

## YARGI KARARLARI VE SİGORTALI HİZMETLERİN TESPİTİ

*Murat Özveri*

*Çalışma ve Toplum Dergisi*

**Özet:** Sosyal güvenlik hakkına ulaşmada sigorta hizmet süresi kilit öneme sahiptir. Sigortalılık süresinin bildirilmemesi veya kurumca tespit edilmemesi halinde, özellikle uzun erimli sigorta kollarından yararlanmayı engelleyen bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, sigortalılık süresinin yargı kararlarıyla tespit edilmesi yaşamsal bir öneme sahiptir. Sigorta hizmet süresinin tespitinde Yargıtay ilke olarak nitelendirilebilecek kararlar vermiştir. Bu kararlar hizmet tespiti uygulamasını çok önemli şekilde belirlemiştir. Yargıtay, kararlarında sosyal güvenlik hakkının temel bir insan hakkı olduğunu, hukukumuzun sigortalılığın zorunluluğu ilkesini kabul ettiğini, sigorta hakkından vaz geçmenin olanaklı olmadığını vurgulamaktadır. Ne var ki, bu ilkelere vurgu yapan kararlarda hizmetin tespiti için Yargıtay'ın aradığı koşullarla sosyal güvenliğe hakim ilkelerini bağdaştırmak da güçtür.

**Anahtar kelimeler:** Sosyal Güvenlik, Sigortalılık, Hizmet tespiti, Zorunluluk ilkesi, Hak düşürücü süre, Sosyal hak.

**Abstract:** Period of service has a key role in order to have the social security right. In case of a lack of notice of the period of service or not determined by the Institution, a situation preventing to benefit from long term insurance branches occurs. Thus, determining the period of service by the judicial decisions is crucial. Supreme Court has reached decisions, which are possible to be called principles, in the determination of the period of service. These decisions determine the practice of fixing the period of service incisively. Supreme Court highlights in its decisions that social security is a basic human right, our law accepts the principle of obligatory insurance and there is no way to give up from right of insurance. However, it is difficult to associate the conditions that Supreme Court requires in order to fix the service with prevalent principles of social security.

**Keywords:** Social Security, Being Covered by the Insurance, Fixing the Service, Principle of Obligation, Final Term, Social Right.

## GİRİŞ

Sosyal güvenlik toplumsal risklere karşı bireyin korunma hakkıdır. Bireyin risklere karşı hukuki koruma hakkını elde edebilmesinde sigortalı hizmet süresi en önemli koşullardan birini oluşturmaktadır. Uzun erimli sigorta kolları olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasından yararlanabilmek için yasada belirtilen sigortalılık süresini ve/veya prim gün sayısı koşulunu gerçekleştirmiş olmak zorunludur. Bu koşulun gerçekleşmediği durumlarda sosyal güvenliğin kapsamı sigortalı açısından ister istemez daralmaktadır. Özellikle primli sistemin benimsendiği sosyal güvenlik sistemlerinde sigortalılık süresi sistemin merkezinde yer almıştır. Türk sosyal güvenlik sisteminin primli sisteme dayalı olduğu anımsandığında sigortalı hizmetlerin önemi anlaşılabilir olmaktadır.

Sigortalılığın zorunluluğu ilkesinin kabul edildiği bir sosyal güvenlik sisteminde, sigortalı hizmetlerin yargı kararı ile tespitinin bir sorun oluşturmaması beklenir. Bireyler bu sistemde sigortalılığı doğuran ilişkinin içerisine girmekle, isteklerinden bağımsız sigortalı olacaklardır. Sigorta hak ve yükümlükleri fiili ilişkiyle başlayacak, sigortalılığı gerçekleştirmek için oluşturulmuş olan Kurum bu hak ve yükümlüklerin takipçisi olacaktır. Kurum bireylerin sosyal güvenlik haklarından yararlanmalarını sağlarken aynı bireylerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini de sağlayacak, getirmeyenlere yaptırım uygulayacaktır. Böylece sosyal güvenlik hakkı bireyin yükümlüklerini yerine getirmede için yoksun bırakıldığı bir hak olmaktan çıkacaktır. Birey, her koşulda sosyal güvenlik hakkından yararlanırken, yükümlüklerini yerine getirmekten doğan yaptırımlara da katlanmak zorunda kalacaktır. Ne yazık ki sosyal güvenlik uygulamamız bu şekilde yürümektedir. Sosyal güvenlik sisteminin getirdiği yükümlüklerden kaçma eğiliminin güçlülüğü, Kurumun sınırlılıkları, ekonomik açmazlar, işsizlik, bireylerin gelir düzeyindeki düşüklük, verilen hizmetlerin yetersizliği veya kalitesinin düşük olması, az gelişmiş sosyal güvenlik bilinci, sosyal güvenliğe maliyet gözüyle bakılması, sosyal güvenlik sisteminin siyasi müdahalelerle bozulması, sosyal güvenlik hakkı üzerinden oy devşirme çabaları gibi bir dizi ekonomik, siyasi ve hukuki nedenle sistem yargısal müdahale olmadan işleyemez bir hale gelmiştir.

Sigortalı hizmetlerin yargı kararlarıyla tespiti sosyal güvenlik hukuku uygulamasını en çok meşgul eden konulardan biri olmuştur. Sigortalı hizmetlerin yargı kararlarıyla tespitini ele alan bu çalışma, esas olarak 2000 yılında yayımlanan “Yargı Kararları Işığında 506 Sayılı Yasa ve Sosyal Güvenlik” başlıklı kitabımızın hizmet tespiti bölümünün son Yargıtay kararları dikkate alınarak güncelleştirilmesinden meydana gelmiştir. Aradan geçen on dört yıl içerisinde konuya yargının yaklaşımında önemli bir değişiklik olmadığı görülmüştür. Bu nedenle 2000 yılı öncesi kararlar için kitaba atıf yapılmış, değişikliğin olmadığını göstermek için ilke kararı niteliğinde son kararlar ayrıca gösterilmiştir.

## I. KAVRAMLAR

Sigortalı hizmetlerin tespiti ve yargı kararlarını inceleyebilmek için, iki temel kavrama sosyal güvenlik mevzuatının ve yargının vermiş olduğu anlamı açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Bu iki kavramdan birincisi sigortalı, diğeri hizmet tespitidir.

### 1. Sigortalı Kavramı

Sigortalılığın tanımı, kimin sigortalı olacağını belirlenmesi, sigortalılığa bağlı haklar ve yükümlükler sosyal güvenlik hukukunun özünü oluşturmaktadır. Sigortalılık statüsü bireyi güvenceye alarak, bu güvence üzerinden toplumsal barışı sağlamaktadır. Bu nedenle sigortalılığın zorunluluğu ilkesi sisteme hakim temel ilkedir. Sigortalılığın zorunluluğu ilkesi ise ister istemez geçmişe dönük sigortalılığın tespitini de gerektirmektedir. Böylece sigortalılığın tespiti ile sadece sigortalının bireysel yararı korunmamakta aynı zamanda toplumsal barış da güvence altına alınmaktadır. Bu yolla güvencesizliğin doğuracağı huzursuzluklardan kaçınılacağı kabul edilmektedir.

Sigortalılığın zorunlu olduğu bir sistemde, sosyal güvenliği gerçekleştirmek için kurulmuş kurumsal bir yapının var olduğu koşullarda, üstelik bu alana özel hukuki düzenlemelerin bulunduğu da dikkate alındığında sigortalılığın tespiti gibi bir sorunun olmaması gerekir.

Ne yazık ki, çok değişik nedenlerle bu gerekliliğin çok gerisine düşmüş bir durum söz konusudur. Kurum verilerine göre ciddi ölçüde kayıt dışı çalışma bulunmaktadır. Kayıt dışılık çalışmanın kurum kayıtlarına hiç girmemesi, girmesine karşın çalışılan sürenin eksik bildirilmesi veya prime esas kazançların gerçek ücretler üzerinden bildirilmemesi gibi değişik biçimlerde varlığını sürdürmektedir.

Hizmet tespiti kayıt dışı çalışmayla, güvencesiz çalışmayla ve kurumun yetersizlikler içerisinde bırakılmasıyla doğrudan ilgili bir konudur. Bu nedenle hukuki tanımların yanında sosyal güvenlik sistemine komşu ve sosyal güvenlik sistemini etkileyen sistemlerle birlikte değerlendirme yapmak da bir zorunluluktur.

#### *a. Sigortalılığın Zorunluluğu İlkesi*

Sosyal güvenlik sistemleri sosyal riskler üzerinden kendilerini tanımlarlar. Sosyal güvenlik sisteminin varlık nedeni sosyal riskleri önlemek, ortaya çıkması halinde bireyin bu risklerden olumsuz şekilde etkilenmesini engellemek ve bireyi topluma kazandırmaktır. Risk gerçekleştiğinde sosyal güvenlik sisteminin devreye girmesi her zaman otomatik olarak gerçekleşmez. Sistemin kapsamına giren güvenceden yararlanabilmek için, bazen sigortalı hizmet süresi, bazen prim gün sayısı bazen hem sigortalılık süresi hem prim gün sayısı yararlanma koşulu olarak aranmaktadır.

Örneğin yaşlılık sigortasından yararlanabilmek için 506 sayılı yasa döneminde sigortalılık süresi ve prim gün sayısı birlikte aranmıştır. 5510 sayılı yasa döneminde, yasanın yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olanlar geçiş hükümlerine tabi olacaklar ve sigortalı hizmet süresine göre belirlenen prim gün sayısı ve yaş koşulunu gerçekleştirenler yaşlılık aylığı almaya hak kazanacaktır. 5510 sayılı yasanın yürürlük tarihinden sonra sigortalı olanlar ise prim gün sayısı ve yaş koşuluna bağlı olarak yaşlılık sigortasından yaralanacaktır. Sigortalı hizmet süresi, ölüm sigortası malullük sigortaları açısından da önemlidir.

Dolayısıyla sigortalı ve sigortalı hizmetlerin tespiti, sosyal güvenlik hakkının pratikte var olabilmesi, sigortalıya güvence getirebilmesi açısından önemlidir.

Diğer yandan, sosyal güvenlik hakkı, anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış, temel sosyal haklardandır. Bu nedenle sosyal güvenlik hakkından vazgeçilemez, bu hak devredilemez. Sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesi için devlet gerekli önlemleri almak, teşkilatı kurmakla anayasa tarafından görevlendirilmiştir.

