş, vakıf; vakıf senedine göre en son kazancı üzerinden prim ödeyebileceğini bildirmiştir. Sigortalının vakıf aleyhine 506 sayılı Yasanın geçici 20. maddesine göre oluşturulan sandık veya vakıfların, memurlarına en az Sosyal Sigortalar Yasasının sağladığı hakları sağlamakla yükümlü oldukları gerekçesiyle, açmış olduğu davada verilen kabul kararı Özel Dairece vakıf senedinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Ne var ki, Yargıtay'a göre ayrımlı yaklaşarak Vakıf senedinde yapılan değişikliklerde dikkate alınmalıdır. Gerçektende, Yargılama sürerken vakıf senedi değiştirilerek 506 sayılı Yasayla paralel hale getirilmiştir. Yargıtay değişiklikten önceki döneme ilişkin vakıf senedinde yer alan hükümlerin uy-

222 Yar.21.HD.03.07.1998, E.1998/3460, K.1998/5080 TUBA Bimed

223 Yar.21.HD.11.03.1999, E.1999/6270, K.1999/1668, yayımlanmamış karar

gulanmasını, değişiklik sonrası için ise taleple bağlılık ilkesi gereği sigortalının dava açma hakkının bulunduğu belirtilmesi gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda devam eden bir statünün bulunduğu dikkat çeken Yargıtay; “Bu tür, geleceğe uzanan ve değişik sistemlerin devreye girdiği uyumsuzlukların; önceden belirli kurallara göre çözümlenmesi ve yürürlüğe girecek ve lehe kuralların uygulanmaması düşünülemez....Sigortalıların, bu statülerinin sürdüğü sürece, getirilecek yeni ve lehe düzenlemelerden yararlanmaları Anayasal sosyal güvenlik haklarının gereğidir.”²²⁴

VII. SOSYAL YARDIM ZAMMI

Sosyal Yardım zammı; Sosyal Sigortalar uygulamasında haklı olarak en çok eleştirilen, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın değişik dairelerinin birbirlerinden farklı kararlarına yol açan konulardan birisini oluşturmaktadır.

Sosyal yardım zammı Sosyal Sigortalar hukukuna 506 sayılı Yasanın Ek 24. maddesiyle girmiştir. Maddeye göre; 506 sayılı Yasa ile ek ve değişikliklerine göre iş kazaları ile meslek hastalıkları, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından gelir veya aylık alanlara her ay sosyal yardım zammı ödenecektir.

Sosyal Sigortalar Kurumunca emeklilere yapılan toplam ödemelerin %62’sini²²⁵ oluşturan, karşılığında prim alınmadığı için, sigorta mantığı ile açıklanması olanaksız olan sosyal yardım zamları aracılığı ile Sosyal Sigortalar Kurumunun yapmış olduğu ödemeler toplanan primlerin %30’una ulaşarak SSK’nun mali dengelerini alt üst eden bir uygulama haline dönüşmüştür.

Siyasilerin popülist politikalarıyla Sosyal Sigortalar Kurumunun omuzlarına yüklenen bu yükün, Bütçeden karşılanması en uygun çözüm olmasına karşın, bu yola başvurulmamış, ek 24. maddenin I. bendinde yapılan bir düzenlemeyle bu bentte sıralanan kuruluşlarda çalışanlar için ödenen sosyal yardım zamlarının, bu kuruluşlar tarafından Sosyal Sigortalar Kurumuna geri ödenmesi hükmü getirilmiştir. 506 sayılı Yasanın Ek 24/L maddesine hangi kurumların girdiği sorunu ise Yargı organları arasında farklı kararların çıkmasına yol açmıştır.

1. Danıştay’ın Sosyal Yardım Zammına İlişkin Yorumu

Sosyal yardım zammı, 17.06.1994 günlü, 21963 sayılı Resmi Gazetede

224 Yar.21 HD.11.03.1999, E.1999/6270, K.1999/1668, yayımlanmamış karar

225 Sarper Sütçek a.g.e.s.451

yayımlanan Sosyal Yardım Zammı Uygulaması Genel Tebliğinde ismi geçen kuruluşun kendisinin Ek 24. madde kapsamında sayılmaması gerektiği halde, tebliğde bu madde kapsamında gösterildiği ve tebliğin bu bölümünün iptali istemiyle dava açması üzerine Danıştay 10. Dairesine gelmiştir. Danıştay 10. Dairesi talebi yerinde bularak 27.12.1995 tarihinde adı geçen tebliğin davacı kuruluşun ismi geçen bölümünün iptaline karar vermiştir.²²⁶

Danıştay 10. Dairesinin kararının Kurum tarafından temyiz edilmesi üzerine ise uyuşmazlık Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca incelenmiş, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Danıştay 10. Dairesinin kararını bozmuştur.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kuruluna göre; Ek 24. maddede 01.06.1994 tarihinde 3395 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle yasanın kapsamı genişletilmiştir. Bu durumda sosyal yardım zammı ödemekle yükümlü tutulan kurum ve kuruluşlar “kamu kuruluşları, kanunla ve kanunların verdiği yetkiye istinaden kurulan diğer kuruluşlar ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki kuruluşlar olarak üç gruba” ayrılmıştır.²²⁷

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kuruluna göre; Yasanın kapsamına girip girmeme açısından Yasayla ve Yasaların verdiği yetkiye dayalı olarak kurulan kuruluşların, kamu kurumu olup olmamalarının, sermaye birleşimlerinin özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunmalarının bir önemi yoktur. Yasanın kapsamında değerlendirilmeleri için yasayla kurulan kuruluş olmaları “(OYAK gibi)” veya yasaların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kuruluşlar (tarım satış kooperatifleri ve bunların kurdukları birlikler gibi) olmaları yeterlidir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu açısından üç guruba ayrılan kurum ve kuruluşların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinin de sosyal yardım zammı ödeme yükümlülüğünde bulunduğu, maddenin yazılış biçiminden çıkartılması gereken bir sonuçtur. Aksinin kabulü Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kuruluna göre “bu kurum ve kuruluşların müessese, bağlı ortaklık ve iştirakleri aracılığı ile yükümlülüğünden kurtulabilmelerine olanak sağlayabileceğinden; kanun koyucunun amacı ile çelişen bu yorumun kabulü de olanaksızdır.”²²⁸

226 Danıştay 10.D. 27.12.1995, E: 1994/4794, K: 1995/6747 TUBA Bimed

227 Danıştay İDGGK 17.01.1997,E. 1996/197 K. 1997/59 T. 17.01.1997, TUBA Bimed

228 Danıştay İDGGK 17.01.1997,E. 1996/197 K. 1997/59 T. 17.01.1997, TUBA Bimed

2. Anayasa Mahkemesinin Sosyal Yardım Zammına İlişkin Yorumu

Sosyal Yardım Zammı 15.02.1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında da incelenmiştir.²²⁹ Anayasa Mahkemesi konuya, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun karşılaştığı finansman darboğazının giderilerek, sosyal güvenliğin çalışanlar yönünden daha iyi bir düzeye getirilmesi amacından hareketle yaklaşmış ve sosyal yardım zammının Sosyal Sigortalar Kurumuna geri ödenmesini öngören 3395 sayılı Yasayla yapılan değişikliği de bu amaca hizmet eden bir yasa olarak nitelendirip Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Yüksek Mahkeme, kararında çok hassas bir sistem olarak tanımladığı sosyal güvenlik sisteminin ülkemizde bazı baskı gruplarının veya politik kişilerin istekleriyle değişikliklere uğratıldığına, bu değişikliklerin, sistemi son yıllarda oldukça dejenere ettiğine dikkat çekmek gereği duymuştur.

Ancak konumuz açısından ilginç olan nokta; Anayasa Mahkemesinin “Yasa koyucu, itiraz konusu düzenleme ile 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki teşekkül ve kuruluşlarla bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerine böyle bir sosyal güvenlik yükümlülüğü getirirken öbür işverenleri kapsam dışında bırakmıştır.” sözleriyle Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun aksine yasanın kapsamına giren kuruluşları “233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki teşekkül ve kuruluşlarla bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştirakleriyle” sınırlamasıdır. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulundan farklı olarak yasanın kapsamına girenlerin sadece 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki teşekkül ve kuruluşlarla bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştirakleri olduğu sonucuna ulaşmıştır.

3. Yargıtay'ın Sosyal Yardım Zammına İlişkin Yorumu

Yargıtay HGK 14.02.1996 tarihli Kararına Yargıtay 10.H.D. Yasanın kapsamını 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında bulunan kuruluşlarla sınırlı olarak yorumlayıp, yalnızca yasayla kurulmuş bir kurum olmanın, yasanın kapsamına girmesi anlamına gelmeyeceğini ve bu nedenle de, ödenen sosyal yardım zamlarından 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararna-

229 Anayasa Mah. 15.02.1995 ,E. 1994/89 K., 1995/10, R.G.15.08.1995 Sayı: 223

me kapsamında yer almayan davacı kuruluşun sorumlu tutulmasının olanaklı olmadığını belirterek, yerel Mahkeme kararını bozması yerel Mahkemenin de direnme kararı vermesi üzerine konuyu tartışma olanağı bulmuştur.²³⁰

Yargıtay HGK sözü edilen bu kararında Yargıtay 10.H.D.'nin aksine bir yorumla Ek 24. maddenin kapsamına giren kuruluşların Danıştay İdari Davaya Daireleri Genel Kurulu kararında belirtilmiş olduğu gibi **“genel ve katma bütçeli idareler, mahalli idareler, döner sermayeli kuruluşlar gibi Kamu kuruluşlarını + Kanunla ve Kanunların verdiği yetkiye istinaden kurulan diğer kuruluşları + 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamına giren teşekkül ve kuruluşları + bunların, yani bu 3 grubun müessese, bağlı ortaklık ve iştirakleri”** olduğu sonucuna ulaşmıştır. HGK'na göre; Medeni Yasanın 1'nci maddesi uyarınca “Kanunun lafzıyla veya ruhuyla temas ettiği bütün meselelerde mer'i olduğunu” göz önünde tutmak gerekir. Davanın yasal dayanağı olan ek 24/L maddenin anlamının tayininde, evvela lafza bakmak, lafız açık değilse, ruhunu da dikkate alarak sonuca varmak zorunludur....Bu yön, dil kurallarına göre, birinci grubu teşkil eden Kamu Kuruluşlarından sonra (ile) sözcüğünün, ikinci grubu oluşturan diğer kuruluşlardan sonra (ve) sözcüğünün üçüncü grup teşekkül ve kuruluşlardan sonrada çoğul ve bu 3 grubu da kapsar biçimde (bunların) sözcüğünün kullanılarak, müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerden söz edilmesinden açıkça anlaşilmektedir.”²³¹

Kararın karşı oy yazısında iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre; bir kuruluşun sosyal yardım zamlarından sorumlu olması için, yasa ile kurulmuş olması yetmez, aynı zamanda da sermayesinin tamamının veya yarısından çoğunluğunun Devlet tarafından verilmiş olması gerekmektedir.

²³²

Karşı oy yazısındaki ikinci görüş ise sosyal yardım zammının niteliğinden, yasanın gerekçesinden hareket ederek, Sosyal Sigortalar Kurumunun gelirlerinin neler olduğunu belirleyen 4792 sayılı Yasada sosyal yardım zamlarından söz edilmediği, sosyal sigortaların tamamen prim sistemi üzerine kurulu bir sistem olduğu, sosyal yardım zamlarının ise prim karşılığı olmadığı,

²³⁰ Yür.HGK,14.02.1996,E. 1995/110-997 .K. 1996/56 TUBA Bimed

²³¹ Yür.HGK,14.02.1996,E. 1995/110-997 .K. 1996/56 TUBA Bimed

²³² Yür.HGK,14.02.1996,E. 1995/110-997 .K. 1996/56 karşı oy yazısı TUBA Bimed

sosyal yardım zamlarına ilişkin olarak işçinin aktif çalışma devresinde prim kesilmediği belirtilerek”, sosyal yardım zammının karşılığı prim olmadığına göre, bu giderin karşılığı 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 19. maddesinde kurumun gelirleri belirtilirken D-fıkrasında belirtilen genel bütçeden yapılacak yardımlar olması gerektiği tezi savunulmuştur.²³³ Bu görüşe göre; Yasa koyucu, sosyal yardım zammından onbinlerce özel sektör işverenleri sorumlu tutmamış, sadece bahsi geçen 506 s.K. ek 24/1'de adı geçen mahdut sayıda kurum ve kuruluşları sorumlu tutmuştur. Çünkü, işçi işyerinden ayrılırken işçilik haklarını almış ve Sosyal Sigortalar kanununda belirtilen primler işverence kuruma ödenmiş, işverenin hiçbir yükümlülüğü kalmamıştır. Yaşlılık, malullük, ölüm aylığı yükümlüsü Sosyal Sigortalar Kurumudur. Sosyal Sigortalar Kurumu ise, işçiye işçinin hizmet süresi ve ödediği primlere göre aylık bağlar, fazlası verilecek ise bunu yasa koyucu ancak genel bütçede yapılacak yardımlarla karşılayabilir. Aksinin kabulü ise sosyal güvenlik kuralları ile bağdaşmaz.”²³⁴

Dolayısıyla da karşı oy yazısında ileri sürülen bu tez açısından yasaya göre sosyal yardım zammından sorumlu olan kuruluşlar “1- Genel ve katma bütçeli idareler, 2- Döner sermayeli kuruluşlar, 3- Kanunla ve kanunların verdiği yetkiye istinaden kurulan kuruluşlar, 4- Mahalli idareler, 5- 233 sayılı kanun hükmünde kararname kapsamına giren teşekkül ve kuruluşlarla bunların müessesese, bağlı ortaklık ve iştirakleri”²³⁵ ile sınırlıdır.

Yargıtay 10.H.D., HGK'nun yukarıda belirtmiş olduğumuz kararından çok kısa bir süre sonra 12.03.1996 tarihinde vermiş olduğu kararında ise HGK'nun kararında belirtilen gerekçeleri benimseyerek, yasayla kurulmuş kuruluş ve onların iştiraklerinin sosyal yardım zamlarından sorumlu olduklarına karar vermiştir.²³⁶

Yargıtay 21.H.D. ise 11.03.1999 tarihinde vermiş olduğu kararında sosyal yardım zammını “sosyal sigortalar sistemine ters”²³⁷ düşen bir yükümlülük olarak nitelendirmiş, ek 24'üncü maddenin L bendinde sıralanan kuruluşlardan ne anlaşılması gerektiğini ise “maddenin getirdiği düzenlemede adı geçen kuruluşların kısaca Anayasanın 123. maddesinde sözü edilen mer-

233 Yar.HGK.14.02.1996.E. 1995/10-997 .K. 1996/56 ikinci karşı oy yazısı TUBA Bimed

234 Yar.HGK.14.02.1996.E. 1995/10-997 .K. 1996/56 ikinci karşı oy yazısı TUBA Bimed

235 Yar.HGK.14.02.1996.E. 1995/10-997 .K. 1996/56 ikinci karşı oy yazısı TUBA Bimed

236 Yar.10.HD.12.03.1996.E. 1995/10448 .K. 1996/1979 TUBA Bimed

237 Yar.21.HD. 11.03.1999, E.1999/883, K.1999/1622, 15.04.1999, E.1999/204, K.1999/2478 sayımlanmamış kararlar

kezi ve yerinden yönetim idareleri ile tüm kamu tüzel kişilerini içerisine alan kuruluşlar olarak anlamak, maddenin içeriğine uygun düşecektir” sözleriyle belirtmiştir. Yargıtay 21.H.D.’ne göre; bir “tüzel kişiliğin amaç, görev, kuruluş, işlev, yönetim ve finansman esaslarının açıkça yasada belirlenmiş olması ve kamusal niteliğinin belirgin olması” karşısında bu kuruluşun 24/L maddesine giren bir kuruluş olduğundan kuşku duyulmaması gerekmektedir.

Sosyal yardım zammından hangi kuruluşların sorumlu olacağına ilişkin Yargıtay Özel Daireleri arasında ortaya çıkan görüş ayrılığı nedeniyle konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kuruluna taşınmış ancak, kitabın hazırlandığı tarihlerde henüz daha karar çıkmamıştır.

VIII. SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMLERİNDE KRİZ VE YENİ ARAYIŞLAR

1.Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Gelişimi

İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişmiş ülkelerde yaşanan hızlı ekonomik büyüme, düşük işsizlik, sosyal güvenlik sistemlerine primleri ve vergileriyle katkı sağlayanların, sosyal güvenlik sisteminden yararlanan işsiz ve emeklilere göre daha yüksek sayıda olmaları, sosyal güvenlik hakkının gelişimi içinde olumlu bir ortam yaratmıştır. 1970’li yıllara kadar süren bu dönemde sosyal güvenlik hakkı sosyal devletin en somut görünüm biçimine dönüşmüştür.

Gerçekten de “ekonominin altın çağı olarak adlandırılan 1945-1975 döneminde, ekonomik kalkınma ve büyümeye koşut olarak, sosyal güvenlik sistemleri olağanüstü bir gelişim seyri izlemiş, gelişmiş ülkelerde tüm nüfusu kapsamına almış, gelişmekte olan ülkelerde de sistemin kökleşmesi yönünde olumlu adımlar atılmıştır. Dahası, ekonomik krizin bireyler üzerindeki olumsuz etkisini gidermede sosyal güvenlik sistemleri olumlu bir rol oynamıştır.”²³⁸

238 Güzel A. “Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sistemi İçin Yeni Bir Örgütlenme Modeli”. Cumhuriyetin 75.Yılında Endüstri İlişkilerinde ve Emek Piyasalarının Düzenlenmesinde Devletin Rolü Ve İşlevleri, Türk Endüstri İlişkileri Derneği Yayını, 1998 s.275

Nitekim, Batı Ülkelerindeki sermaye birikiminin %50'sini sosyal güvenlik primlerinin oluşturduğu belirtilmiştir.²³⁹

Öte yandan gelişmiş ülkelerde sosyal güvenlik için ayrılan kaynaklar GSYİH'nin %25'i ile 35'i arasında değişen oranlara ulaşmıştır.²⁴⁰

Sosyal güvenlik uygulamalarının otuz yıllık pratiği sosyal güvenlik sistemlerinin çağdaş toplumlar için vazgeçilmez olduğunu ortaya koymuş, sosyal güvenlik çağdaş "toplumlarda sosyal barışı güçlendirmenin ve sosyal dayanışmayı yaygınlaştırmanın en etkin vasıtası olarak görülmeye başlanmıştır."²⁴¹ Gerçekten de "sosyal güvenlik, bütün maddi değerlendirmelerin ötesinde, toplum huzurunun sağlanmasına sağladığı pozitif katkı ile vazgeçilmez bir gerçektir."²⁴²

2.Sosyal Güvenlik Sistemlerinde Kriz

Dünya ekonomisinde 1970'li yılların ortalarında petrol fiyatlarındaki ani yükselişle kendisini gösteren ekonomik kriz, beraberinde refah devletinin, dolayısıyla da refah devletinin en belirgin olarak kendisini hissettirdiği sosyal güvenlik sistemlerinin sorgulanmasını da beraberinde getirmiştir.

"Dayanışma ve sosyal birlik düşünceleri üzerine kurulan Avrupa refah devletleri bugün yalnızca uzun süreli yüksek enflasyonun yıkıcı etkileri, iç finansal dengesizlikler ve işlevsel açıklar yüzünden değil; sıkı bütçe politikalarının (ekonomik ve parasal birliğin etkisiyle) aşırı baskısı, siyasi, ideolojik ve ticari karşı saldırılar ve artan uluslararası rekabet yüzünden de sürekli tehdit altındadır."²⁴³

Krizin nedeni olarak Keynesyen ekonomi politikalarını gören, sosyal devletin tarihsel misyonunu tamamladığını iddia eden neo liberal akımlar, krizden çıkış yolu olarak devletin küçültülmesi, devletin ekonomiden elini çekerek her şeyin piyasaya bırakılması tezine dayalı bir politika geliştirmişlerdir. Bu tezin savunucularınca sosyal güvenlik sistemlerinin meşruluğu

239 Dentirkan T, "Dünya ve Türkiye Küreselleşme ve Değişim" Küresel Düşünce gurubu Paneller dizisi, İstanbul 1997, s.25

240 Alper Y, "Yeniden yapılanmanın(Dönüşümün) Eşiğinde Sosyal Güvenlik,Mercek Temmuz 1998 s.57

241 Alper Y, a.g.m, s.57

242 Alper, Y,s.57

243 Hutsebaut,M, . Avrupa'da Sosyal Koruma, Harp İş Yayımları, Ankara 1998 s.19

sorgulanmaya başlanmış, sosyal güvenlik sistemleri devletin ekonomideki payının büyümesine yol açtığı, sosyal güvenlik sistemlerine ayrılan kaynakların yatırımların düşmesine neden olduğu, sosyal güvenliğin tasarruf eğilimini düşürdüğü, bütçe açıklarına neden oldukları iddia edilmiştir. Sosyal güvenlik harcamalarının gelişmiş ülkelerde ileri boyutlara ulaştığını savunanlara göre; “sosyal güvenlik harcamaları; makro ekonomik dengeleri bozmakta, rekabet gücünde kayıplara neden olmakta ve yüksek oranlı işsizlikle mücadelede zorlaştırmaktadır.”²⁴⁴

Özellikle de rekabetin üzerinde durulmakta sosyal güvenlik sistemlerinin rekabet yeteneği olmayan bir ekonomide yaşayamayacağı, sosyal güvenlik sistemlerindeki aşırılıkların ekonomileri tehdit ettiği, işgücü maliyetlerini arttırarak rekabet gücünü zayıflattığı, işletme esnekliğini sınırlandırdığı, bu nedenle yeni işyerlerinin açılmadığı, bununda işsizliğin artmasına neden olduğu ileri sürülmüştür.²⁴⁵

Avrupa’da ki Sosyal güvenlik sistemlerinin ekonomiyi olumsuz etkilediğini ileri sürenler, bu olumsuz etkinin kendisini yüksek maliyetler, düşük verimlilik, global rekabette zayıflık olarak gösterdiğini belirtmektedirler.²⁴⁶

Gerçektende gelişmiş ülkelerde sosyal güvenlik sistemleri ciddi bir krizin içerisinde. Artan işsizlik gelir kaybına neden olurken yaşlı nüfusun çoğalması, sosyal güvenlik sistemlerinin giderlerinin artmasına neden olmuştur.²⁴⁷ Sosyal güvenliğe ciddi kaynak aktarılmasına karşın yoksulluğun ortadan kaldırılamaması, genç işsizlerin gerekli çalışma belgelerini ve gelir durumlarını bildiremediği için sosyal güvenlik sisteminin dışında kalan atipik çalışanların,²⁴⁸ “sosyal sigortaların hakim olduğu ülkelerde çalışmayanların sosyal güvenlik sisteminin kapsamı dışında kalmaları; sosyal güvenlik sistemlerinde sosyal dayanışmayı zedeleyen suistimallerin ortaya çıkması; sosyal güvenlikte eşit davranma ilkesinin hayata geçirilememesi; özellikle işsizlik ve aile ödenekleri sigorta kolları ile yeni bir bağımlılık ilişkisinin ortaya çıkması ve güçlenmesi; çalışma ve tasarruf eğilimlerinin azalması; artan sosyal güvenlik harcamalarının kamu harcamalarının dengesini bozması ve

244 TISK, Gelişmiş Ülkelerde ve Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Yeniden Yapılandırılması, TISK İnceleme yayınları NO:18, s.7

245 TISK a.g.e. s.8

246 TISK a.g.e. s.8

247 TISK, a.g. e. s.7

248 Hutsebaut, M. a.g.m, s.23

emek yoğun yatırımları azaltması gibi sebeplerle sosyal güvenlik sistemleri başarısız bulunmaktadır.”²⁴⁹