Sigortalılığın zorunluluğu ilkesi 5510 sayılı yasanın “Sigortalılığın zorunlu oluşu, sona ermesi ve sosyal güvenlik sicil numarası” başlıklı 92. Maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Maddeye göre;

*Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir.*

Sigortalılığın zorunluluğu ilkesinin hukuki sonucu, sigortalılığı doğuran olay gerçekleştiği anda sigortalılık statüsünün de doğmasıdır. Sigortalılık statüsü için başvuru, bildirim, kayıt vb. bir koşul yoktur. Sigortalılık statüsünün kazanılması böyle bir kayıt ya da koşula tabi tutulamaz. 5510 sayılı yasa da sigortalılığın sigortalılığı gerektiren fiili durum ya da ilişkinin doğmasıyla birlikte başlayacağını 7. Maddesine hüküm koyarak değişik sigortalılık statüleri açısından ayrı ayrı düzenlenmiştir.<sup>1</sup>

1 Sigortalılığın başlangıcı başlıklı 7. maddeye göre;

Sigorta hak ve yükümlülükleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; a) (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî eğitime veya (...) (1) staja başladıkları tarihten, (1)

b) (Değişik: 17/4/2008-5754/5 md.) (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, gelir vergisi mükellefi olanlar ile şahıs şirketlerinden kolektif, adi komandit şirketlerin komandite ve komanditer ortakları ve donatma iştiraki ortaklarının vergi mükellefiyetlerinin başladıkları tarihten; sermaye şirketlerinden limited şirket ortakları ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortaklarının, şirketin ticaret sicil memurluklarınca tescil edildikleri tarihten; anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının yönetim kuruluna seçildikleri tarihten; gelir vergisinden muaf olanların ise esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı oldukları tarihten; tarımda

Yargıtay da sigortalılığın zorunluluğu ilkesinin altını birçok kararında özellikle çizmiştir. Yargıtay 21 HD, 30.04.2012 tarihli kararında sigortalı hizmet tespiti davaları ile sigortalılığın zorunluluğu ilkesi arasındaki hukuki bağa işaret etmiş, bu hukuki ilişki içerisinde özel bir yargılama ile hizmet tespitinin yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtay 21 HD, Kararına göre;

*Sigortalılığa ilişkin “hizmet tespiti” davaları, Sosyal Güvenlik hakkına ilişkin olarak ortaya çıkan davalardır. Yasal dayanağını 506 sayılı Yasanın 6. ve 79/10. (5510 sayılı yasa açısından ise 86/9.) maddelerinden almaktadır. Sözü edilen 6.madde de, çalıştırılanların, işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olacakları, sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği belirtilmiştir. Anılan yasanın 79/10. maddesinde ise, sigortalıların, çalışmalarının tespiti ile ilgili dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan, hizmet tespitine ilişkin davalar sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeni ile ilgili olup, kişi iradesi belirleyici etkiye sahip değildir. İçerisinde bulunduğu yasal statünün belirlediği durum doğrudan dikkate alınır. Bu nedenle hakim, kendiliğinden araştırma yapma yetkisine sahiptir. Bu yetki kapsamında, gerektiğinde tanık ve diğer deliller yoluyla doğrudan gerçeği bulma yükümü bulunmaktadır (Yargıtay 21. HD, E. 2012/7981 K. 2012/6794 T. 30.04.2012, Çalışma ve Toplum, 2013/2).*

Yargıtay 10. HD, sigortalılığın zorunluluğu ilkesini anayasal dayanakları içerisinde ele aldığı kararlarında sigortalılığın vazgeçilmez devredilemez bir hak olmanın yanında yükümlülük de olduğunu belirtmiştir. <sup>2</sup> Yargıtay 10. HD, 2013 yılında vermiş olduğu bir karara göre;

kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar için tarımsal faaliyetlerinin kanunla kurulu ilgili meslek kuruluşlarınca veya kendilerince, bir yıl içinde bildirilmesi halinde kaydedildiği tarihten, bu süre içinde bildirilmemesi halinde ise bildirim Kuruma yapıldığı tarihten; köy ve mahalle muhtarları için seçildikleri tarihten; 4 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilenler için ise lisans belgesine istinaden fiilen çalışmaya başladıkları tarihten,

c) (Değişik: 17/4/2008-5754/5 md.) (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, göreve başladıkları veya bu Kanunun 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (d) ve (e) bentleri kapsamındaki okullarda öğrenime başladıkları tarihten itibaren başlar.

- 2) 1982 Anayasasının 12. maddesine göre; “Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” 60.maddede ise, “Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirilecek olursa, sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve feragat edilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde de bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu haliyle sigortalı olmak, kişi bakımından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülüktür (Çenberci: 90).

*Anayasa'nın 12. maddesine göre; "Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir.". Sosyal güvenlik hakkı, bireylerin geleceğe güvenle bakmalarını sağlayan bir insan hakkıdır. Aynı zamanda "sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan birisidir". Bu esası göz önüne alan anayasa koyucu "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığı altında sosyal güvenlik hakkını da düzenlemiş ve 60'ncı madde ile "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" hükmünü getirmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve vazgeçilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.*

*(Mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 92. maddesinde de, bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu haliyle sigortalı olmak, kişi bakımından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülüktür (Yargıtay 10. HD, E. 2013/327, K. 2013/1329, T. 05.02.2013).*

### **b. Sigortalı Tanımı**

Sigortalı kavramının tanımı özellikle 5510 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte önemli ölçüde değişmiştir. Öncelikle sigortalı ve genel sağlık sigortalısı ayrımı ortaya çıkmıştır. Sigortalılarda kendi içerisinde 5510 sayılı yasanın 4. Maddesinin farklı bentlerinde ayrı tanımlandıkları için, ben numaralarına göre isimler almışlardır. Dolayısıyla sosyal güvenlik sistemimiz içerisinde sigortalı denilince anlamamız ve ayırmamız gereken farklı sigortalıklar söz konusu olmuştur.

---

Bu nedenle, sigortalılık hakkından feragat edilemez. Kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hâkimin feragat nedeniyle davayı reddetmeyip özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Zira sigortalı hizmet tespiti davasının açılması ile Sosyal Sigortalar Kurumu bir çalışma ilişkisinden haberdar olacak, gerektiğinde müfettiş incelemesi yaparak resen prim tahakkuk ettirip, tahsil edecektir. Görüldüğü gibi hizmet tespiti davaları kurumun hak alanım da doğrudan ilgilendirmektedir.

Öte yandan, hizmet tespiti davalarının amacı hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Bu nedenle, bu davadan feragat eden davacı sadece açtığı davadan değil, "sigortalı olduğunun tespitinden" yani "sosyal güvenlik hakkından" vazgeçmektedir. (Barış Duman, Ankara 2002 506 Sayılı S.S.K. Göre Hizmetlerin Tespit, Yüksek Lisans Tezi sh.108) (Yargıtay 10.HD, E. 2010/2539, K. 2010/13641, 14.10.2010)

5510 sayılı yasanın 3. Maddesine göre sigortalı, “Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken” kişi olarak tanımlanmıştır.

Üçüncü Maddenin esas aldığı tanımın ayırt edici unsuru, prim ödenmesidir. Bu primin kişi adına ödeniyor olmasının, ya da kendi adına kişinin prim ödüyor olmasının, ödenen primlerin kısa veya uzun vadeli sigorta kollarına giriyor olmasının, ya da her iki sigorta kolundan ödeniyor olmasının sigortalı sayılmak açısından bir önemi yoktur.<sup>3</sup>

Yasa, prim ödeme ile sigortalılık bağlantısına genel sağlık sigortası açısından istisna getirmiş, prim ödenmemiş olsa da genel sağlık sigortalısı sayılabilecekleri kapsayan ayrı bir genel sağlık sigortalısı tanımı yapmıştır. 5510 sayılı yasanın 3. maddesine göre genel sağlık sigortalısı, 5510 sayılı yasanın 60’ıncı maddesinde sayılan kişilerdir. 60 madde de sayılan kişiler arasında, aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olanlar, uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi ve vatansız olarak tanınan kişiler gibi prim ödemeyen veya adına prim ödenmeyen kişiler de bulunmaktadır.

Bu duruma göre;

1. Sigortalı ve genel sağlık sigortalısı vardır. Her sigortalı aynı zamanda genel sağlık sigortalısıyken, her genel sağlık sigortalısı sigortalı değildir.
2. Sigortalılar da 4/a kapsamında, 4/b kapsamında, 4/c kapsamında sigortalılar olarak olmak üzere kendi içlerinde ayrılmışlardır.

### **c. 4/a Kapsamında Sigortalı**

5510 sayılı yasanın 4. maddesinin a bendinde yapılan tanıma göre sigortalı olanlara 4/a kapsamında sigortalı ya da sadece 4/a’lı denilmektedir. 4. maddenin a bendi aslında 506 sayılı yasanın 2. maddesini tekrarlamıştır.

5510 sayılı yasanın 4/a maddesine göre; hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar 5510 sayılı yasanın kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından sigortalı sayılmışlardır.

506 sayılı yasanın 2. maddesi de sigortalı sayılanları, “bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar” diye tanımlamıştı.

Tanımdaki anahtar kavram hizmet akdi kavramıdır.<sup>4</sup> 5510 sayılı yasanın kavramları tanımlayan üçüncü maddesinde “hizmet akdi” kavramı tanımlanmamış-

3 Üçüncü maddeye göre İş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kısa vadeli sigorta kollarını oluşturmaktadır. Madde uzun vadeli sigorta kollarını ise, maddülük, yaşlılık ve ölüm sigortası olarak saymıştır.

4 Yasanın diline bağlı kalınarak hizmet akdi kavramı kullanılacaktır. Oysa 506 sayılı yasa döneminde 1475 sayılı iş yasası ve 818 sayılı Borçlar yasası yürürlükteydi. Her iki yasa da hizmet akdi kavramını kullanmışlardı. 10 Haziran 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı iş yasası ise, hizmet akdi kavramı yerine iş sözleşmesi kavramını kullanmıştır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk borçlar yasası da

tır. Hizmet akdi, 506 sayılı yasada da tanımlanmamıştı. Kural olarak, iş yasasına yöre işçi sayılanların 506 sayılı yasa açısından da sigortalı niteliğine sahip oldukları kabul edilmişti. Ancak bu benzeşmenin bire bir özdeşlik olarak da yorumlanamayacağı hem öğreti hem yargı kararlarında vurgulanmıştı. İş Yasası'na göre işçi olarak tanımlananların bazı durumlarda sigortalı niteliğine sahip olmaları, aksine 506 sayılı yasaya göre sigortalı niteliğine sahip olanların iş yasasına göre işçi sayılmamalarını da olanaklı kılmıştır. 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" (Özveri, 2000; 14).