Öte yandan teknolojinin gelişimine bağlı olarak istihdam biçimlerinde yaşanan değişim, bu değişimle birlikte sosyal kültürel yaşamında dönüşüme uğraması, toplumlarda bireyciliğin artarak sosyal dayanışma duygularının zayıflaması, uygulanan neo liberal politikalarla refah devleti anlayışını erozyona uğratılması, özellikle Avrupa'nın istihdamı arttırmadaki başarısızlığı ve yeni istihdam modeli olarak esnek çalışma adı altında yapılan çalışmaların yaygınlaşması, kısaca yeni toplumsal gelişmeler karşısında yeni ve farklı olarak ortaya çıkan gereksinimlerin sosyal güvenlik sisteminde kısmen yankı bulması²⁵⁰ ve sosyal güvenlik sistemlerinin bu gereksinimleri yeterince karşılayamaması sisteme duyulan güvenin sarsılmasını da beraberinde getirmiştir.²⁵¹

Nitekim gelişmiş ülkelerde de “sosyal güvenlik sistemleri, meslek türlerinin giderek esnekleşmesine ve atipik çalışmanın sıradan bir çalışma türü haline gelmesine uyarlanamamıştır. Geniş bir kategori oluşturan atipik çalışanlar ayrımcılığa tabi tutulmakta, cezalandırılmakta, az korunmakta ya da hiç korunmamaktadır. Yakın zamanda yapılan araştırmaların bulguları, kadınların ve gençlerin yoğun olarak istihdam edildikleri yarım zamanlı çalışma, geçici çalışma ve evde çalışma gibi esnek çalışma türlerinin tümünün sosyal güvenlikteki boşluktan zarar gördüklerini ortaya koymaktadır. Bu boşluklar özellikle resmi olarak belirlenmiş sosyal güvenlik çizgisinin altında kalan bazı yarım zamanlı çalışma kategorilerinde iyice belirgindir. Esnek zamanlı sözleşmeler tanım olarak bile güvensizdir. Mesleğe ara verme ve yarım zamanlı çalışma ilgili kişilerin emeklilik maaşına hak kazanma, erken emeklilik ve işsizlik güvencesinden yararlanmak için uygun koşullara sahip olmalarını zorlaştırmaktadır. Avrupa’da yalnızca ücretli emek değil sosyal güvenlik kadınıla erkek arasında eşit dağılmamıştır.”²⁵²

Sosyal güvenlik sistemlerinde sorun sadece gelişmiş ülkelerle de sınırlı değildir. Gelişmekte olan ülkelerde sosyal güvenlik sistemlerinin henüz

249 Alper Yağm s.58

250 Hutsebaut,M.a.g.m, s.24

251 Freeman,Richard B.,“Emek,Sermaye ve Sosyal Güvenlik: 21.Yüzyıla Hazırlanırken”, Avrupa’da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar, T.Harp İş Yayıncılık, Ankara .1998 s.32

252 Hutsebaut,M.a.g.m, s.23

daha oturmamış olması, sisteme yapılan politik müdahaleler, sosyal güvenlik sistemlerine yönelik popülist yaklaşımlar, bu ülkelerde yaşanan her ekonomik krizin faturasının sosyal güvenliğe çıkartılma alışkanlığı, sosyal güvenliğin nüfusun tamamını kapsayacak ölçüde gelişmemiş olması, sosyal güvenliğin finansmanında devletin katkısı bu ülkelerde çok az ya da hiç olmasına karşın, kaçak işçilik, kayıt dışı ekonominin yaygınlığı nedeniyle yaşanan mali açmazlar “bu ülkelerdeki sosyal güvenlik sistemlerini yetersiz kılan faktörler olarak kendini göstermektedir. Bu yetersizlik nüfusun ve çalışanların sınırlı bir kesiminin, sınırlı sayıdaki sosyal güvenlik tehlikesine karşı yetersiz korunmasını beraberinde getirmiştir.”²⁵³

3. Daha Fazla Sosyal Güvenlik Hakkı mı, Sosyal Güvenlik Standartlarının Düşürülmesi mi?

Artan sorunlar karşında çözüm üretmenin sınırlı kalması, sosyal güvenlik sisteminin meşruluğunu sorgulayanlara sistemin kendisini geniş halk kitlelerine karşı hedef gösterme olanağını vermiş, giderekte “refah devletinin sorunun çözümü değil de parçası olduğu yönündeki şüpheleri artırmıştır”²⁵⁴ Piyasa ekonomisinin koşulsuz hakimiyetini savunanlar bu durumdan yararlanarak kendi söylemlerini güçlendirirken, refah devletini savunanlar “ya buna ses çıkartmamış ya da alternatif, yaratıcı çözümler önermeden varolan durumu savunmuştur. Sonuçta, halk arasında artık reform sözcüğü kapitalizmin yarattığı eşitsizlikleri onararak piyasadaki zayıf kesimleri korumak anlamına değil; refah devletinin eşitsizliklerini ve verimsizliğini azaltmak anlamına”²⁵⁵ gelmiştir.

a) Sosyal güvenlik sistemlerinin özelleştirilmesi

Sosyal güvenlik sistemlerinin içerisine düşmüş oldukları krizden yararlanan neo liberal iktisatçılar, çözüm olarak sosyal güvenlik sisteminin tümüyle özelleştirilerek sosyal güvenliğin bireyin inisiyatifine bırakılması önerisini gündeme getirmişlerdir. Şili örneğinden hareket eden bu görüşle-

253 Alper,Y.a.g.m. s.58

254 Freeman,B.Richard, a.g.m. s. 32

255 Freeman,B.Richard, a.g.m. s. 32

rin en büyük destekçisi Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankası olmuştur. “Dünya Bankası’nın ve Uluslar arası Para Fonu’nun (IMF) da desteğiyle 1994 yılında yayımladığı rapor sosyal güvenliğin özelleştirilmesi konusunda büyük yankı uyandırmış ve kendisine taraftar bulmakta da gecikmemiştir.”²⁵⁶

Dayanağını her sorunun piyasada, piyasanın kuralları çerçevesinde en uygun çözümünü bulacağı dogmasından alan bu görüşlerin, sosyal güvenlik sisteminin özelleştirilmesi için getirdikleri birinci öneriye göre; kamu sadece en yoksul kesimlere asgari düzeyde yardım yapmakla sorumlu olacak, buna karşılık tüm sosyal riskler için sosyal koruma özel sigortalara devredilecektir. Özelleştirmeyi savunanların daha yumuşak görünen ikinci önerilerini ise, özel sigorta şirketlerinin “sağlık hizmetleri ya da hastalık sigortasının örgütlenmesine ve işleyişine artan oranda katılımını sağlamak”²⁵⁷ düşüncesi oluşturmaktadır.

Sosyal güvenlik sistemlerinin özelleştirilmesinde öncülüğü Dünya Bankasının da desteği ile Şili Yapmıştır. 1993 yılında Peru, 1994 yılında Arjantin ve Kolombiya’da uygulanan bu sistem, Dünyada bu dört Latin Amerika Ülkesiyle sınırlı kalmıştır.

Şili’de uygulanmaya başlanan ve “Emeklilik Tasarruf Sistemi” (ETH) olarak adlandırılan bu sistemde devlet tümüyle sosyal güvenliğin dışına çıkartılmakta, “çalışan ya da işveren, devlete herhangi bir sigorta primi ödememekte; diğer taraftan da, çalışana devlet tarafından herhangi bir emeklilik maaşı ödenmemektedir. Bunun yerine, çalışma hayatı boyunca ücretinin %10’u, otomatik olarak işveren tarafından her ay çalışanın kişisel ETH’sine yatırılmaktadır.”²⁵⁸

Şili’deki Sosyal Güvenlik sisteminin özelleştirilmesini gerçekleştiren Şili Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanın deyimiyle Şili’de uygulanan sistem sayesinde “emeklilik maaşları devlet meselesi olmaktan çıkmış ve böylece politikanın esiri olmaktan kurtulmuş; bireylere kendi yaşamları üzerinde daha çok söz sahibi olma hakkı tanınmıştır.”²⁵⁹ Önce yapılmaması gerekeni yapıp sonra bunu kendisi yapmamış gibi gerekçe olarak kullanmanın tipik

256 Güzel, a.g.m. s.282

257 Güzel, a.g.m. s.282

258 Jose.P. “Çalışanların Güçlendirilmesi; Şili’deki Sosyal Güvenlik Sisteminin Özelleştirilmesi” *Cato Mektupları NO:10, Cato Institute 1996 s.3* www.persionreform.org/studies/c110_tur.html

259 Jose.P, a.g.m. s.3

örneğini oluşturan bu söylemle Şili sistemi tüm dünyaya örnek olarak gösterilmeye çalışılmıştır. Sistemin işleyişine güvence olarak ise devlet denetimi gösterilmektedir. İlginç olan nokta “politikanın esiri olmaması” için devletin elinden alınan sosyal güvenlik sistemlerinde çalışanların 15 adet şirket arasından seçtiği “Emeklilik Fonu Yöneticisi” adı verilen özel şirketlerin denetiminin devlete bırakılmasıdır. Bir başka ifadeyle kendi kuruluşlarını denetleyemeyen, politikanın esiri haline gelen devlet tarafından bu şirketlerin “portföylerinin düşük riskli olmasını temin etmek, ve hırsızlık ve yolsuzlukların önlenmesini sağlamak amacı ile”²⁶¹ denetlenmesinin beklenmesidir. Devlet bu denetimi yaparken de bir anlamda taşeron kullanacak ve bağımsız çalışan, görevi denetim olan ancak devlete bağlı teknik bir müfettişlik aracılığı ile denetim sağlanacaktır.²⁶¹

Şili sosyal güvenlik sistemi tüm iddialarına karşın beklenen sonuçları verememiştir. “Şili reform modeli ile uğraşan uzmanlara göre, dağıtım sisteminden kapital (sermaye biriktirme) sistemine geçiş tasarruf oluşumuna ispat edilebilir bir etki yapabilmiş değildir. Aksine, devlet giderlerinin artması sonucu milli tasarruflarda azalmaya sebep olmuştur denilebilir.”²⁶² Öte yandan son yıllarda sistemin “çatırdamaya başladığı yönetim giderlerindeki artışlar yüzünden primlerin arttırıldığı, 13 yıl boyunca yılda ortalama %13 getiri sağlayan fonların”²⁶³ yatırıldığı alanlarda işlerin iyi gitmemesi nedeniyle açık vermeye başladığı belirtilmiştir.²⁶⁴ Sisteme dahil olan “5 milyon işçiden sadece %57’sinin prim ödemeye devam etmekte olması ve Şili işgücünün %30’unun sigortasız çalışmakta olması da üzerinde iyi düşünülmesi gereken bir olgudur”²⁶⁵ denilmektedir.

Dünya Bankasının tüm desteğine karşın Şili sistemi yukarıda belirtmiş olduğumuz birkaç Latin Amerika ülkesiyle sınırlı kalmıştır. Özellikle Thatcher dönemi İngiltere’sinde Reagan dönemi ABD de politikacılarla çok dillendirilmesine karşın çalışanların göstermiş olduğu yoğun tepkiler nedeniyle daha çok söylem²⁶⁶ düzeyinde kalmıştır.

260 Jose.P. a.g.m. s.3

261 Jose.P. a.g.m. s.3

262 Sözer, a.g.m. s.1999

263 Tuncay, a.g.m., s.369

264 Tuncay, a.g.m., s.369

265 Tuncay, a.g.m., s.369

266 Freeman.B.Richard, a.g.m. s. 32

b) Yeni ekonomik gelişmeler sosyal güvenlik gereksinimini arttırmıştır

Sosyal güvenlik sistemlerinin içerisinde düştüğü krizden hareket ederek 19.yüzyılın başlarında hakim olan “bırakınız yapsınlar ideolojisine geri dönüşü”²⁶⁷ piyasa fetişizmi temelinde savunan görüşlere karşı, sosyal güvenlik hakkının evrensel vazgeçilemez bir insan hakkı olduğu, toplumu bir arada tutan sosyal güvenlik sistemlerinin piyasaya terk edilmesinin eşitsizliklerin ve adaletsizliklerin artmasından başka bir sonuç vermeyeceği vurgulanarak, yeni ortaya çıkan gelişmelerin sosyal güvenlik sistemlerinin kapsamının genişletilmesi zorunluluğu doğurduğu savunulmuştur.

Sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesinin piyasaya bırakılmayacağına görmek için dünyanın Pazar ekonomisi ile en çok yönetilen iki ülkesinde ABD ve İngiltere’de piyasanın yaratmış olduğu sonuçlara bakmak yeterlidir. Gerçektende; yüksek vasıfla ve iyi ücretle çalışanlarla düşük vasıflı ve düşük ücretlerle çalışanlar arasındaki “eşitsizlik, ABD’de son on yıldır, İngiltere’de geçen yüzyıldan bu yana görülmemiş düzeyde artmıştır. Düşük ücretlilerin reel kazançları ve özel olarak sağlanmış emeklilik ve sağlık sigortası güvenceleri ABD’de belirgin bir şekilde düşmüştür. İki ülkede de, yüksek toplam istihdama rağmen, ekonomik güvensizlik artmıştır. Fabrikaya dayalı toplu üretimin yerini teknolojik üretime bıraktığı bu dönemde, düşük vasıflı insanlara uygun kazanç sağlayacak işler yaratılamamıştır. Piyasa güçlerine daha fazla söz hakkı tanıyarak ücret belirlemedeki kurumsal müdahaleyi azaltan Yeni Zelanda ve İtalya gibi ülkelerde de eşitsizlik büyük oranda artmıştır.”²⁶⁸

Piyasanın yaratmış olduğu sonuçların rakamlarla ifadesi sonuçların daha somut görülmesini sağlayacaktır. ABD’de 1975-1995 döneminde ülkenin GSYİH’sı iki misli artarken ücretler reel olarak %13 gerilemiş, 40-50 milyon insan yoksulluk içerisinde yaşamak zorunda kalmış, her altı çocuktan birisi aşırı derecede yoksulluk koşullarına mahkum olarak büyümeye çalışmaktadır.²⁶⁹

267 GüzelÖkür *Sosyal Güvenliğin Temel İlke ve Sorunları Işığında S.S.K. Birleşik Metal İş Yayıncılığı*, 96/10 İstanbul:1996 s.11

268 Freeman,B.Richard, a.g.m. s. 32

269 Rocard,M. “Avrupa’da emeğin geleceği ve Sosyal Güvenlik üzerine etkileri”, *Avrupa’da Sosyal Kurumun Değişim ve Sorunları*, T.Harp İş Yayıncılığı, Ankara .1998,s.47

“ABD’de işgücü piyasasından dışlanan çalışanların %15-20’si işsiz olurken, %80-85’i işgücü piyasasının kıyısında çok düşük ücretle çalışmaktadır. Avrupa’da bu iki kategorinin oranı yarı yarıyadır. Hem Avrupa’da hem de ABD’de bu iki gurup çalışan nüfusun %30’unu oluşturur.”²⁷⁰

ABD’de sosyal güvenlik sistemlerinde yaşanan zayıflamanın toplumsal etkileri kendisini aratan oranda özelleştirme, dışlanma, psikolojik endişe ve kamu alanının yok oluşu, siyasi katılımın giderek düşmesi biçiminde gösterdiği vurgulanmıştır.²⁷¹ Bu saptamayı yapan görüşe göre ABD’de “sıradan yurttaşların ideolojisi, yurttaşlık haklarından iş hayatına atıldıklarında feragat ettikleri şeklindedir. Amerikalılar, yurttaşlık haklarını çalışırken emanet ya da teslim etmişler gibi davranmaktadırlar.”²⁷²

Sosyal güvenlik sistemlerinin rekabet olanaklarını zorlaştırarak yatırımlara engel olduğu, dolayısıyla da işsizliğe yol açtığı, verimliliği düşürdüğü iddialarına karşı ise, “düşük ücrete dayalı sistemlerin, önce yaşama ve çalışma koşullarında, sonra da büyüme ve gelişmede bir düşüş yarattığı”²⁷³ vurgulanarak, işsizlikle mücadele etmenin yolunun “sosyal politika yasalarının gevşek tutulmasından değil; tam aksine, emek niteliğini ve üretkenliğini arttırmak için emek standartlarını sağlamlaştırmaktan ve açığa kavuşturılmaktan”²⁷⁴ geçtiği belirtilmiştir. Bu görüşü savunanlara göre;²⁷⁵ sosyal politika üretken bir öğe olarak görülmeli ve ekonomik rekabet bu yolla sosyal uyumla birleştirilmelidir.

Tüm bu görüşler sosyal güvenlik sistemlerinde var olan krizi yadsımamakta ancak, bu krizin nedenleri ve çözüm önerilerinde sosyal güvenlik sistemlerinin özelleştirilmesini, piyasa koşullarına terk edilmesi ya da standartlarının düşürülmesini savunanların tam aksine, sosyal güvenlik risklerinin artık 1945’li yıllarda aynı olmadığını, önceden var olan risklere yenilerinin de eklendiğini, bu yeni risklerin sosyal güvenlik sistemlerinin kapsamının gelişimini zorunlu kılarak, standartların yükseltilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.

270 Roward, M. a. g. m. s. 47

271 Birnbaum, N., “Sosyal Güvenliğin Geleceği: Rekabet mi Dayanışma mı” Avrupa’da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar, T.Harp İş Yayını, Ankara .1998, s. 438

272 Birnbaum, N., a. g. m. s. 438

273 Deakin, S., “Sosyal Güvenlik: Asgari Standartlar mı yoksa Sosyal Güvenliğin Sonu mu” Avrupa’da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar, T.Harp İş Yayını, Ankara .1998, s. 430

274 Deakin, S., a. g. m. s. 434

275 Deakin, S., a. g. m. s. 434

Bu görüşü savunanlara göre; sosyal harcamaların kaldırılamaz düzeyde olduğu, gelecekte Avrupa'da yaşanacak ekonomik ve demografik gelişmelerin sosyal harcamalarda patlamaya yol açacağı doğrultusundaki eleştiriler, sosyal güvenlik standartlarının düşürülmesi anlamına gelen refah devletini yeniden tanımlama çağrılarını meşrulaştırmak için yapılmaktadır. Oysa, ekonomik ve mali olarak kaldırılamaz kavramı tümüyle politik tercihlere bağlı bir kavramdır ve politik olarak sosyal güvenlik harcamalarını karşılamak istiyorum şeklinde bir tercihin yapılması halinde Avrupalıların refah devletini finanse etme güçleri vardır. ²⁷⁶

Daha somut ifade etmek gerekirse Avrupa refah devletinin bu günkü harcama ve dağılım düzeyi ile gelecekte de devam etmesi ekonomik ve mali açıdan olanaklı olmasına karşın, politik tercihlerin buna uygun olmaması sosyal güvenlik sistemlerine düzeltici bir müdahaleyi zorunlu kılmaktadır. ²⁷⁷

Sosyal güvenlik gereksiniminin “zamandan ve mekandan bağımsız” ²⁷⁸ “temel ve evrensel” ²⁷⁹ bir gereksinim olduğunu, bu gereksinimi karşılamayı hedefleyen sosyal güvenlik sistemlerinin “toplum huzurunun sağlanmasına sağladığı pozitif katkı ile vazgeçilmez bir” ²⁸⁰ gerçeklik haline geldiğini vurgulayan bir görüş ise, sosyal güvenlik sistemlerinin “kendi içinden gelen sebeplerden çok, alt sistemini oluşturduğu iktisadi, sosyal ve kültürel sistemdeki değişimlerin oluşturduğu dinamiklere bağlı olarak” ²⁸¹ değişim geçireceğini belirtmiştir.

IX. TÜRK SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMİNDE KRİZ

1. Herkesin Yakındığı Bir Sosyal Güvenlik Sistemi

Türkiye’de sosyal güvenlikle ilgili olan herkes sosyal güvenlik sisteminde bir krizin varlığından söz ederek yakınmaktadır. Sisteme prim ödeyen ak-

276 Cichon, M. “Avrupa Refah Devletini Gelecekte de Finanse Edebilir mi?” *Avrupa’da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar*, T.Harp İş Yayıncılık, Ankara, 1998, s.75-97

277 Cichon, M. a.g.m. s.97

278 Alperci, a.g.m. s.56

279 Alperci, a.g.m. s.56

280 Alperci, a.g.m. s.57

281 Alperci, a.g.m. s.57

tif sigortalılar aldıkları hizmetlerin kalitesizliğinden, yetersizliğinden yakınmakta, pasif sigortalılar yıllardır prim ödedikleri sistemin kendilerine bağladığı aylıkların yetersizliğinden, işverenler yüksek primlerin işçilik maliyetini attırdığından, devlet ise Sosyal Sigortalar Kurumunun açıklarını kapamak için bütçeden yapmış olduğu transferler nedeniyle bütçe açıklarına neden olduğundan, ekonomik istikrarın bozulmasından, sosyal sigorta yöneticileri siyasi müdahaleler ve sistemin popülist politikalara kurban edilmesinden şikayetçi olmaktadır.²⁸²

Gerçekten de “50 yıllık bir geçmişi bulunan Türk Sosyal Güvenlik Sistemi 1990’lı yılların başından itibaren temel fonksiyonlarını dahi zorlukla yerine getirebilen bir kriz içerisine girmiş bulunmaktadır.”²⁸³

Krizin birinci boyutunu finansman yetersizliği oluştururken ikinci boyutta sosyal güvenlik sisteminin kapsamına girenlere yeterli düzeyde, gereken kalitede ve gerektiği ölçüde koruma garantisi vermemesi yer almaktadır.²⁸⁴ “Ancak, sosyal güvenlik sisteminde krizden söz edildiği zaman, konu daha çok kaynak yetersizliği boyutu ile gündeme getirilmekte, adeta sosyal güvenliğin temel amacı olan kapsamına aldığı bireyleri toplum içerisinde insan onuruna uygun bir yaşam sürmesini garanti etmesi unutulmaktadır. Sorunun bu şekilde daraltılması ise ulaşılmaması gereken amaçtan sapılarak tartışmanın gelir gider dengesi ekseninde yoğunlaşmasını da beraberinde getirmektedir. Elbette kaynak sorunu önemlidir. Ne var ki, gelir gider dengesi sağlanmış ancak, sosyal güvenliğin temel amacından, etkinliklerini sınırlandırarak uzaklaşmış bir sosyal güvenlik sisteminin²⁸⁵de sorunlarını çözmüş bir sistem olarak nitelendirme olanağının bulunmadığı da açıktır.

Nitekim genellikle devlet, soruna kaynak sorunu olarak yaklaşarak “aktüeryal dengeleri bozulan sosyal sigortalar kuruluşlarına 1999 yılında Bütçeden yapılan transferler, Emekli Sandığında faturalı ödemeler ve ek karşılık hariç 504 trilyon lira, SSK’da 1.105 trilyon lira ve Bağ-Kur’da ise 610 tril-

282 Ekin, N/Alper/Y/Akgevik T, *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi’nde Araştırmalar:Özelleştirme ve Yeniden Yapılanma İYÖ yayını*, Yayımlı NO:1999-69, İstanbul:1999, s.142; Kılıçdaroğlu K, “Türkiye’de Sosyal Sigorta Uygulamalarından Kaynaklanan Başlıca Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, *Sosyal Siyaset Konferansları*,41-42,Kitap, İÜ Yayını NO:4074,İstanbul:1998, s.75

283 Tuncay C., “Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform İhtiyacı”, *Kimya İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*”, Cilt: 4, Haziran 1997, sayı 2, s.349

284 Ekin, N/Alper/Y/Akgevik , a.g.e.,s.143, Tuncay, a.g.m, s.349

285 Ekin, N/Alper/Y/Akgevik , a.g.e.,s.143

yon lira olmak üzere, toplam 2.219 trilyon liraya ulaşmıştır. Yapılan toplam transferlerin GSMH'ya oranı yüzde 2.8 olarak gerçekleşmiştir”²⁸⁶ demektir.