5510 sayılı yasa 506 sayılı yasadaki farklı olarak, işçi niteliği taşımayan sigortalıları önemli ölçüde "4/a'lı sayılanlar" başlığı altında toplamıştır.

Yargıtay'a göre sigortalı sayılabilmek için gerekli olan üç ana koşul bulunmaktadır:

*Gerek (Mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında gerek ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu anlamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları başlıca üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar: a) Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet akdine dayanması, b) işin işverene ait yerde yapılması, c) çalışanın mülga 506 sayılı Kanunun 3.maddesinde, 5510 sayılı Kanunun ise 6. maddesinde belirtilen istisnalardan olmaması şeklinde sıralanabilir. 5510 sayılı Kanunun 4/1-a maddesine ve 506 sayılı Kanuna göre sigortalı olabilmek için bu koşulların bir arada bulunması zorunludur (Yargıtay 10. HD, E. 2013/327, K. 2013/1329, T. 05.02.2013).*

#### *aa. Hizmet Akdinin Unsurları*

4857 sayılı iş yasası, 1475 sayılı yasadaki farklı olarak hizmet akdi kavramını tanımlamıştır. 4857 sayılı iş yasasının 8. maddesindeki tanıma göre, "iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir."

Yargıtay Hizmet akdinin unsurlarını;

"a- İşçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi,

b- İş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi,

c- İşin işverene ait işyerinde görülmesi,

d- Malzemenin işveren tarafından sağlanması,

e- İş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması,

f- İşin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi,

g- Bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi,

---

iş yasası gibi hizmet akdi kavramı yerine iş sözleşmesi kavramını kullanmıştır. 5510 sayılı yasanın 2008 tarihinde yürürlüğe girmesine karşın halen hizmet akdi kavramında ısrarı dil birliğinin sağlanması açısından yerinde olmamıştır.



- h- İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması,
- ı- İşverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi,
- i- Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması.
- j- Kar ve zarara katılıp katılmaması,
- k- Girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması” olarak sıralamıştır (Y. 9. HD, 2008/10530 E. 2010/4617 K, 22.02.2010 T. Benzer karar Y. 9. HD, 2008/12560 E, 2010/4619 K, 23.02.2010 T., Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), 259-272).<sup>5</sup>

#### *bb. Hizmet Akdinin Tespitinde Bağımlı-Bağımsız Çalışma Sorunu*

Hızla gelişen teknoloji yeni istihdam modelleri ve yeni iş organizasyonları yaratmıştır. Küreselleşme, rekabet, rekabetin gerektirdiği gibi ucuz kaliteli ve çeşitli üretim yeni liberal saldırının değişmeyen kavramları arasında yer almıştır. Rekabete uyum sağlamış bir iş gücü piyasası yaratma hedefi siyasilerce de benimsenmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan Ulusal İstihdam Stratejisi (UİS) 2014-2023 başlıklı belgede rekabete uyumlu işgücü piyasası hedefi açıkça ifade edilmiştir. UİS’ne göre bilgi teknolojileri hızla değişmiş, küresel rekabet artmıştır. Bu gelişmenin doğurduğu yeni ekonomik koşullara uyum sağlamak, işletmelerin iç ve dış rekabet gücünü artırmak için dünyanın birçok ülkesinde işgücü piyasalarının esnekleştirilmesi öncelikli politika haline gelmiştir. (ÇSGB; Paragraf, 71) Esnek çalışma biçimlerinin zorunlu olduğu saptamasından hareket eden UİS, 5510 sayılı yasanın esnek çalışma biçimleriyle uyumlaştırıldığını önemli bir gelişme olarak sunmaktadır. UİS Esnek çalışma biçimlerinin ise sosyal güvenlik haklarına ulaşmayı zorlaştırdığını kabul etmekte çözümü sosyal güvenlik alanının esnek çalışmaya uygun bir şekilde düzenlenmesinde görmektedir<sup>6</sup> (ÇSGB: Paragraf, 78).

- 5 Yargıtay 10. HD, eser sözleşmesi ile hizmet akdi ayrımını tartıştığı kararında iki sözleşme türünün farkını şöyle ortaya koymuştur: Karara göre; “Bu anlamda eser, bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur. Kuşkusuz bağımsız bir varlığı değiştirmeye, işlemeye veya biçimlendirmeye yönelik edimler de eser kavramına dahil sayılır ve istisna sözleşmesinin konusunu oluştururlar. Ücret belli bir süre çalışıldığı için değil, netice için ödenmektedir. Müteahhidin, kararlaştırılan zamandan önce taahhüdünü yerine getirmesi, ücret üzerinde herhangi bir etki meydana getirmeyecektir. İstisna akdinde ekonomik risk müteahhit tarafından yüklenirken, hizmet akdinde işveren tarafından karşılanacaktır” (Yargıtay 10. HD, 2011/5857 E. 2011/12907 K, 03.10.2011 T).
- 6 “Bununla birlikte esnek çalışanların sosyal güvenlik kapsamına girme oranlarının nispeten düşük olduğu görülmektedir. Mevcut durumda sosyal güvenlik sisteminin sunduğu haklara ulaşmada temel kriterlerden biri olan prim ödeme gün sayısının “tam zamanlı ve sürekli çalışma” esas çerçevesinde çalışma saatleri dikkate alınarak tespit edilmesi yönündeki uygulama nedeniyle esnek çalışanlar, gelir/ödenek/aylıklara hak kazanabilmek için gerekli olan şartları yerine getiremeyeceklerini öngörerek kayıt dışılığı tercih edebilmektedir” (ÇSGB: Paragraf, 78).

ÜİS'nin de kabul etmiş olduğu gibi sosyal güvenlik haklarının kapsamının daralması tehlikesi çalışanlar açısından önemli bir soruna dönüşmüştür. Sosyal güvenlik hakkının kapsamının daraltılması tehlikesinin karşı sınırlandırılabilmesinde özellikle Yargıtay'ın hizmet sözleşmesini belirlemek için geliştirdiği ölçütleri çalışma yaşamındaki değişimleri kavrayacak boyutlara taşınması yaşamsal bir önem taşımaktadır. Gelişim ve değişimin dinamizmini yakalamak, işçi-sigortalı kavramlarını yeniden, sosyal güvenliğin temel mantığına uygun bir şekilde anlamlandırarak, bu şekilde yasama organının önünü açmak önemli ölçüde Yargıtay'a düşmektedir.

Somut olarak ifade etmek gerekirse, alt işveren (taşeron), ödünç iş ilişkisi, geçici çalışma, çağrı üzerine çalışma, kısmi, süreli çalışma gibi esnek istihdam biçimlerinin yaygınlaşması iş ve sosyal güvenlik mevzuatının uygulanması açısından da bağımlılık unsurunun yeniden anlamlandırılmasını 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" (Güzel, 1997: 100) demektedir.

Güzel de teknolojik gelişmelerin karmaşıklaşan iş ilişkilerinin doğasına işaret ederek, bağımlılık unsurunun daha geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Güzel'e göre;

*"Batı hukuklarında, yargı kararlarıyla bu mantığa uygun çözüm olarak işçinin işverene ait iş veya hizmet 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"* (Güzel, 1997: 126).

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 bulunması, edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esaslı üzerinden saptanması gibi ölçütler, klasik sanayi işçisi açısından geçerli olan ölçütlerdir. Bu ölçütler, yeni istihdam biçimlerinde bağımlılık unsurunu belirlemeye yetmemektedir. Örneğin; hizmet akdiyle istisna akdinin farklarını da tartıştığı kararında Yargıtay, istisna akdinde ücretin yaratılan esere göre tespit ediliyor olmasını, işin işverenin işyerinde görülme zorunluluğunun bulunmamasını, iş sahibinin sadece sonuca yönelik talimat verebilme-

sini, hizmet akdinde ise işverenin işin başlayış ve bitiş saatlerini de kapsayacak şekilde talimat verme yetkisine sahip olmasını, istisna akdiyle hizmet akdinin farkları olarak sıralamıştır (Özveri, 2000: 17).<sup>7</sup> Yargıtay'ın bu kararında kullanmış olduğu işçinin çalışma yerinin, işe başlayış ve sona eriş saatinin işverence tespiti ölçütü yeterli değildir. Örneğin istisna akdinde işin işyerinde görülmesinin zorunlu olmamasını ayırt edici bir unsur olarak kullanarak, evinde ya da her hangi bir yer de, bilgisayarının başında, işin başlama ve bitiş saatlerini kendisi belirleyerek çalışan bir bilgisayar programcısının bağımlılık ilişkisini tespit edebilmemiz olanaklı değildir.

Bu ve benzeri sorunlar batı hukuklarında, yargı kararlarıyla çözülmüştür. Yargı “işçinin işverene ait iş veya hizmet organizasyonu çerçevesinde, onun yararına bir iş yapması, bağımlılık unsurunun temel ölçütü olarak kabul edilmiştir” (Güzel, 1997: 126). Bu kabul yeni teknolojilere bağlı olarak gelişen ve işverenin fiziki denetimi dışında ancak işverenin emir ve talimatları altında yapılan işlerin bağımlılık unsurunu belirleyebilmeyi olanaklı hale getirmektedir.

Türk sosyal güvenlik hukuku uygulamasında da yaşanan bu gelişmelerin etkilerini görmek olanaklıdır. Örneğin Yargıtay 14.03.1995 tarihli kararında hizmet akdinin varlığı için ücretin zaman esaslı üzerinden saptanması gerektiğini belirtirken, 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 belirtmiştir. Yargıtay'a göre “sigortalı olmak için Sosyal Sigortalar Kanunu'nun (506 sayılı yasa) 3-1/B ve 78/2. maddelerine göre ücret koşul değildir parça başı ücret alınması hukuki ilişkinin hizmet akdi niteliğini” (Özveri, 2000: 18) etkilemez.