2.Sosyal Güvenlik Sistemimiz Neden Krize Girdi

“Sosyal Sigortalar Kurumu, 1994 yılından itibaren finansman açığı vermekte ve bu açıklar Hazine tarafından karşılanmaktadır. Ancak hemen şunu belirtmek gerekir ki, SSK'nın sorunu artık finansman sorunu olmaktan çıkıp yapısal bir hale gelmiştir. Bu nedenle sorunlara dar bir açıdan değil, geniş bir perspektiften bakılmalı ve çözümler de bu perspektifte aranmalıdır.”²⁸⁷

a) Kaynak yetersizliği

VIII. beş yıllık kalkınma planına göre 1999 yılında bütçeden sosyal güvenlik kuruluşlarına yapılan toplam transferlerin GSMH'ya oranı %2.8 olarak gerçekleşmiştir.²⁸⁸ Bazı araştırmacılar ise sosyal güvenlik için ayrılan kaynakların GSYİH'nın %4.9'u düzeyinde olduğunu, geniş anlamda sosyal güvenlik kavramından hareket edilip sağlık harcamaları için ayrılan paylarında bu orana dahil edilmesi halinde ancak %9.2 düzeyine çıkıldığını belirterek, gelişmiş ülkelerde bu oranın %25-35 olduğunun altını çizmektedirler.²⁸⁹ Öte yandan gelişmiş ülkelerde kişi başına düşen sosyal güvenlik harcamalarının 2500-6000 dolar arasında değişen bir düzeyde olmasına karşın ülkemizde kişi başına düşen sosyal güvenlik harcamalarının sadece 250 dolar civarında olduğu belirtilmektedir.²⁹⁰

Bu rakamların doğal sonucu da elbette ki kalitesi düşen, kapsamı daralan, sosyal güvenlik hizmetleri, yetersiz emekli maaşları olacaktır.

b) Sisteme yapılan siyasi müdahaleler

Tüm az gelişmiş ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de en kolay politika yapma yolu, halkın temel sorunlarına ilişkin kısa dönemli düşünülmüş, oy kaygısıyla popülist politikalar üretmek olarak görülmüştür. Özellikle sosyal

286 VIII.beş yıllık Kalkınma Planı, Resmî Gazete, 5.7.2000, sayı 24100 mükerrer, s.130

287 Kılıçdaroğlu, İnternet

288 VIII.beş yıllık Kalkınma Planı, Resmî Gazete, 5.7.2000, sayı 24100 mükerrer, s.130

289 Tunçay, a.g.m. s.357, Ekin, /Alper/Akgeyik , a.g.e.s.148

290 Ekin, /Alper/Akgeyik , a.g.e.s.148

güvenlik kuruluşları bu konuda sık sık istismara uğramış, bu müdahaleler bazı sosyal güvenlik kuruluşlarının üst düzey bürokratlarınca da dile getirilmeye çalışılmıştır.

Nitekim SSK'nun web sayfasında bu sorun; "Kurumun sorunlarının temelinde cömert sigortacılık anlayışı yatmaktadır. Sosyal sigortacılık, belli aktüeryal dengelere uygun, nimet-külfet dengesinin esas alındığı bir modele göre yapılmalıdır. Bu, evrensel sigortacılığın en temel kuralıdır. Ancak ülkemizde sigortacılığın evrensel kuralları sık sık ihlal edilmiş ve günlük politik kaygılarla uygulamalar yapılmıştır. . Cömert sigortacılık uygulaması çerçevesinde, geçmişte sıkça çıkarılan af ve borçlanma yasaları bugünkü sorunların en önemli nedenlerindedir. Sosyal yardım zammı gibi prim karşılığı olmayan ve devlet bütçesinden karşılanması gereken ödemelerin, SSK'ya ödettilmesi de Kurumun sorunlarını ağırlaştırmıştır. Diğer taraftan politikacılar tarafından kurum fonlarının uzun süre, çok düşük getirilerle başka kurum ve kuruluşlara kullandırılması da Kurumun finansal yapısı üzerinde olumsuz etkiler yaratmıştır. Kurumun özerk yapısına müdahale edilmesi ve günlük politik kaygılarla sosyal güvenlikle ilgili uygulamalar yapılması da bugünkü sorunlara neden olmuştur"²⁹¹ sözleriyle kamuoyuna duyurulmaya çalışılmıştır.

Öte yandan SSK'nın kuruluşundan krize girdiği döneme kadar geçen süre içerisinde sorunları sürekli göz ardı edilmiş, "çıkarılan çeşitli yasalarla kurumun kaynakları savurganca harcanmış, aktif-pasif sigortalı dengesi kurumun aleyhine dönüşmesine karşın, siyasal iktidarlarca sesiz kalınmıştır. Hatta öyle ki, çıkarılan yasalarla, Kurumdaki aktüerya dairesi kapatılmış, sigorta müfettişliği kadroları iptal edilmiştir. 1970'lerin başında Türkiye'ye gelen ünlü aktüer Zelenka'nın, SSK ile ilgili olarak verdiği rapor bile göz ardı edilmiş, rapordaki uyarılara karşın, hiçbir önlem alınmamıştır."²⁹²

c) Daha etkin hizmet verilmesi için yapılması gereken yatırımların yapılmasına izin verilmemesi

"Sosyal Sigortalar Kurumu Türkiye'de sağlık hizmeti veren kuruluşlar arasında Sağlık Bakanlığından hemen sonra gelmektedir. Kurum bugün yak-

291 Kılıçdaroğlu www.ssk.gov.tr/k.html

292 Kılıçdaroğlu, a.g.m. s.75

laşık 30 milyon kişiye sağlık hizmeti vermektedir. Söz konusu sağlık hizmetleri, çok sınırlı bir personel sayısı ve sağlık tesisleriyle verilmektedir. Kurum çeşitli nedenlerle son 10-20 yılda, etkin sağlık ve sigorta hizmeti verebilmek için gerekli yatırımları yapamamıştır. Kurumun, yatırım ödeneği taleplerinin çok büyük bir kısmı Devlet Planlama Teşkilatı tarafından kabul edilmemiş ve sınırlı ödeneklerle yatırım yapmak zorunda kalmıştır. Sonuç olarak bugünkü olumsuz tablo ortaya çıkmış ve tüm hastanelerimizde uzun kuyruklar meydana gelmiştir”²⁹³

d) Kayıt dışı istihdam ve prim kaçakları önlenerek sosyal güvenlik sisteminin mali yapısını güçlendirmek yerine bütçeden transfer yapılarak durumun idare edilmeye çalışılması.

Ülkemizde Sosyal güvenlik kuruluşlarının olağan giderlerini dahi bütçeden yapılan transferle karşılamak zorunda kalacak kadar ciddi bir mali krizin içerisine girmiş oldukları bilinmektedir. 2000 yılı Hükümet Programına göre; “sosyal güvenlik kurumlarının finansman açıklarını kapatmak amacıyla bütçeden yapılan transferler artarak devam etmiştir. Emekli sandığının faturalı ödemeleri ve ek karşılıkları da dahil olmak üzere 1998 yılında yüzde 2.7 olan toplam transferlerin GSMH’ya oranının, 1999 yılında yüzde 3.3 olarak gerçekleşeceği tahmin edilmektedir. Emekli Sandığının Faturalı ödemeleri ve ek karşılıkları hariç tutulduğunda, 1998 yılında yüzde 2.0 olan transferlerin GSMH’ya oranının, 1999 yılında yüzde 2.6 olarak gerçekleşeceği tahmin edilmektedir”²⁹⁴

Bütçeden yapılan transferler siyasilerce sürekli yakınma konusu yapılmasına karşın²⁹⁵ ne geçmişte ne de bu gün kaynaklar gerektiği gibi değerlendirilmediği gibi gelir artırıcı önlemlerde alınmamıştır. . Nitekim, SSK 1960 yılından beri topladığı primleri sadece enflasyonun 2 puan üzerinde gelir getirecek şekilde değerlendirmeyi başarmış olsaydı, “bu paralar başka amaçlarla başka kuruluşlar tarafından kullanılmasaydı, şimdi SSK kasalarında 20 milyar Doların üzerinde bir fon birikmesi”²⁹⁶ gerektiği belirtilmiştir.

293 Kılıçdaroğlu www.ssk.gov.tr/k.jtm/

294 2000 Yılı Hükümet Programı, Resmî Gazete, 21.11.1999 T..S.23883 Mükerrer, s.11)

295 Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanı Yaşar Okuyan’ın 16.05.2000 tarihli Demeci, Cumhuriyet 16.05.2000)

296 Kocaoğlu, Sosyal Politika., Ankara: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası sayını 1997, s.235

Öte yandan, “Bugün Türkiye’de kayıt dışı ekonominin büyüklüğüyle paralel olarak, önemli sayıda kayıt dışı istihdam da söz konusudur. DPT’nin tahminlerine göre, ülkemizde yaklaşık 4.4 milyon kayıt dışı çalışan vardır. Kayıt dışı istihdam pek çok olumsuz sonuçlara yol açmaktadır. Öncelikle çalışanlar sosyal güvenlikten yoksun kalmaktadır. Diğer taraftan kayıt dışı ekonomi ve kayıt dışı istihdam dolayısıyla devlet vergi kaybına, SSK’da prim kaybına uğramaktadır”.²⁹⁷ Kayıt dışı istihdamın yanında kuruma eksik bildirilen çalışmalar nedeniyle uğranılan gelir kaybı da düşünüldüğünde kurumun uğramış olduğu gelir kaybı net olarak çıkmaktadır.

1999 yılı itibarı ile ülkemizde SSK, Bağ Kur ve Emekli Sandığının toplam 2.4 katrilyonluk açığı olduğu söylenmektedir.²⁹⁸ Kayıt dışında bulunan yaklaşık beş milyon kişiden asgari ücret üzerinden prim kesilse 1999 yılı itibarı ile elde edilecek gelir 1.9 katrilyon olarak hesaplanmakta, sigorta gün ve primlerindeki kaçakların giderilmesi halinde ise bu rakamın 2 katrilyon liraya çıkacağı vurgulanmaktadır.²⁹⁹ Bu gerçekliğe karşın kayıt dışı istihdamın engellenmesini sağlayacak en önemli adım olan iş güvencesi yasasını çıkarmamakta siyasiler kararlılıklarını sürdürmektedir..

e) Sosyal güvenlik kuruluşlarına katkısı en az taraf olan devletin yönetmesi

Devletin sosyal güvenliğe katkı sağlaması, sosyal devlet olmanın bir gereğidir. Devlet sosyal güvenliğe, hiç geliri olmayanların ya da çok düşük geliri olanların sosyal güvenliğini sağlamak veya işçi ve işveren taraflarının prim yüklerini azaltmak gibi çeşitli biçim ve araçlarla katkı sağlayabilir.³⁰⁰ “Türkiye’de devlet, son yıllardaki açıkları kapatma şeklindeki zorunlu katılımı bir yana bırakılırsa, sosyal sigorta kuruluşlarının ilk kuruluş masraflarını karşılama ve personel maaşlarını ödeme dışında sosyal sigortaların finansmanına katılmamış, sistemin yükü sigortalılar ve işverenlerin üzerinde kalmıştır.”³⁰¹ Oysa, Batı Avrupa’da Devletin Sosyal Güvenliğe katkısı, Alman-

297 Kılıçdaroğlu, www.ssk.gov.tr/k.html

298 Cumhuriyet Gazetesi, “Sosyal Devlet İşletilseydi Sorun Olmayacaktı” 7 Haziran 1999

299 Cumhuriyet Gazetesi, “Sosyal Devlet İşletilseydi Sorun Olmayacaktı” 7 Haziran 1999

300 Ekin, (Alper/Akgeyik, a.g.e.s.158

301 Ekin, (Alper/Akgeyik, a.g.e.s.159

ya'da %25.66, Belçika'da %31.11, Danimarka'da %85.70, Finlandiya'da %44.66, Yunanistan'da %12.41'dir. Batı Avrupa ortalaması ise %38 dolayındadır.³⁰²

Sistemin finansmanına katılmayan devlet, yönetime katılmada ise sosyal tarafları etkisizleştiren, kendisini tek söz sahibi yapan bir anlayışı benimsemiştir. Görünürde "4792 sayılı Yasanın 1. maddesine göre SSK, idari ve mali bakımdan özerk bir kuruluştur. Ancak uygulamada, yasada belirtilen özerklikten söz etmek mümkün değildir. Bugün Kurum aşırı merkezi bir yapıya sahiptir. Söz konusu merkezîyetçi yapı karar alma ve kararları uygulama süreçlerini geciktirmekte, bunun sonucunda da etkin ve verimli bir şekilde hizmet sunma olanağı ortadan kalkmaktadır."³⁰³

f) Nimet külfet dengesini ortadan kaldıran sigorta tekniğine aykırı uygulamaların mali dengeleri alt üst etmesi

Sigorta tekniği nimet külfet dengesine dayanmaktadır. Bireyler çalışma yaşamlarının aktif dönemlerine (Aktif Sigortalılık) ödemiş oldukları primler(Külfet) karşılığında çalışma yaşamından çekildikleri dönemde (pasif sigortalılık) sosyal güvenlik hizmeti alırlar. Bir başka ifadeyle, "sosyal sigorta kurumları, gelirlerini zaman içerisinde alma, zaman içerisinde değerlendirme, ne ölçüde alındı ise o ölçüde verme ve zaman içerisinde verme prensibi ile çalışırlar." Sık sık çıkartılan hizmet borçlanması yasalarıyla nimet külfet dengesi bozulduğu gibi, yıllarca çalışarak prim ödeyenlerle, borçlanma yasasından yararlananlar arasında haksızlığın doğmasına yol açılmış, borçlanma yasalarından yararlananlar kısa sürede ödemiş oldukları primlerin karşılığını alma olanağına kavuşmuşlardır.³⁰⁵

1969 yılından bugüne kadar 11 kez hizmet borçlanması yasası çıkartılmış, bu yasalara dayalı olarak hizmet borçlanması yapanların borçlanılan süreye ilişkin primleri borçlanma tarihindeki asgari ücret üzerinden ve %20 oranında alınmış, 1992 yılında çıkartılan 3786 Sayılı Yasayla işverenlerin prim gecikme zammı ve faizleri tamamen veya kısmen affedilmiş, SSK fonları ucuz

302 35 soruda SSK Gerçeği, Sosyal Sigortalar Kurumu Yayın.No:575, 1995, s.22

303 Kılıçdaroğlu, www.ssk.gov.tr/k.html

304 Ekin, /Alper/Akgeyik, a.g.e.,s.157

305 Tuncay,a.g.m. s.358

kredi olarak, Devlet tahvillerine, KİT'lere ya da gelir olarak dahi nitelendirilemeyecek düzeyde kira getiren gayrimenkullere yatırılmıştır.³⁰⁶

Sosyal Sigortalar Kurumunca emeklilere yapılan toplam ödemelerin %62'sini 307 oluşturan sosyal yardım zamları ise SSK'nın mali dengelerini alt üst eden bir diğer uygulamadır. Sosyal yardım zamları prim karşılığı olmayan ödemeler olduğu için her şeyden önce "Sosyal Güvenliğin en temel ilkelerine ters düşen bir uygulamadır." Sosyal yardım zamlarını Devletin bütçeden karşılaması gerektiği halde, Sosyal Güvenlik Kurumunun sırtına yıktığı ödemelerden oluşmaktadır.

g) Ekonomik yapı kadro yetersizlikleri ve istismardan kaynaklanan sorunlar

Ekonominin sürekli yüksek enflasyon oranları içerisinde yaşaması, hem işçi gelirlerinin hem de toplanan primlerin erimesini de beraberinde getirmiştir. Öte yandan eksik bildirilen çalışmaların kontrolünü yapacak yeterli müfettiş kadrolarına kurumun sahip olmaması denetimsizliği ve istismarı doğurmuştur.

Öte yandan, ülkemizde sosyal güvenliğin yaygınlaşmaması, aynı alanda hizmet veren sosyal güvenlik kuruluşlarının vermiş oldukları sosyal güvenlik hizmetinin SSK'nun vermiş olduğu hizmetin çok gerisinde kalması, yasal boşluklardan yararlanarak SSK hizmetlerinden hak etmediği halde yararlanan bir kesimin doğmasına da yol açmıştır. Nitekim, hiç çalışmadığı, daha doğrusu hiç işçilik yapmadığı halde sonradan işverenle anlaşarak kendisini çalışmış gibi gösterip emekli olma, özellikle pahalı tedavi hizmetlerini kuruma ödettirebilmek için başkasının sigorta numarasından yararlanma gibi onlarca yöntemle hak sahibi olmayanların kurumdan yararlanmaları oldukça sık rastlanan olaylar haline gelmiştir.³¹⁰ Bu istismarın genellikle insanların çaresizliğinden, sosyal güvenliğin yeterli düzeyde tüm toplumu kapsayamama-

306 Süzek, S. "Sosyal Sigortalar Kurumunun Sorunları ve Yeni Tasarı" Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 1997., s.447

307 Süzek a.g.e., s.451

308 Süzek a.g.e., s.451

309 Tuncay, a.g.m., s.359

310 Süzek A.Nazım, "Sosyal Sigortalarda Yeniden Yapılanma ve Şili Modeli", Sosyal Politika Tartışmaları III, T.Haber İş yayımlar, Yayın NO:20/2000, s.191

sından kaynaklandığı söylenebilirse de, bu doğru tespit elbette ki var olan istismarı haklı çıkarmak için kullanılamaz. Aksine bu tutum, sosyal güvenliğin toplumu kapsamayı gerçeğinin perdelenmesine, kaldıramayacağı yükler altına girmek zorunda kalan SSK'nın içine düştüğü açmazlardan kurtulması için sosyal güvenlik hizmetlerinin sınırlandırılması ya da standartlarının düşürülmesini savunan görüşlere haklılık kazandırması sakıncasını da doğurabilecektir.

3. Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin Yeniden Yapılandırılması

Ülkemizde de özellikle 90'lı yılların ortalarından sonra Sosyal Güvenlik sistemimizin yeniden yapılandırılması tartışmaları oldukça yoğun bir şekilde yapılmaya başlanmıştır. Sosyal taraf olarak işçi işveren çevreleri, meslek odaları ve öğretinin de katıldığı bu yoğun tartışmalarda ayrımsız tüm taraflar sistemin sorunlu olduğu konusunda hemfikir olmuşlardır. Hükümet, sosyal güvenlik reformu konusunda sosyal taraflardan daha çok Dünya Bankası ve IMF uzmanlarıyla çalışmayı tercih etmiş, Kamuoyuna Sosyal Güvenlik reformu adı altında sunulan 4447 sayılı Yasa sosyal taraflara rağmen, onlar dışlanarak çıkartılmıştır.

a) Dünya bankasına verilen niyet mektuplarına göre sosyal güvenlik reformu

10.Mart.2000 tarihinde Hazine Müsteşarlığı tarafından Dünya Bankasına verilen "Türkiye Ekonomik Reform Kredisi Kalkınma Politikası Mektubu" başlıklı mektupta sosyal güvenlik reformunun üç aşamasının bulunduğu belirtilmektedir. Dünya Bankasına verilen mektuba göre; "**Hükümet, Türkiye için mali açıdan sağlıklı ve adil bir sosyal güvenlik sisteminin sağlanması konusunda taahhüde girmiştir. Sosyal güvenlik reform programının; (i) kamu "Pay-As-You-Go-PAYG" (dağıtım) sosyal güvenlik sisteminin mali güvenilirliğini sağlamak için politika reformları, (ii) üç sosyal güvenlik kuruluşunun güçlendirilmesi ve birbiriyle uyumlu hale getirilmesi yolu ile kapsam ve uyumu geliştirmeye yönelik idari ve örgütsel reformlar ve (iii) iste-**

ğe bağlı özel emeklilik sistemin desteklemek için yasal ve düzenleyici çerçevenin oluşturulmasından oluşan 3 aşaması bulunmaktadır.”³¹¹

Bu reform programının uygulanabilmesi için Dünya Bankası’ndan yatırım finansmanı şeklinde destek talep eden hükümet, yapılan reformla emeklilik yaşının büyütüldüğünü, aylık bağlama sisteminin değiştirildiğini, bu reform sayesinde GSMH’nın %3’üne yaklaşan sosyal güvenlik sistemi açığının bastırılmış olacağını belirterek yeni reformlar yapılmasının gerektiğini bildirmektedir. Hükümete göre; “Bu reformlar kamu PAYG sisteminin daha uzun vadede mali denge sağlarken, çok taraflı bir emeklilik sisteminin başlatılması için ortam yaratmak üzere tasarlanmaktadır. İlk adım olarak, PAYG sistemindeki katkıların tavanı Nisan 2001’de minimum düzeyin dört katı, Nisan 2002’de yine minimum düzeyin beş katına çıkartılacaktır. İşsizlik sigortası programının düzgün uygulanması, bütçe üzerinde yük olmaması veya işgücü piyasası şartlarını bozmaması önemlidir. Hükümet, bu amaca ulaşmak için işsizlik sigortası programının işleyişini 2000 yılı boyunca dikkatlice izleyecek ve Dünya Bankası ile işbirliği içerisinde politika değişiklikleri yapacaktır.”³¹² Mektupta “Sosyal güvenlik reformunun ikinci aşamasının, 2000 yılında başlatılacak olan idari ve kurumsal reformlardan oluştuğu” anlatılarak; “Bu reformların “mevcut sistemin kapsamını, verimliliğini ve şeffaflığını” geliştireceği iddia edilmektedir. Mevcut sistemin kapsamını, verimliliğini ve şeffaflığını geliştireceği iddia edilen idari ve kurumsal düzenlemeler ise; “mevcut üç sosyal güvenlik kuruluşunun kordine edilmesi ve birbiriyle uyumlu hale getirilmesi ile emeklilik, sağlık sigortası ve işsizlik sigortasının muhasebe ve idari işlevlerinin kesin olarak birbirinden ayrılması” şeklinde sıralanmaktadır.

Dünya Bankasına yazılan mektupta, sosyal güvenlik sistemi reformunun üçüncü aşamasını “İsteğe bağlı ek emeklilik sistemi için yasal ve düzenleyici çerçevenin” kurulmasının oluşturduğu söylenmektedir. Gönüllü özel emeklilik programlarına ilişkin kanun taslağının hazırlandığı, Kanun taslağının, “yeni gönüllü özel emeklilik programları ile kamu PAYG sistemi arasında uygun koordinasyonu” sağlayacağı belirtilerek; “Kanun kapsamında özel emeklilik fonlarına izin veren ve bu fonları düzenleyen bir

311 Hazine Müsteşarlığı www.treasury.gov.tr/

312 Hazine Müsteşarlığı a.g.m.

koordinasyon kurulu oluşturulacaktır. Koordinasyon kurulu, bu fonlar tarafından yapılan yatırımları denetleyen Sermaye Piyasası ile yakın işbirliği içerisinde olacaktır. Eşzamanlı olarak çıkartılacak bir Kanun, yeni planların adil ve yeterli bir şekilde vergilendirilmesini sağlayacaktır. Özel emeklilik kanunu ve vergilendirmeye ilişkin sözkonusu Kanun, 2000 yılı sonundan önce istihsal edilecektir”³¹³ denilmektedir.

b) Sermaye piyasası kurulunca Gönüllü özel emeklilik için yapılan hazırlıklar

Sermaye Piyasası Kurulu, Hükümetin Dünya Bankasına sunmuş olduğu sosyal güvenlik sistemi reform planının üçüncü halkasını oluşturan gönüllü özel emeklilik programına ilişkin hazırlık yaptığını açıklamıştır. Açıklamada; gerek sosyal güvenlik sisteminin gerekse sermaye piyasasının finansal kriz içerisinde olduğu, bu krizin sosyal güvenlik sisteminin yeniden yapılandırılması arayışını hızlandırdığı “ve sermaye piyasalarının gelişiminde uzun vadeli iç kurumsal yatırımcılara duyulan ihtiyacı bir kez daha ortaya koyarak, birçok ülkede sermaye piyasalarında en büyük portföye sahip özel emeklilik fonlarının düzenlenmesini bir zorunluluk olarak gündeme”³¹⁴ getirdiği savunulmuştur.