Yargıtay çağrı üzerine çalışmanın henüz daha iş yasasında düzenlenmediği dönemde vermiş olduğu kararlarda bağımlılık kavramını geniş yorumlayarak bu çalışma tipini hizmet akdi kavramı içerisinde nitelendirmiştir. Yargıtay iş oldukça gelip çalışan, iş olmadığı zamanlarda kahvede ya da işyerinde bekleyen hamalın çalışmasını zaman ve bağımlılık açısından değerlendirmiştir. Yargıtay 10. HD'ne göre; her zaman değil, iş oldukça çalışan, iş olmadığı zamanlarda işyerinde veya kahvehanede 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. Piyasa hamalı olmayan, bir işverene bağımlı olarak çalışan hamalların sigortalı sayılacakları Dairemizin yerleşmiş görüşlerindedir” (Özveri, 2000: 18)

Yargıtay 10. HD 05.02.2013 tarihli kararında bağımlılığı iş sözleşmesinin ayırt edici bir unsuru olarak almıştır. Yargıtay'a göre;

7 “İstisna akdinde ise bir eserin ücret karşılığında yaratılması söz konusudur, istisna 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 başlayış ve sona eriş saatinin işverence tespiti biçimindedir Giderrek, istisna akdinde işin işyerinde görülmesi zorunlu değildir” (Özveri, 2000: 17).

*Diğer unsur olan bağımlılık ve bu kapsamda ele alınması gereken zaman unsuru, hizmet akdinin ayırt edici özelliğidir.*

*Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa, bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır. İşverenin yönetim (talimat verme) hakkı karşısında işçinin talimatlara uyma (itaat) borcu yer alır. Bir işin görülmesi süreci içinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışları düzenleyen talimatlar veren işveren onu kişisel bağımlılığı altında tutar. Bu sözleşmede varolan otorite/bağımlılık ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır. Bu nedenle iş akdinde bağımlılık hem işçinin kişiliğini ilgilendirmekte hem de bir hukuki bağımlılık niteliği taşımaktadır (Yargıtay 10. HD, E. 2013/327, K. 2013/1329, T. 05.02.2013).*

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. Bağımlılık unsuru açıkklamaya yarayan zaman kavramının bağımlılık unsurunun dışında ayrı bir unsur olarak ele alınmasına gerek yoktur.

Yargıtay 21. HD ise 20.04.1999 tarihli kararında “işyerinin ve iş koşullarının özellik göstermesi zaman unsurunun kendine özgü değerlendirilmesini gerektirir” demiştir. Karara konu olayda davacı Orman İdaresinin emrinde iş durumuna göre ancak işveren emir ve talimatları doğrultusunda periyodik olmayan sürelerde çalışmıştır. 21 H.D. haklı olarak çağrı üzerine çalışma olarak adlandırılacak olan bu tür çalışmada da, hizmet akdinin koşullarının oluştuğu sonucuna ulaşmıştır (Özveri, 2000: 19). 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 unsuru öğretide savunulan “işverene ait iş veya hizmet organizasyonu çerçevesinde,

onun yarına bir iş yapması” tanımını, Yargıtay kararları ışığında işverene ait iş ve ya hizmet organizasyonu çerçevesinde, işçinin belirli bir zaman diliminde, bu zaman diliminin mutlaka birbirini takip eden saatler olması gerekmeden, iş-gücünü işverenin emri altında tutması olarak tanımlanması üzerinde en azından tartışılmalıdır.

### **cc. Hizmet Akdinin Tespitinde Ücret**

Sosyal güvenlik hukuku açısından hizmet ilişkisinin var olması için işçinin mutlaka ücret almasına gerek yoktur.

Yargıtay da ücretin sosyal güvenlik hukuku açısından hizmet akdinin varlığını tespit etmede zorunlu bir unsur olmadığına altını çizmiştir.

*Gerek (Mülga) 506 sayılı Kanuna göre, gerek ise 5510 sayılı Kanuna göre sigortalılık niteliği için ücret zorunlu unsur değildir. Bu husus, 506 sayılı Kanunun 3-I-B, 6 ve 78/2. maddeleri ve 5510 sayılı Kanunun 6/a, 7/a, 82/2-3. maddeleri ile hükmünde açıkça görülmektedir.*

*Bilindiği gibi çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla sigortalı olurlar (506 SK. m. 6, 5510 SK. m. 7/a). maddenin “çalıştırılanlar” sözüne yer verip, aksine, hizmet akdi ile çalıştırılanlar ifadesine yer vermemesi karşısında, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmiş ise ücret koşulu gerçekleşmese de, kişi, sigortalı sayılmalıdır.*

*Gerek (mülga) 506 sayılı Kanunun 78/2. maddesinde, gerek ise 5510 sayılı Kanununun 82/2. maddesinde günlük kazanç sınırları düzenlenirken “ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanır.” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde, maddenin, ücretsiz çalışanların prim kesintilerinin belirlenmesi amacıyla kaleme alınmış olduğu belirtilmektedir.*

*506 sayılı Kanunda ve 5510 sayılı Kanunda hizmet akdine dayalı çalışmanın ücretsiz de olabileceğinden söz edilmesinin nedenine gelince, 506 sayılı Kanunun ve 5510 sayılı Kanunun sistematigi dikkate alındığında, yasa koyucunun, Sosyal Sigortalar Kanunu bakımından ücreti hizmet akdinin zorunlu bir unsuru olarak öngörmediği, bu anlamda, 506 sayılı Kanunda ve 5510 sayılı Kanunda anılan hizmet akdinin, Borçlar Kanununda tanımlanan şekliyle hizmet akdine göre özellikler gösteren bir (hizmet) sözleşme biçiminde olduğu söylenebilir.*

*Konu doktrinde de ele alınmış ve ücret almadan yapılan çalışmalarında sigorta kapsamına alınması gerektiği genel olarak kabul görmüştür (Yargıtay 10. HD, E. 2013/327, K. 2013/1329, T. 05.02.2013).*

Ne var ki Yargıtay bazı özel durumlarda hizmet ilişkisinin var olup olmadığının tespiti için ücretin özellikle araştırılması gerektiğine karar vermiştir. YH-GK’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.” Yargıtay 21. HD’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” (Özveri, 2000: 20) demiştir.

Ücretin hizmet akdinin varlığı açısından zorunlu olmadığını 30.01.2015 tarihli kararında da belirten Yargıtay 10. HD, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmişse ücret koşulu gerçekleşmese de sigortalılık statüsünün doğacağını belirtmiştir.<sup>8</sup>

Sigortalılığın tespitinde ücretin zorunlu bir unsur olmadığını kabul eden Yargıtay, prime esas kazançların tespitinde ücretin yazılı delille kanıtlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>9</sup> Uygulamada çift bordro denilen, gerçek ücret üzerinden prim yatırmama olgusunu ispat hukukundan hareketle kalıcılaştıran bu karar, prim kaybı yanında sigortalının düşük prime esas kazanç nedeniyle Kurumdan alacağı geçici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik ödeneği, gelir ve aylıkların düşük bağlanmasına kapı açmıştır.

#### *dd. Şirket Ortaklarının ve Sendikacıların Sigortalılığı*

506 sayılı yasanın yürürlükte olduğu dönemde Şirket kurucularının sigortalılığı konusunda birbirinden farklı kararlar vermiştir.

8 506 sayılı Kanuna göre sigortalılık niteliği için ücret zorunlu unsur değildir. Bu husus, anılan Kanunun 3-I-B, 6 ve 78/2. maddeleri hükmünde açıkça görülmektedir.

Bilindiği gibi çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla sigortalı olurlar (506 SK. m. 6). maddenin “çalıştırılanlar” sözüne yer verip, aksine, hizmet akdi ile çalıştırılanlar ifadesine yer vermemesi karşısında, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmiş ise ücret koşulu gerçekleşmese de, kişi, sigortalı sayılmalıdır.

Bir diğer düzenleme olan 506 sayılı Kanunun 78/2. maddesinde günlük kazanç sınırları düzenlenirken “ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanır.” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde, maddenin, ücretsiz çalışanların prim kesintilerinin belirlenmesi amacıyla kaleme alınmış olduğu belirtilmektedir (Yargıtay 10. HD, E. 2014/26435, K, 2015/1649, T. 30.01.2015).

9 “Kuruma ödenmesi gereken sigorta primlerinin hesabında gerçek ücretin/kazancın esas alınması gerekmekte olup hizmet tespiti davalarının kamusal niteliği gereği, çalışma olgusu her türlü kanıtla ispatlanabilmesine karşın ücret konusunda aynı genişlikte ispat serbestliği söz konusu değildir ve değinilen maddelerde yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Ücret tutarı maddede belinden sınırları aştığı takdirde, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe sahip olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, sigortalının imzasını içeren aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle kanıtlanması olanaklıdır. Yazılı delille ispat sınırının altında kalan miktar için tanık dinlenebileceği gibi, tespiti istenen miktar sınırı assa dahi varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinlenmesi mümkündür” (Yargıtay 10. HD, E.2014/962, K. 2014/8424, T. 11.04.2014, Çalışma ve Toplum, 2014/3, 420).

Yargıtay, anonim şirket kurucu üyesi ve yönetim kurulu üyesi olan şahısların sigortalılığını değerlendirirken de hizmet ilişkisinin unsurlarını ölçüt olarak almıştır. Yargıtay'a göre; "davacının anonim şirket kurucu üyesi olduğu konusunda uyumsuzluk olmadığı gibi kurucu üye ve ortaklar Bağ-Kur'lu olması da yasa gereğidir. Ne var ki, bu kimselerin ilişkin oldukları şirkette hizmet akdine göre çalıştıkları saptandığında, çalışma olgusu ve hizmet unsurları gereği Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi sigortalı olduklarının kabulü gerekir."

Kolektif şirket ortaklarının sigortalılığını değerlendirdiği 14.09.1987 tarihli kararda ise, Yargıtay; Davacının Kolektif Şirketi'nin kurucu ortağı durumunda bulunduğu, ortaklığa ait işyerinin 01.04.1971 tarihi itibarıyla diğer ortak M. İle 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" (Özveri, 2000: 21) gerekçesiyle haklı olarak Kolektif Şirket ortağının sigortalı olamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay 10.H.D. 18.12.1987 tarihli kararında ise, kolektif şirket ortağının 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; "Dava bu dönemde kolektif şirket ortağı ise de, Ticaret Sicili Gazetesi'nin dosyası yer alan sayısında yayımlanmış olan ortaklık sözleşmesinde davacının şirkete sermaye koymadığı, şahsi emeğiyle ortak olduğu, özellikle satış işlerinde 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 dönemde isteğe bağlı sigortalı olarak değerlendirilmesi, anılan madde hükmüncü 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" (Özveri, 2000: 21).

5510 sayılı yasa ise 3. maddesinde şirket ortaklarının sigortalılığını açıkça düzenlemiştir. Maddeye göre, "Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan or-

takları 4/b kapsamında sigortalı olacaklar, diğer ortaklar ise kendi özel durumlarına göre sigortalılıkları saptanacaktır. Örneğin Anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olmayan ortağı, bu şirkette aynı zamanda hizmet akdi ile çalışması halinde 4/a kapsamında sigortalı kabul edilecektir. Aynı madde de “sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları,” için 4/b kapsamında sigortalılık öngörülmüştür.

Bilindiği gibi Sendikayla aralarındaki ilişkinin hizmet akdine dayanmaması nedeniyle 506 sayılı yasa anlamında sigortalı sayılmamalarına karşın 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 29/3 maddesindeki özel hükme dayanarak işveren payları dâhil primlerini kendileri yatıran sendikacılar sigortalılık haklarını da devam ettirebilme haklarına sahipti. 5510 sayılı yasa 4/a maddesinde profesyonel sendika yöneticilerini işçi sendikaları açısından 4/a'lı kamu sendikaları açısından ise 4/c'li sayılanlar sınıfında değerlendirmiştir. Yargıtay 21. HD 12.04.1999 tarihli kararına konu olan olayda, 12 Eylül 1980 harekâtıyla faaliyeti durdurulan ve 1985 yılında 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 vazgeçilmez bir hakkı olduğu gerekçesiyle istem gibi karar vermiş; 21. HD 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 (Özveri, 2000: 22). 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 zorunlulukları nedeniyle sona erdiğinin kabulü olanaklı değildir. Bu nedenle 21. H.D.'nin onama kararı bizce de yerindedir.

#### *ee. 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” (Özveri, 2000: 23) demiştir.



5510 sayılı yasa 5. maddesinde sadece bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar ayrımı yapmıştır. Maddede sayılanlardan bir grubuna iş kazası meslek hastalığı, hastalık, analık sigortası, bir diğer gruba iş kazası meslek hastalığı ve hastalık, bir diğer gruba ise sadece iş kazası meslek hastalıkları sigortası hükümleri uygulanacaktır. Buna göre hizmet akdi ilişki kurulmamış olmasına karşın cezaevleri işliklerinde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası hükümleri uygulanacak ve bu sigorta kolları açısından 4/a kapsamında sigortalı oldukları kabul edilecektir.

3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler iş kazası meslek hastalıkları ve hastalık sigortasına tabidir. Meslek liselerinde okumakta iken veya yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler,<sup>10</sup> sadece iş kazası meslek hastalıkları sigortasına tabidirler. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46'ncı maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, yaşlarına uygun asgari ücretin altında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına tabi olacaklardır.<sup>11</sup> Ayrıca 5510 sayılı yasanın 5/g bendi uyarınca “Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri” uygulanacaktır.

5510 sayılı yasa, 6. maddesinde sigortalı sayılmayacakları tek tek saymıştır. Maddede sayılan işlerde çalışanlar ile maddede belirtilen statüde olanlar 5510 sayılı yasanın 4 maddesi anlamında sigortalı sayılmayacaklardır.

## II. SİGORTALI HİZMETLERİN YARGI KARARIYLA TESPİTİ

Sigortalı hizmetlerin geriye doğru tespitinde ilk sorun 4/b kapsamında sigortalı olanların geriye doğru sigorta hizmet tespiti yaptırıp yaptıramayacakları konusunda odaklanmaktadır.

10 5510 5. md. “bunlardan bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.”

11 5. madde 82. maddeye yollama yaprak 82. maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar “ölçütü getirmiştir. 82. madde ise prime esas günlük kazancın alt sınırını “Bu Kanun gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, sigortalıların yaşlarına uygun asgari ücretin otuzda biri” olarak belirlemiştir. 5510 sayılı yasaya göre ay 30 gün olduğundan aylık alt sınırdaki doğal olarak asgari ücret olmaktadır.

## 1. Kendi Nam ve Hesabına Bağımsız Çalışanlarına Sigortalı Hizmetlerinin Tespiti

5510 sayılı sayanın yürürlüğe girmesinden önce, 4/b kapsamında sigortalı olanların sigortalıkları 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile tarımda kendi nam ve hesabına çalışanların sigortalılığını düzenleyen 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Yasası'nda düzenlenmiştir.

Her iki yasa da sigortalılığın zorunluluğu ilkesi kabul edilmiştir ve her iki yasada da re'sen tescile yer verilmiştir. Ne var ki, yargı kararlarında sigortalı hizmetlerin geriye doğru tespitini öngören bir yasal düzenleme bulunmadığı, aksine, sigortalılık sürelerinin belirli tarihler arasında belirli şekil şartlarını yerine getirme koşuluyla geçmişe dönük olarak borçlanmayla sigortalı sürelerden sayılabileceği, bu nedenle sigortalı hizmetlerin geçmişe dönük tespitinin olanaklı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay bu 4/b'lilerin geçmişe dönük sigortalılıklarının tespit edilemeyeceği sonucuna ulaşırken iki temel gerekçeye dayanmıştır.

Yargıtay'ın Birinci gerekçesi, 506 sayılı yasanın 79/8 maddesinde yapılmış düzenlemenin bir benzerine 1479 sayılı yasada yer verilmemiş olmasıdır. Yargıtay HGK'na göre "1479 sayılı yasada 506 sayılı yasanın 79/ 8 maddesine koşut geçmiş Bağ-Kur hizmetlerinin tespitine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Hal böyle olunca geçmiş Bağ-Kur hizmetlerinin tespitine karar verilmesine yasa olanak bulunmamaktadır" (Yalçınkaya, 1999: 402).<sup>12</sup>

Yargıtay'ın ikinci gerekçesi ise geçmişe dönük hizmet tespiti davasına yer vermeyen yasa koyucunun bu eksikliği 1479 sayılı yasaya ek geçici 13. maddeyi ekleyerek gidermiş olmasıdır. Ek geçici 13. madde ise, geçmişe dönük hizmet tespitini düzenlememiştir. Madde sadece kuruma sigortalı olarak tescil edilmiş olma koşuluyla geçmiş hizmetlerin borçlanma yoluyla sigortalı sürelerden sayılabilmesine olanak tanımıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, maddeyi bu şekilde yorumlayarak "geçici madde 13'e göre sigortalı olarak kayıt ve tescilli bulunmak kaydı ile vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesabına bağımsız çalıştıklarını belgeleyen sigortalılar belgeledikleri süreyi borçlanabilirler" (Yalçınkaya, 1999: 402) demiştir.

Yargıtay HGK'nun kararında söz etmiş olduğu Ek Geçici 13. madde 1479 sayılı yasaya 14.04.1982 tarihli 2654 sayılı yasayla eklenmiştir. Ek geçici madde bu konuda sürekli ileri doğru ötelenen bir milat gibidir. Madde birinci fıkrasıyla, bir çizgi çekerek, çizginin gerisinde kalanların sosyal güvenlik haklarını ortadan kaldırmıştır. Maddeye göre, sigortalılık niteliğini taşıyıp da yasanın yürürlüğe girdiği 14.04.1982 tarihine kadar kayıt tescilini yaptırmamış olanların her türlü hak ve yükümlükleri yasanın yürürlüğe girdiği 14.04.1982 tarihinden itibaren başlayacaktır.

12 Benzer kararlar için (Yalçınkaya, 1999: 402-419).

Sigortalılığın zorunluluğu ve re'sen tescil ilkelerine açıkça aykırı olan bu düzenleme ile sigortalılığı doğuran olay gerçekleşmiş, ancak tescil veya kayıt yapılmadığı için sigortalılık ortadan kalkmış olmaktadır. Sigortalı, tescil ve kaydını yaptırmayarak sigortalılığın zorunluluğu ilkesini ortadan kaldırma hakkına sahip olmaktadır.

Sigortalılığı gerektiren fiili ilişki içerisinde olduğu halde tescil ve kayıt yaptırmadığı için sosyal güvenlik hakkı yasayla ortadan kaldırılanlardan farklı olarak ek geçici 13. madde kayıt ve tescili yapılmış olanlara bir fırsat vermiştir. İkinci fıkraya göre tescil veya kaydını yaptırmış olanlar 01.10.1972 tarihinden yasanın yürürlüğe girdiği 14.04.1982 tarihine kadar geçen sürede vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesabına çalıştıklarını belgeleyenler, belgeledikleri süreyi borçlanabileceklerdir.

Ek geçici 13. maddenin bir benzeri 619 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) nin geçici 1. maddesiyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle ek geçici 13. madde deki 14.04.1982 tarihi kararnamenin yürürlüğe girdiği 04.10.2000 olarak belirlenmiştir. Ancak 619 sayılı KHK, Anayasa Mahkemesi'nin 2000/61E., 2000/34 K, 26.10.2000 T. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.<sup>13</sup> İptal kararı 08.08.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir (R.G: 2000). İptal kararı sonrası benzer bir hüküm 4956 sayılı Yasanın 47. maddesi ile 1479 sayılı yasaya geçici 18 madde eklenmiştir.

Böylece “sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 4.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinin 4.10.2000 tarihinden itibaren” başlayacağı kabul edilmiştir. Ayrıca, “zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanların sigortalılıkları, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde Kuruma yazılı olarak başvurmaları ve 20.4.1982-4.10.2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve belgelenen bu sürelerle ilişkin olarak 49 uncu ve ek 15 inci maddelere göre hesaplanacak prim borçlarının tamamını, tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, ödeme tarihinde buldukları gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarı üzerinden ödemek kaydıyla bu süreler sigortalılık süresi olarak” (1479 sayılı yasa Geçici 18 md.) değerlendirilebilecektir. Maddede öngörülen sürenin 02.02.2004 tarihinde sona ermesi öngörülmüştür.