Sermaye Piyasası Kurulunun açıklamasına göre; “çeşitli ülkelerde özel emeklilik fonlarına ilişkin uygulamalar incelendiğinde, az gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkelerin yanı sıra gelişmiş ülkelerin de, sosyal güvenlik sistemlerinde yaşadıkları krizlerin etkisiyle kamu sosyal güvenlik programlarından özel emeklilik fonu uygulamalarına yöneldikleri görülmektedir.”³¹⁵

Emeklilik planlarının “en genel şekliyle belirli fayda planları (defined benefit plans) ve belirli katkı planları (defined contribution plans) şeklinde”³¹⁶ guruplandırıldığını, “belirli fayda planlarında, emeklilik döneminde sağlanacak gelirin”³¹⁷ düzeyinin “başlangıçta işveren tarafından taahhüt”³¹⁸ edildiğini ve “çalışanların emekli olduklarında ne kadar bir emeklilik ödemesine hak kazanacakları konusunda bilgi sahibi”³¹⁹ olduklarını, “belirli katkı plan-

313 Hazine Müsteşarlığı a.g.m.

314 Mengütlük M, Sermaye Piyasası Kurulu Başkan
www.ihb.gov.tr/hizmetreh/buokresirehber/Sermayepiyasasi.htm

315 Mengütlük, a.g.m.

316 Mengütlük, a.g.m.

317 Mengütlük, a.g.m.

318 Mengütlük, a.g.m.

319 Mengütlük, a.g.m.

larında ise, emeklilikte yapılacak ödemelere ilişkin taahhütler verilmeden emeklilik fonuna yapılacak katkıların oranı veya”³²⁰ tutarının belirlendiği saptamasını yapan Sermaye Piyasası Kuruluşuna göre; “Son yıllardaki gelişmeler dünyadaki emeklilik fonu uygulamalarının belirli fayda planlarından, belirli katkı planlarına doğru hızla yöneldiğini ortaya koymaktadır. Bu eğilim, özel emeklilik fonlarının sigortacılık anlayış ve uygulamalarından portföy yönetim anlayış ve uygulamalarına yönelişini ifade etmektedir. Genellikle banka ve sigorta şirketleri tarafından kurulan emeklilik fonları, bağımsız fon yönetim şirketleri tarafından yönetilmektedir.”³²¹

Özel emeklilik fonlarının sermaye piyasasında “kurumsal yatırımcı kimliği ile”³²² yer alarak fonlarda biriken uzun vadeli tasarrufların finansal piyasalara aktarılmasının vergisel politikalarla teşvik edildiği belirtilerek, benzer bir uygulamanın ülkemizde de yapılması önerilmiş ve bu önerinin gerçekleştirilebilmesi doğrultusunda, Sermaye Piyasası Kanunu’nun vermiş olduğu yetki çerçevesinde, sermaye piyasalarında özel emeklilik fonlarının fonksiyonunu yerine getirecek “Uzun Vadeli Tasarruf Yatırım Fonu” olarak adlandırılan bir model öngörüldüğü belirtilmiştir. Öngörülen bu modelin yaşama geçirilmesi için ise Sermaye Piyasası Kurulu tarafından aşağıdaki temel düzenlemelerin yapılması planlanmaktadır:³²³

– “Uzun vadeli tasarruf yatırım fonları, tasarrufların uzun vadeli olarak değerlendirilebilmesi amacıyla, işverenler, çalışanlar veya her ikisinin de birlikte ya da, sadece bireysel tasarrufçuların katkıları ile oluşturulabilecektir. Bu yatırım fonları, tamamen gönüllü ve sosyal güvenlik sisteminden bağımsız olarak kurulabilecektir.”

– “3 yıl gibi asgari tasarruf süresi belirlenecek, bu süreden önce ayrılma halinde, elde edilen gelir artışları üzerinden kademeli olarak komisyon kesintisi yapılabilecek, bu takdirde komisyonlar fona gelir olarak kaydedilecektir. 3 yıldan sonra ise komisyon kesintisi sözkonusu olmayacaktır.”

– “Tasarrufların başka bir uzun vadeli tasarruf yatırım fonuna transfer edilmesi mümkün olacak, bu durumda komisyon kesintisi yapılmayacak ve önceki fonda geçen süreler, toplam sürenin hesabında dikkate alınacaktır.”

– “İsteğe bağlı olarak kurucu, fon içtüzüğünde esaslarını belirtmek suretiyle tasarruf planına haricen vefat, maluliyet ... vb. sigorta uygulamaları ek-

320 Mengütlük, a.g.m

321 Mengütlük, a.g.m

322 Mengütlük, a.g.m

323 Mengütlük, a.g.m

leyebilecektir.”

— “Fondan ayrılmada birikimlerin; tamamını toplu olarak, bir kısmını toplu, bir kısmını taksitle veya tamamını taksitle çekebilme imkanı bulunacaktır.”

— “İşverenler tarafından çalışanları için oluşturulacak uzun vadeli tasarruf yatırım fonları için; fon içtüzüğünde hüküm bulunmak kaydıyla hem çalışan hem de işveren tarafından fona katkı yapılması olanağı bulunacak, ayrıca; katkı oranları, katkıların ödenme şekli, fona girme ve fondan ayrılma ...vb hususlar fon içtüzüğünde ayrıntılı yer alacaktır.”³²⁴

Bu tür fonların etkin işleyişi için ayrıcalıklı vergi düzenlemeleri yapılmasını bir ön koşul olarak gördüklerini belirten Sermaye Piyasası Kurulu **Kurulumuzca hazırladıkları düzenlemenin, vergi mevzuatı ile de desteklenmesi halinde;**

— “Sermaye piyasalarının gelişiminde önemli rolü olan uzun vadeli iç kurumsal yatırımcıların gelişmesi,

— Sosyal güvenlik sistemimizin uzun vadede özel emeklilik fonlarını kapsayacak şekilde yapılandırılması sürecinin hızlandırılması,

— Kamunun uzun vadeli kaynak temini,

— Uzun vadeli kurumsal yatırımların vergi teşvikleri ile desteklenebilmesi için yasal bir çerçeve oluşturulması,

— Bir şirketin çalışanlarının veya münhasıran bireysel tasarrufçuların uzun vadeli tasarruflarının, Sermaye Piyasası Mevzuatı kapsamında düzenlenmiş bulunan yatırım fonları aracılığıyla sermaye piyasalarına aktarılmasının teşvik edilmesi,

* Bireysel veya kurumsal katkılara dayalı olarak, belirli katkı planlarına benzer esneklikte bir tasarruf sistemi” oluşturulmasının sağlanmış olacağını iddia etmektedir..³²⁵

c) Ortak çözüm önerisi “Çok Ayaklı Kurumsal Yapı”

Sosyal güvenlik sisteminin içerisinde bulunduğu krizden çıkış için gerek sosyal tarafların gerekse öğretinin ortaya koymuş oldukları çözüm önerileri birbirine oldukça yakındır. Herşeyden önce sosyal güvenlik sisteminin

324 Mengütlük, a.g.m.

325 Mengütlük, a.g.m.

özelleştirilmesinin çözüm olmadığı konusunda genel bir kanı vardır. Şili modelinin bir moda gibi ilgi gördüğü kısa bir etkileşim dönemi sayılmaz ise, bu modelin çözümsüzlük getireceğinde uzlaşma sağlanmıştır denilebilir. Ayrıntılarda farklılıklar olmasına karşın önerilen çözüm; mevcut sistemdeki aksaklıkların giderilerek, sistemin çok ayaklı kurumsal bir yapıya kavuşturularak güçlendirilmesidir. Bu bağlamda;

Var olan sosyal güvenlik kuruluşları Özerk bir statüye kavuşturulmalıdır. ³²⁶ Sosyal Güvenliğin finansmanına devlet katkı sağlamalıdır.

Çok ayaklı kurumsal yapıya geçilmelidir. Bu sistemde halen var olan sosyal güvenlik kuruluşları birinci ayağı oluşturacak, idari mali özerkliğe kavuşturulmuş bu kuruluşlara devlette katkı sağlayacaktır. İkinci ayakta ise zorunlu veya gönüllük esasına dayanan sosyal sigorta prensiplerine göre çalışan ek sigorta ve son ayakta da tümüyle kişisel tercihe dayalı özel sigortalar yer alacaktır.

“Bir sosyal güvenlik sistemi, sosyal güvenliğin üç temel fonksiyonunu gerçekleştirecek kurumsal yapı ve idari organizasyona sahip olmalıdır. Bunlar, gelirin yeniden dağılımı, sigorta ve tasarruf fonksiyonlarıdır.” ³²⁷ “Tek ayaklı bir kurumsal yapı üzerine kurulmuş olan sosyal güvenlik sistemlerinin bu üç fonksiyonu gerçekleştirmede yetersiz kalması, gelişme seviyesi ne olursa olsun bütün ülkelerde çok ayaklı sosyal güvenlik sistemlerinin oluşturulması arayışlarını beraberinde getirmiştir. Gelir dağılımını ve sigorta ilkesini gözardı etmeden tasarruf fonksiyonuna da imkan verecek bir sosyal güvenlik sistemi hedeflenmiştir. Sosyal güvenlik reformu, kurumsal yapının bu üç fonksiyonun da gerçekleştirilmesine imkan verecek şekilde yeniden yapılandırılmasını da sağlamalıdır.” ³²⁸

X.GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Günümüz dünyasında toplumu atomize olmaktan kurtaran, onu bir arada tutan temel insan haklarından birisi olan sosyal güvenlik hakkının ülkemizde gerçekleşme düzeyi ne yazık ki yüzümüzü ağartmaktan çok uzaktır. Benzetme yerindeyse, Ülkemizde Sosyal Sigortalar Kurumunun vermiş olduğu

³²⁶ Güzel, a.g.m., s.290-292 yazar aynı zamanda yerinden yönetim esasının benimsenmesini savunmaktadır. Tıncay, a.g.m., s.373 .Ekin/Alper/Akgeyik, a.g.e. s.223.

³²⁷ Ekin/Alper/Akgeyik, a.g.e. s.208

³²⁸ Ekin/Alper/Akgeyik, a.g.e. s.209

sosyal güvenlik hizmetleri, çöl ortasındaki vahaya benzemektedir. Çöl ise, doğa yasalarının kendisine vermiş olduğu gücüde arkasına alarak yaşam alanını vahanın yaşam alanını daraltma pahasına her geçen gün genişletmektedir. Sosyal güvenlik gereksinimleri artarken, sosyal güvenlik şemsiyesinin dışında kalan binlerce insan sağlık yardımı almaktan. Hizmet birleştirmeye kadar her alanda, çölün vahayı tırtıklaması gibi, Sosyal sigortalar kurumunu tırtıklamaktadır. Toplumun sosyal güvenliğe duymuş olduğu büyük gereksinim ise, politikacılarca oy uğruna, popülist politikaların geliştirildiği geleneksel vaat cenneti olma özeliğini ve cazibesini korumaya devam etmektedir.

Sosyal güvenliğin içinde bulunduğu genel manzaraya baktığımızda ise, karşımıza ürkütücü bir tablo çıkmaktadır. Sosyal Güvenlik kuruluşlarının kurulduğu günden bugüne kadar kasalarında birikmesi gereken fonlar ne yazık ki siyasilerce kelimenin tam anlamıyla yağmalanmış ve bugünkü noktaya gelmiştir. Örneğin, Sosyal Sigortalar Kurumu 1960 yılından sonra toplamış olduğu primleri enflasyonun sadece 2 puan üzerinde bir getiri getirecek şekilde değerlendirilebilmiş olsaydı 1997 yılı itibari ile SSK kasalarında 20 milyar Doların üzerinde bir fon birikmesi gerekmektedir.³²⁹

Sayıları 4,5 - 5 milyon olduğu kabul edilen kaçak işçi çalıştırmadan kaynaklanan ve asgari ücret üzerinden prim kesildiği varsayılsa dahi, 1.9 katrilyonluk bir prim kaybına yol açan, informel istihdamın yarattığı sorunlar, 5 milyonluk işsiz kitlesi de fon yağmasına eklenince, sistem kendi açmazları içerisinde yuvarlanmaya mahkum olmak zorunda kalmaktadır.