Kendi nam ve hesabına çalışanların sigortalı hizmetlerinin tespiti 2012 yılında Yargıtay HGK'nun önüne gelmiştir. Yargıtay HGK eski kararlarıyla uyumlu bir şekilde, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanların geçmişe dönük sigortalılıklarının tespitinin olanaklı olmadığına bir kez daha hükmetmiştir. HGK bu kararında eski görüşlerini tekrarlamakta, bu görüşlerine ek olarak zaman zaman

13 Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçeli kararın resmi gazetede yayımlanmasından dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş, karar 08.11.2000 tarihli resmi gazetede yayımlandığından iptal hukuki sonuçlarını 08.08.2001 tarihinde doğurmuştur.

yasa koyucunun borçlanma olanağı vererek hizmet tespiti yapılamamasının doğurduğu sakıncaları giderdiğini belirtmektedir. HGK kararına göre;

*1479 sayılı Kanunda sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinin belirli tarihlerden başlatılmasını zorunlu kılan düzenlemelere de yer verilmiş ve 1479 sayılı Kanunda, 506 sayılı Kanun'un 79/10. maddesine paralel nitelikte bir düzenleme bulunmadığı için, kural olarak hizmet tespiti davası açılmasının mümkün olmadığını dikkate alan yasa koyucu, sigortalılık niteliğini taşıdıkları halde Kuruma tescil edilmemiş kişilere zaman zaman kendi ad ve hesaplarına bağımsız çalıştıkları süreleri borçlanma ve bu sürelerin sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi olanağını tanımıştır* (Yargıtay HGK: 2012/10-1477 E., 2013/570 K., 24.04.2013 Legalnank.net).

Karar sosyal güvenlik hakkına yüksek yargının yaklaşımını ortaya koyması açısından da çarpıcıdır. Karara göre;

- a) Sosyal güvenlik hakkı, temel insan haklarındanadır.
- b) Uluslararası hukuk normları ile Anayasalarla güvence altına alınmıştır.
- c) “Ülkemizin ekonomik, sosyal ve kültürel değişimi sosyal güvenlik haklarına olumlu yansımakla birlikte, kimi zaman bu hakları sınırlayıcı düzenlemelere gidildiği de görülmektedir.”

HGK’na göre uluslararası hukuk ve anayasayla güvence altına alınmış bir hak olan sosyal güvenlik hakkı sınırlayıcı düzenlemelerinde konusunu oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlandırıcı hükümlerle yasanın sosyal güvenlik hakkının temel niteliklerini belirleyen hükümleri çeliştiğinde, HGK temel ilkeleri sadece tekrarlamakta, sınırlandırıcı hükümleri ise uygulanacak norm olarak görmektedir.<sup>14</sup>

HGK 1479 sayılı yasanın 26. maddesi uyarınca “sigortalı olma hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceği ve kaçınılamayacağını, bu kanuna göre sigortalı sayılanların, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıt ve tescil yaptırılmalarının zorunlu olduğunu, aksi durumda Kurum tarafından resen tescil işleminin yapılacağını” belirtmektedir.

Bir başka anlatımla HGK’ya göre sigortalılık 1479 sayılı yasanın 26. maddesi uyarınca zorunludur. Zorunluluk ilkesinin mantıksal sonucu olan re’sen tescil 26. madde de hükme bağlanmıştır. Sigortalılığı doğuran ilişki içerisine girenler, başvurmasalar da re’sen tescil edileceklerdir. Bu kabulün mantıki ve hukuki

<sup>14</sup> Kararda açıkça belirtilmese de sosyal hakların sınırlandırılabilmesinde sürekli kullanılan anayasanın 65 maddesi kabulün dayanağını oluşturmuştur. Sosyal güvenlik hakkını, 65. maddenin 1961 Anayasası’ndaki eşdeğeri olan 53. madde açısından değerlendiren Çemberci’nin yakınması çarpıcıdır. Çemberci’ye göre; “Devlet (...) iktisadi ve sosyal amaçlarına ulaşma hedeflerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. Şu suretle, Devletçe bu ödevler yerine getirilinceye kadar Anayasa’nın 48 inci maddesine dayanılarak sosyal güvenlik hakkının varlığından söz edilemez; hiç değilse, o zamana kadar sosyal güvenlik hakkı asıkdadır. Bu durum, gelişmesini henüz tamamlamamış olan ülkelerin ortak dramıdır” (Çemberci, 1977: 55).

sonucu özel bir düzenlemeye gerek kalmadan sigortalı olmayı gerektiren fiili durumun tespitiyle birlikte sigortalılık statüsünün de kazanılmasıdır. Kuşkusuz sigortalılık statüsü sadece haklar vermemekte aynı zamanda yükümlüklerde getirmektedir. Sigortalı olmanın gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmeyenlere yaptırım uygulanır, primler tahsil edilir. Ancak ekonomik, sosyal, kültürel veya bir başka nedenle yasayla zorunlu ve vazgeçilmez olan sigortalı olma statüsünden kimse yoksun bırakılamaz.

Aksinin kabulü, sigortalılığı tescil ettirmeyen, kurumca da tespit edilemeyen ancak sigortalılığı gerektiren faaliyette bulunanların, sigortalılığın zorunluluğu ilkesini yok edebilmeleri sonucunu doğuracaktır.

HGK'nun sözünü ettiği ek geçici 13 ve geçici 18. maddelerle getirilen borçlanma hakları, sigortalı hak ve yükümlüklerinin başlaması için süre verilmesi, sigortalılığın zorunluluğu ilkesini, yine kişisel başvuru yapıp yapmama tercihi ile ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda 4/b kapsamında sigortalı olma zorunluluğunu şahıslar isterse tescil ettirmemek yoluyla ortadan kaldırmayacaktır.

İlginç ve çarpıcı olan ise zorunlu sigortalılığı iptal yetkisini kişilere tanıyan yasal düzenlemelerin yapılmış olmasıdır. 2006 yılında 5458 sayılı yasayla 1479 sayılı yasanın Ek 19. maddesinde yapılan değişiklik, sigortalılığı iptal yetkisi tanınmasının örneğidir. Yapılan düzenleme ile, 1479 ve 2926 sayılı yasalara göre kayıt ve tescili yapılmış olup da beş yıl ve daha fazla prim borcu bulunanların, prim borçlarını kurumca yapılan bildirimde kendilerine verilen süre içerisinde ödememeleri halinde, primlerinin karşıladığı ayın sonu, hiç prim yatırmamış olanların ise tescil tarihi itibarı ile sigortalılıklarının durdurulacağı hükmüne bağlanmıştır. Sigortalılığın durdurulmasının hukuki sonucu ise prim borcunun bulunduğu sürelerin sigortalılık süresinden sayılmaması ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacaklarının takip edilmemesi olarak belirlenmiştir. Aynı yasayla 1479 sayılı yasaya eklenen Geçici 26. madde de benzer hükmü 31.03.2005 tarihi itibarı ile beş yıl ve daha fazla prim borcu olanların bu sürelerle ilişkin prim borçlarını yapılandırma talebinde bulunmayan veya bulunup da yapılandırma haklarını kaybedenler için de 1479 sayılı yasanın ek 19. madde hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir.

Aynı hüküm 5510 sayılı yasanın geçici 17. maddesinde de tekrarlanmıştır. Bu kez borçlanma için öngörülen süre 5510 sayılı yasayı değiştiren 5754 sayılı yasanın 73. maddesinin yürürlük süresinden başlatılmıştır. 5510 sayılı yasanın Geçici 17. maddesi, maddenin yürürlük tarihi itibarı ile beş yıl ve daha fazla prim borcu olanların, prim borçlarının tahsiline ilişkin kurumca çıkartılacak genel tebliğin yayınlanmasını takip eden ay başından itibaren 6 ay içerisinde prim borçlarını ödememeleri halinde sigortalılık sürelerinin durdurulacağı hükmünü getirmiştir.

Tüm bu düzenlemelerin ve Yargıtay kararlarının sigortalılığın zorunluluğu ilkesiyle çeliştiği açıktır. Üstelik sosyal güvenlik hakkını düzenleyen, Türkiye'nin taraf olduğu, uluslararası sözleşmelere de açıkça aykırıdır. Türkiye Gözden Ge-

çirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 12. maddesi ile sosyal güvenlik hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla bir sosyal güvenlik sistemi kurmak ve sürdürmek yükümlüğü altına girmiştir. Her şeyden önce sigortalılığın zorunluluğu ilkesini boşa çıkartacak düzenlemelerle 4/b kapsamındaki sigortalıların sistemin dışında bırakıldığı bir sosyal güvenlik sistemine etkili bir sosyal güvenlik sistemi demek olanaklı değildir.

Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, hastalık ve analık yardımlarını, malulük yardımlarını, yaşlılık yardımlarını, ölüm yardımlarını, iş kazalarıyla meslek hastalıkları halinde yapılan yardımları, ölüm ödeneklerini, işsizlik yardımlarını, aile yardımlarını kapsayan bir sosyal güvenlik sisteminin zorunlu olduğunu belirtmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 22. maddesi, sosyal güvenliğin öznesini ayrımsız herkes olarak belirleyip, "Herkes toplumun bir ferdi olarak Sosyal Güvenlik Hakkı'na sahiptir" demiştir. Bildirgenin 25. maddesi ise, her kişi ve ailesinin karşılaşacağı sosyal riskler nedeniyle yoksunluk yaşadığı tüm hallerde sosyal güvenlik hakkıyla korunma hakkı bulunduğunun altını çizmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 25. maddeye göre;

*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.*

Tüm bu hükümlerin yaşam bulması için sigortalılık statüsünün tanınması zorunludur. 4/b statüsündeki sigortalılıkta, sigortalılığı doğuran ilişkinin varlığı kabul edilmekte, sigortalılığın zorunlu olduğu ilkesi tekrarlanmakta, zorunluk ilkesine aykırı davranılması halinde kuruma re'sen tescil yetkisi tanınmakta, ancak sigortalı yükümlülüklerini yerine getirmediği için, yasayla sistemin dışına atılabilmektedir. Bir anlamda zorunlu sigortalılığı bireye iptal yetkisi veren bu düzenlemelerle sosyal güvenlik hakkının öznesini herkes olarak belirleyen uluslararası hukuk kurallarını bağdaştırmak olanaklı değildir.