1969 yılından bugüne kadar 11 kez hizmet borçlanması yasası çıkartılmış, bu yasalara dayalı olarak hizmet borçlanması yapanların borçlanılan süreye ilişkin primleri borçlanma tarihindeki asgari ücret üzerinden ve %20 oranında alınmış, 1992 yılında çıkartılan 3786 Sayılı Yasayla işverenlerin prim gecikme zammı ve faizleri tamamen veya kısmen affedilmiş, SSK fonları

³²⁹ Kocaoğlu, *Sosyal Politika*., Ankara: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası yayını 1997, s.235

ucuz kredi olarak, Devlet tahvillerine, KİT'lere ya da gelir olarak dahi nitelendirilemeyecek düzeyde kira getiren gayrimenkullere yatırılmıştır.³³⁰

Sosyal Sigortalar Kurumunca emeklilere yapılan toplam ödemelerin %62'sini³³¹ oluşturan sosyal yardım zamları ise SSK'nın mali dengelerini alt üst eden bir diğer uygulamadır. Sosyal yardım zamları prim karşılığı olmayan ödemeler olduğu için herşeyden önce "Sosyal Güvenliğin en temel ilkelerine ters düşen bir uygulamadır."³³² Sosyal yardım zamlarını Devletin bütçeden karşılaması gerektiği halde, Sosyal Güvenlik Kurumunun sırtına yıktığı ödemelerden oluşmaktadır. Batı Avrupa'da Devletin Sosyal Güvenliğe katkısı, Almanya'da %25.66, Belçika'da %31.11, Danimarka'da %85.70, Finlandiya'da %44.66, Yunanistan'da %12.41'dir. Batı Avrupa ortalaması ise %38 dolayındadır.³³³

Öte yandan ise emeklilik yaşı bizden yüksek olan OECD ülkelerinde 60 yaş üzerinde emekli aylığı alanlar 1997'de %18 iken, 2030 yılında %30 olacağı hesaplanmaktadır. Bu oran Türkiye'de ise sadece %8'dir.³³⁴

Bu koşullar içerisinde sosyal güvenlik sistemimiz ayakta tutulmaya, bu koşullar içerisinde hukuki çözümler üretilmeye çalışılmaktadır. Azı yok etmeden çoğa yetiştirme çabaları ne yazık ki bazen kararlara yansıyan gelgitlere neden olsa da, onbinlerce dosya içerisinde hukukun genel ilkelerinden ödün vermeden, sosyal güvenlik hakkını zedelemeyen, var olan yasalara olabildiğince çağdaş anlamlar vererek sosyal güvenlik hakkının gelişmesinde ufuk açıcı kararların ağırlıkta olması sevindiricidir.

Ne var ki kangrenleşmiş ve yapısallaşmış bu sorunların tek başına yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulabilmesi de olanaklı değildir. Gerçekten Sosyal Güvenlik Reformu yapılacaksa, Sosyal Güvenlik hakkının evrensel, vazgeçilmez bir hak olduğu unutulmaksızın, Sosyal Güvenlik sistemini içine düştüğü açmazdan kurtarabilmek amacıyla Türkiye tarafından imzalanmış

330 Süzek, S "Sosyal Sigortalar Kurumunun Sorunları ve Yeni Tasarı" Kenan Tunçoğlu'na Armağanı, İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 1997, s.447

331 Süzek a.g.e., s.451

332 Süzek a.g.e., s.451

333 35 soruda SSK Gerçeği, Sosyal Sigortalar Kurumu Yayını, No:575, 1995, s.22

334 Kovaoğlu a.g.e., s.239

olan İLO'nun 158 sayılı Sözleşmesi çerçevesinde iş güvencesi çıkartılmalı, hizmet borçlanması, prim affı uygulamalarına son verilmeli, Sosyal Güvenliğe Devletin bütçeden pay ayırması sağlanmalı, hiç değilse sosyal yardım zamları bütçeden karşılanmalı, Devlet katkısı sağlandıktan sonra prim oranları düşürülmeli, Sosyal Güvenlik kuruluşları özerk bir statüye kavuşturularak, siyasilerce yağmalanmaları engellenmeli, artık bir insanlık ayıbına dönüşen kayıtdışı istihdam kayıt altına alınmalıdır.

KAYNAKLAR

ABİK, Şemsettin. Yargıtayın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998 Genel Görüşme s. 280

AKI, Erol. "Sosyal Sigortaların Mali Kaynaklarının Korunmasında Yargı Kararlarının Rolü" Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri M.Ü. Hukuk Fakültesi İstanbul 1997 s: 81

ALPER, Yusuf "Yeniden Yapılanmanın (Dönüşümün) Eşiğinde Sosyal Güvenlik" Mercek Dergisi Temmuz 1998 s.57

ANDAÇ, Faruk. "506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu İle İlgili Sorunlar" Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri, M.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul 1997 s.65

BERGRHMAN, J. "Avrupa Birliğinde Sosyal Güvenlik", Avrupa'da Sosyal Koruma, ETUC-ETUI Konferansı Brüksel, 1996. Der Alessandra Basco, Martin Hutsebaut, Türk Harb-iş Sendikası Yayını s.401

BİRNBOM, N. "Sosyal Güvenliğin Geleceği Rekabet mi? Dayanışma mı?" Avrupa'da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar, Türk Harb-iş Yayını, Ankara 1998, s. 438

CENTEL, T: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, s. 269

CİCHON, M. "Avrupa Refah Devletini Gelecekte de Finanse Edebilir mi?" Avrupa'da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar, Türk Harb-iş Yayını, Ankara. 1998 s.75-97

CUMHURİYET GAZETESİ. "Sosyal Devlet İştirilseydi Sorun Olmayacaktı" 7 Haziran 1999

CUMHURİYET GAZETESİ. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Yaşar Okuyan'ın 16.05.2000 tarihli demeci.

ÇENBERCİ, Mustafa. Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara. 1977.

ÇİÇEKOĞLU, BAKİYE. "Ülkemizde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı", İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sorunları ve Çözüm Yolları, TMMOB YAYINLARI. 1999, s. 264

DEMİRKAN, Tarık. "Dünya ve Türkiye Küreselleşme ve Değişim" Küyerel Düşünce Grubu Paneller Dizisi, İstanbul 1997 s. 25

DEAKİN, S "Sosyal Güvenlik Asgari Standartlar mı? Yoksa Sosyal Güvenliğin Sonu mu? "Avrupa'da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar, Türk Harb-iş Yayını, Ankara. 1998 s.430

EKİN, Nusret / **ALPER**, Yusuf / **AKGEYİK**, Tekin, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Arayışlar: Özelleştirme ve Yeniden Yapılanma İTO Yayını, Yayın no: 1999-69, İstanbul: 1999,

ERNAM, A. NURİ. Sosyal Sigortalar Mevzuatı Kamu-iş Yayını, Ankara 1990

FİŞEK, G / ÖZSUCA, Ş, TÜRCAN / ŞUĞLE, M.ALİ. Sosyal Sigortalar Kurumu Tarihi, 1646-1996, Türkiye Ekonomik ve Tarih Vakfı Yayını, Ankara 1998

FREEMAN, RİCHARD B. "Emek Sermaye ve Sosyal Güvenlik" 21. Yüzyıla Hazırlanırken, Avrupa'da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar, Türk Harb-iş Yayını, Ankara. 1998 s.32

GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza. Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı , İstanbul Beta Yayınevi , 1992

GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza. Sosyal Güvenlik Hukuku, 5. Baskı , İstanbul 1996 s.83

GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza. Sosyal Güvenliğin Temel İlke ve Sorunları Işığında SSK, Birleşik Metal-İş Yayınları, 96/10 İstanbul: 1996

GÜZEL, Ali. "Sosyal Güvenlik Reformu ve IMF", Cumhuriyet Gazetesi 30.06.1999

GÜZEL, Ali. "Fabrikadan İnternet' e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme" Kamu İş Hukuku. ve İktisat Dergisi, Cilt.4, Haziran 1997 Sayı:2, s: 96

GÜZEL, Ali. Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985. Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul 1987, s. 181-236

GÜZEL, Ali. "Türkiye'de Sosyal Güvenlik Sistemi İçin Yeni Bir Örgütlenme Modeli" Cumhuriyetin 75. Yılında Endüstri İlişkilerinde ve Emek Piyasalarının Düzenlenmesinde Devletin Rolü ve İşlevleri, Türk Endüstri İlişkileri Derneği Yayını, 1998 s. 275.

HAZİNE MÜSTEŞARLIĞI, www.treasury.gov.tr/

HUTSEBAUT, M. Avrupa'da Sosyal Koruma, T. Harb-iş Yayını, Ankara 1998 s. 19

2000 YILI HÜKÜMET PROGRAMI, Resmi Gazete, 21.11.1999 T. Sayı: 23883 Mükerrer, s. 111

JOSE, P. "Çalışanların Görevlendirilmesi : Şili'deki Sosyal Güvenlik Sistemi'nin Özerkleştirilmesi " Cata Mektupları No: 10 Cata İnstitute 1996 s. 3

KILIÇDAROĞLU, Kemal. www.ssk.gov.tr/k.htm/

KOCAOĞLU, Mustafa. Sosyal Politika, Ankara Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını 1997

MENGÜTÜRK, www.ibb.gov.tr/hizmetreh/burrokrasi_rehberi/sermaye_piyasa.htm/

35 SORUDA SSK GERÇEĞİ, Sosyal Sigortalar Kurumu Yayını. No: 575, 1995, s.22

OZANOĞLU, Teoman. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, Tartışmalar Bölümü s. 233

OZANOĞLU, Teoman. Yargıtay İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993 Genel Görüşme, s. 208

ÖZER, Atilla. Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara Kamu-iş Yayını, 1996

ROCARD, M. "Avrupa'da Emegın Geleceği ve Sosyal Güvenlik Üzerine Etkileri" , Avrupa'da Sosyal Koruma Değişim ve Sorunlar, Türk Harb-iş Yayını, Ankara 1998, s.47

SERİM, Ekrem. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996 İstanbul 1998 genel görüşme , s. 291

SÖZER, A. Nazım. "Sosyal Sigortalarda Yeniden Yapılanma ve Şili Modeli", Sosyal Politika Tartışmaları III, T. Haber-iş Yayınları, Yayın No: 20/2000, s. 191

SÖZER A. Nazım. "Sosyal Sigortalar Hukuku Açısından Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" Yayınlanmamış Tebliğ s. 17

SÖZER A. Nazım. Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1995, İstanbul 1997, s.210

SÜZEK, Sarper. "Sosyal Sigortalar Kurumu'nun Sorunları ve Yeni Tasarı" Kenan Tunçomağ' a armağan, İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 1997 s. 447

VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planı, Resmi Gazete, 5.07.2000, Sayı: 24100 Mükerrer, s. 130

TAŞKENT, Savaş. İnsan Haklarının Uluslar arası Dayanakları, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları 26, 1993,

TUNÇOMAĞ, Kenan. " Türkiye'nin Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sorunları" Halid Kemal Elbir'e armağan, İstanbul İ.Ü. Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 1996 s. 536

TUNCAY, Can. "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform İhtiyacı" Kamu-iş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 4 Haziran 1997, Sayı: 2. S. 349

TİSK. Gelişmiş Ülkelerde ve Türkiye'de Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Yeniden Yapılandırılması, TİSK İnceleme Yayınları No: 18

UYGUR, Turgut. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar Ankara 1980

YAVUZ, Cevdet. Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 1993



SELÜLOZ-İŞ SENDİKASI