Nitekim Yargıtay 10. HD 30.10.2008 tarihli kararında 2926 sayılı Kanun kapsamında zorunlu tarım Bağ-Kur sigortalısının süresinde kayıt yaptırmamış olmasına karşın sigortalı tespit davası açabileceği sonucuna sigortalılığın zorunluluğu ilkesinden hareketle ulaşmıştır. Yargıtay 10. HD'ne göre;

*2926 sayılı Kanunun "sigortalılığın başlangıcı ve zorunlu oluşu" başlığını taşıyan 5. maddesinin birinci fıkrasında, "2. madde kapsamına girenler, 18 yaşını doldurdıkları tarihi takip eden yılbaşından itibaren sigortalı sayılırlar. Ancak 7. maddede belirtilen süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve mükellefiyetleri kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlar", 2. fıkrasında da "bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemez ve kaçınılamaz" hükmü öngörülmüştür. Yasal koşulların varlığı halinde sigortalı olmak; kamu düzenine ilişkin, kişiye*

*bağlı, vazgeçilemez ve kaçınılamaz hak ve yükümlülük doğuran bir hukuksal statü meydana getirmekte olup, kişilerin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının bu statü durumunun oluşmasındaki rolü; yenilik doğurucu ve inşai bir durum değil, kanun gereği kendiliğinden oluşan statüyü belirlemekten ibarettir. Bu nedendir ki, sosyal güvenlik hakkından HUMK'un 91. maddesi kapsamında feragat olanaksızdır. Bu bağlamda, gerek 2926 sayılı kanunun 57. maddesi, gerekse 1479 sayılı Kanununun 73. maddesinde öngörülen itiraz süresinin geçirilmesi sonucu olarak, Kurumca yapılan bu saptama dışında, sosyal güvenlik hakkının düştüğü, bu süre dışında hizmet tespiti davası açılmayacağına kabulü; Sosyal Güvenlik Hukukunun temel ilkeleri, sosyal güvenlik hakkının kendine özgü özellikleri ile vazgeçilemez ve kaçınılamaz niteliğine aykırı olacağı gibi, 2926 sayılı Kanunun anılan 5. ve 7. maddeleri hükmü ile de çelişecektir.*

*Hal böyle olunca da, 2926 sayılı Kanununun 57. ve 1479 sayılı kanununun 73. maddesi kapsamına, sosyal güvenlik hakkının özünü ilgili konuların dahil edilemeyeceğinin kabulü zorunlu olduğu gibi, bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmesinin hukuki sonucu, sadece, anılan maddenin öngördüğü kapsam ve prosedür çerçevesinde bir kesinleşme olup, yoksa, bu madde dışında, sigortalılığın tespitinin istenmesine ve mahkemenin de bu yolda karar vermesine karşı yasal bir engel bulunmamaktadır.*

*Nitekim 5510 sayılı Kanununun 5754 sayılı Kanunla değişik "yürürlükten kaldırılan hükümler" başlığını taşıyan 106. maddesinin, 4. fıkrası hükmüyle, 2926 sayılı Kanun tümüyle yürürlükten kaldırıldığı gibi, 2. fıkrası hükmüyle de 1479 sayılı kanununun 83, 84, geçici 10 ve ek geçici 6. maddeleri hariç diğer maddeleri, bu bağlamda, 73. maddesi yürürlükten kaldırılmış; anılan Kanunun "bildirim" başlığını taşıyan 42. maddesi hükmünde ise, kurumca yapılacak bildirimlere karşı her hangi bir itiraz süresi öngörülmemiştir (Yargıtay 10. HD, E. 2007/12329, K. 2008/13700 T., 30/10/2008).*

## **2. Hizmet Akdi İle Çalışanların Sigortalı Hizmetlerinin Tespiti**

Sosyal güvenlik uygulamasında sigortalı hizmetlerin geçmişe doğru yargı kararı ile tespiti hizmet akdi ile çalışanlarla sınırlı olarak gelişmiştir. Hizmet tespiti davalarını yargı sadece hizmet akdi ile çalışanlar açısından kabul etmiştir. Yargıtay'ın yerleşen bu uygulamasının yasal dayanağı olarak 506 sayılı SSK Yasası'nın 79/10 ve 5510 sayılı yasanın 86. maddeleri gösterilmiştir.

506 sayılı yasanın 79/10. maddesi, "işveren tarafından bildirilmeyen veya kurumca çalıştıkları tespit edilemeyen sigortalılar" öznelerini kullanmıştır.<sup>15</sup> 506

<sup>15</sup> 506 sayılı yasanın 79/10 maddesi: "Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır."

sayılı yasa hizmet akdiyle çalışanların sigortalılıklarını düzenlemiş olduğu için hükmün bu şekilde düzenlenmiş olması doğaldır. Ne var ki 5510 sayılı yasanın 86. maddesi de, 506 sayılı yasanın 79/10. hükmüne paralel bir düzenleme yapmıştır. 5510 sayılı yasanın 86. maddesine göre de “aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar” hizmet tespit davası açabileceklerdir.<sup>16</sup>

### **a. Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararıyla Tespitinde Yargıtay Tarafından Belirlenen Temel İlkeler**

Yargıtay kararlarından hareketle hizmet tespiti davalarında genel ilkeler belirlemek olanaklıdır. Bu ilkeler Yargıtay’ın hemen her kararında tekrarladığı, hizmet tespiti davalarının kabul edilmesi için belirlenmesini zorunlu gördüğü, hizmet tespit davasının olmazsa olmazları olarak nitelendirdiği olgulardır ve bu nedenle “ilke” kavramı ile ifade edilmişlerdir.

Yargıtay ilke olarak hizmet akdiyle çalışanların sadece işe girmeleriyle birlikte başka hiçbir işlem yapılarına gerek kalmaksızın sigortalı sayılmaları gerektiğini kabul etmektedir. Bu kabul 506 sayılı Yasanın 6/1. maddesinin ve 5510 sayılı Yasanın 7/1. maddesinin amir hükmüdür. (Özveri; 2000: 23) Yargıtay bu hükmün kamu düzeninden olduğunu sigortalılık hakkından feragatin mümkün olmadığını belirtmiştir. Gerçekten de “SSY. 6. maddesi hükmü. Yargıtay’ın da ifade ettiği gibi kamu düşüne ilişkin, yani mutlak emredici bir hükümdür.” (Güzel, 1985: 193) Yargıtay 10. H.D 03.02.2000 tarihinde vermiş olduğu kararında sigortalılık hakkını “kişiye bağlı vazgeçilmez ve devredilemez nitelikte” bir hak olarak tanımlamıştır (Özveri, 2000: 23). Ne var ki hükmün emredici niteliği kaçak, sigortasız işçi çalıştırma gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Sigortasız çalışmayı ortadan kaldırmakla yükümlü kurum olan SGK da resmi internet sitesinde bu gerçeği kabul etmektedir. SGK’ya göre kayıt dışı istihdam “niteliği itibarıyla yasal işlerde çalışarak istihdama katılan kişilerin, çalışmalarının gün veya ücret olarak ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına hiç bildirilmemesi ya da eksik bildirilmesi” olarak tanımlanmıştır (SGK, 2015). SGK’ya göre “3 türlü kayıtdışı çalışma söz konusudur: Çalışanların Sosyal Güvenlik Kurumuna hiç bildirilmemesi, Çalışma gün sayılarının eksik bildirilmesi, sigorta primine esas kazanç tutarlarının eksik bildirilmesi.”

506 sayılı Yasayla ilgili Yargıtay kararları incelendiğinde hizmet tespiti davalarının fazlalığı dikkati çekmektedir. Yargıtay HGK’nun 23.03.1994 tarihli kararı ile bu karardaki gerekçeleri aynen benimseyen 04.02.1999 tarihli 21. HD kararı, Yargıtay’ın hizmet tespiti davalarına ilişkin olarak bugüne kadar vermiş

16 5510 sayılı Yasanın 86 maddesi: Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.



olduğu kararlardaki dayandığı temel ilkeleri yansıtması açısından adeta bir manifesto niteliği taşımaktadır<sup>17</sup> (Özveri, 2000: 24). Yargıtay'a göre;

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

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

*Bu koşullar oluşmuşsa işyerinin;*

17 Hem Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Hem Yargıtay 21. Hukuk Dairesi aynı ilkelere 5510 sayılı yasa yürürlüğe girdikten sonra da tekrarlamışlardır. Yargıtay 21 HD, 16.04.2012 tarihli kararında hem HGK kararlarına hem geçmiş kararlara referans vererek aynı ilkeleri tekrarlamaktadır. Karara göre; Yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 79/10. ve 5510 sayılı Yasa'nın 86/9. maddeleri olan bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilip verilmediği ya da çalıştıklarının kurumca tespit edilip edilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu yasal koşul oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, Kanunun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır.

Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de 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, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre isticvap olunmalı, işyerinin kapsam kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli, mümkün oldukça işyerinin müdür, amir, şef, ustabaşı ve posta başı 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 denetlenmeli ve çalışma olgusu böylece hiç bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde belirlendikten sonra ücret konusu üzerinde durulmalı, tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyyine başlangıç sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun m.288 de yazılı sınırları taşın ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalı, bu sınırlar altında kalan ücret alma iddialarında ücret miktarları tanıklardan sorulmalı, 506 sayılı Yasa'nın 3/B-D maddeleri ile 5510 sayılı Yasa'nın 6/a-c maddelerinde 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 Hukuk Genel Kurulunun 16.9.1999 gün 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün 1999/21-549-555- 3.11.2004 gün 2004/21- 480-579 sayılı kararları da bu doğrultudadır.

Yukarıda açıklanan hususlar, yeterli ve gerekli bir araştırmayla ve deliller hep birlikte değerlendirilerek aydınlığa kavuşturulduktan sonra o 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 hizmet tespitine karar verilmelidir (Yargıtay 21. HD, E.2010/11057, K. 2012/6204).

- a) O dönemde gerçekten var olup olmadığı,
- b) Kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmelidir.
- c) Bu belirlemelerden sonra ise çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır.

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;

- a) Davacının çalışmasının konusu, sürekli, kesintili, mevsimlik mi olduğu, başlangıç ve bitiş tarihleri ve alınan ücret konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken;
- b) Bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı.
- c) Verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları,
- d) İşveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri,
- e) Bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre isticvap olunmalı,
- f) İşyerinin kapsam kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli,
- g) 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 ve 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;

- a) 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,
- b) Bu sınırların altında kalan ücret alma iddialarında ücret miktarları tanıklara sorulmalı,
- c) 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.
- d) Bu davalarda işverenin kabulünün tek başına hukuki bir sonuç doğurmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Yargıtay 21. HD'ne göre kararda sıralanan tüm bu olgular «yeterli ve gerekli bir araştırmayla ve deliller hep birlikte değerlendirilerek aydınlığa kavuşturulduktan sonra:

- a) Çalışmanın sigortalı çalışma niteliğinde olup olmadığı,

b) *Ya da ne zaman bu niteliğe kavuştuğu yönü üzerinde durulmalı ve çalışmayı kapsama alan yasanın yürürlük tarihinden sonraki dönem için hizmetin tespitine karar verilmelidir” (Özveri, 2000: 26).*

Yargıtay 5510 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda da benzer ilkeleri tekrarlamıştır. Yargıtay’a göre;

- a) *5510 sayılı yasanın geçici 7. maddesine göre, 5510 sayılı yasanın yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden önceki hizmetlerin tespiti davalarının yasal dayanağı 506 sayılı yasanın 79/10. maddesidir.*
- b) *Bu tür hizmet tespiti davalarının kanıtlanması yönünden özel bir yöntem öngörülmemiştir. Kimi ayırık durumlar dışında; resmi belge veya yazılı delillerin bulunması, sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibarıyla sonuca etkili olurlar. Ne var ki bu tür kanıtların bulunmaması, salt, bu nedene dayalı istemin reddine neden olmaz.*
- c) *Somut bilgilere dayanması, inandırıcı olmaları koşuluyla, Kuruma bildirilen dönem bordroları, tanıkları veya ip ilişkisini bilen veya bilmesi gereken işverenler tarafından Kuruma bildirilen komşu işyerleri çalışanları gibi kişilerin bilgileri ve bunları destekleyen kimi diğer kanıtlarla dahi sonuca gitmek mümkündür.*
- d) *Sosyal Güvenliğe yönelik bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin, işveren tarafından verilip verilmediği araştırılmalı, işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, kanun kapsamında bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli,*
- e) *Daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir dıyarlılıkla araştırılmalıdır.*
- f) *Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de çalışmanın konusu, sürekli mi kesintili mi olduğu, başlangıç ve bitiş tarihleri konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları işveren, işçi ve işyeriyle ilişkileri dikkate alınmalı, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli, mümkün oldukça işyerindeki çalışmaları dava konusu sürede süreklilik arz eden işyeri çalışanları ile kayıt ve araştırma yolu ile belirlenmiş komşu ve yakın işyerinden tanıklar dinlenilmeli, çalışma olgusu hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açıkça belirlenmelidir (Yargıtay 21. HD, E. 2011/2140, K. 2011/2189, 14.03.2011).*

Örneğin Yargıtay 21. HD, 02.04.2012 tarihli kararında, yerel mahkemenin kararını, “davacının çalışma olgusunun yeterli ve gerekli bir araştırmayla hiç bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde belirlenmediği” gerekçesiyle bozmuştur (Yargıtay 21. HD, E. 2010/9397, K. 2012/4912, T. 02.04.2012 ).<sup>18</sup>

Yargıtay hizmet tespiti davalarında, deyim yerindeyse bu “kılı kırk yarar” tutumunu ısrarla sürdürmektedir. Yargıtay’ın hizmet tespiti ile ilgili hemen her

kararında 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, kayıt dışı çalışmanın kural haline geldiği gerçeği karşısında neredeyse olanaksızdır. Hizmet tespitine konu olan davaların birçoğunda işveren dahi bulunmamakta, gazete ilanlarıyla taraf teşkili yapılmaktadır.

Ayrıca delil başlangıcı sayılabilecek ödeme belgelerinin olmaması halinde, HMK 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 bildirelerin aksinin dahi tanık beyanları ve meslek odalarından alınacak belgelerle kanıtlanabilmesinin Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları gereği mümkün olduğu anımsandığında katılmamız olanaklı değildir.

Yargıtay hizmet tespiti davalarında tek kelimeyle Sosyal Güvenlik Kurumunu korumaya öncelik vermektedir. Yargıtay’ın Kurumu korumak istemesi kınanacak ya da eleştirilecek bir tutum da değildir. Sosyal Güvenlik Kurumunun ayakta kalması ve etkin bir hizmet vermesi sosyal güvenlik hakkının yaşama geçmesi için zorunludur. Ancak, kurumu korumak adına bireylerin sosyal güvenlik hakkına ulaşmasını neredeyse olanaksızlaştıracak katı bir tutumu benimseme de kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.

Unutulmamalıdır ki, 18.06.1958 tarihli İttihadı Birleştirme Kararında (İBK) belirtilmiş<sup>19</sup> olduğu 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 Hukuku’nun temel ilkeleleriyle uyumlu olduğu kanısında değiliz.

### ***b. Fiiili Çalışmanın Kanıtlanması Zorunluluğu***

Yargıtay’ın ilke kararlarına göre sigortalı sayılabilmek için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Bir başka anlatımla işe giriş bildirgesi hizmet akdinin varlığını tek başına göstermez. Sigortalılığın var olduğunun kabul edilebilmesi için eylemli çalışmanın tespiti zorunludur. Yargıtay’a göre, “*Sigortalı statüsünde olmayan, sigortalı niteliği taşımayan bir kimsenin sigortalılık süresinden söz etme olanağı bulunmamaktadır. Olağan olarak sigortalılık niteliği, taraflar arasında iş sözleşmesi ilişkisinin kurulması ve çalışmaya/çalıştırılmaya başlanması ile kazanılmakta olup, yazılı olarak düzenlenen veya sözlü olarak benimsenen sözleşme ile birlikte, sigortalılığın oluşumu yönünden eylemli (fiili=gerçek) çalışma olgusunun varlığının da kanıtlanması gerekmektedir*” (Yar. 10. HD, E. 2013/917, K.2013/2451, T. 18.02.2013, Çalışma ve Toplum, 2014/1:

19 Bkz. (Yavuz, 1993; 695)

528). Yargıtay “çalışmanın niteliği”, “gerçek bir çalışma olup olmadığı” belirlenmeden, gerçek çalışma “somut ve inandırıcı bilgilere dayalı” olarak kanıtlanmadan sigortalılığın tespit edilemeyeceğini belirtmiştir (Yar. 21. HD, E. 2014/6214, K. 2014/20415, T. 20.10.2014, Çalışma ve Toplum, 2015/3: 410).

### **c. Birden Fazla İşe Giriş Bildirgesi Verilmesi Kesintili Çalışma**

Yargıtay, Kurumdan prim kaçırmanın en yaygın yollarından birisi olan çalışmaların eksik bildirilmesi gerçeğini ne yazık ki çok fazla dikkate almamıştır. Özellikle taşeron uygulamasının da yaygınlaşmasıyla birlikte kıdem tazminatlarını sıfırlamak amacıyla sık sık girdi çıktı yapılması, çalışmaların eksik bildirilerek prim ödemekten kaçınılması, çalışma yaşamında sıkça yaygın olan uygulamalardır. 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 birçok kararında ısrarla vurgulamaktadır (Özveri, 2000: 27). Yargıtay’ın bu ısrarı prim kaçırma olgusunun oldukça çarpıcı bir şekilde olayların mantığı ile ortaya çıkmış olduğu durumlarda dahi sürmüştür.<sup>20</sup>

Yargıtay kesintili çalışmaların varlığı halinde, her girdi çıktı işleminden sonra hak düşürücü sürenin yeniden işlemeye başlayacağı doğrultusundaki içtihadını tekrarlamıştır. Yargıtay 21. HD’ne göre “Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde, işverence Kuruma verilecek belgeler; işe giriş bildirgesi, aylık sigorta primleri bildirgesi, dönem bordrosu vd. şeklinde sıralanmıştır. Bu belgelerden birisinin dahi Kuruma verilmiş olması veya Kurumca, fiilen ya da kayden sigortalı çalışma olgusunun tespiti halinde hak düşürücü süreden söz edilemeyecektir. Kesintili çalışmanın varlığı halinde ise, kesintinin öncesi ve sonrasında oluşacak her çalışma devresi için dava koşullarının varlığı yukarıda belirtilen olgular dikkate alınarak belirlenecektir” (Yargıtay 21. HD, E. 2012/14599, K. 2013/24122, T. 17/12/2013).

Kaçak işçi çalıştırma, çalıştırılan sürelerin veya ücretin olduğundan daha düşük 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,

20 Bu konuda Yargıtay’ın 1996 kararlarının tartışıldığı toplantıda Kartal İş hakiminin eleştirileri çarpıcı bir örnektir. Olay da bir kooperatif inşaatında bekçi olarak çalışan bir işçinin çalıştığı günler ayda üç beş gün gösterilmiş. Hizmet tespiti davasına bakan yargıç olayı şöyle özetlemiştir: “konumu itibarıyla bir bekçinin, inşaatı yatıp kalkan bir bekçinin bir ayın üç günü orayı 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 Kurulda kabul etmedi bunu” (Milli Komite, 1996: 292-293).

bu düzenlemeyi yaparken haklarını aradıkları için bedel ödenek zorunda kalan insanların, bu bedeli ödememek için haklarından vazgeçmek zorunda kalacakları gerçeğini unutarak, işçilere ya işlerini yitirme ya da gerçekleri yansıtmayan yazılı hizmet sözleşmesi yapma seçeneklerinden başka bir seçenek sunmamıştır.

#### **d. Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararıyla Tespitinde Süre**

##### **aa. Sürenin Hukuki Niteliği**

506 sayılı yasanın 79. 5510 sayılı yasanın 86. maddelerine göre Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin yargı kararıyla tespiti için, sigortalıların, çalıştıkları hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde dava açmaları gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarına göre beş yıllık süre hak düşürücüdür. “Kural olarak; sigortalı, bildirimsiz kalan çalışmalarının tespitini, hak düşürücü sürenin işlemeye başladığı, hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren beş yıl içerisinde isteyebilir” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/10-751, K. 2012/68 T. 15.02.2012).<sup>21</sup>

Yargıtay 1995 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. 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” (Özveri, 2000: 30).

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 zamanaşımı süresi olarak yorumlamak, böylece zamanaşımının durmasına ilişkin esasları burada da uygulamak doğru olur. Yasanın amacı, Kuruma bildirilmemiş sigortalıların sosyal güvenlik hakkını korumak olduğuna göre, dava süresinin zamanaşımı olarak nitelendirilmesi bu amaca uygun düşer” (Güzel/Okur, 1996: 148).

##### **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” (Özveri, 2000: 30). Yargıtay'ın bu yorumu, “sosyolojik gerçeklere uygun düşmektedir. İşten atılma

21 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.02.2003 ve 2003/21-43 Esas, 2003/97 Karar sayılı kararında da belirtildiği gibi işe giriş bildirgelerindeki imzaların sigortalıya ait olduğu anlaşılan dönemlerin bitiminden itibaren davacının çıkış ve tekrar giriş tarihleri arasındaki her döneme ilişkin istemi ayrı, ayrı 5 yıllık hak düşürücü süre yönünden değerlendirip, hak düşürücü sürenin dolmuş olan dönemler için istemi ret etmek” (Yargıtay 21. HD, E. 2009/13442 K. 2010/9718 T. 11.10.2010).

orkusuyla işvereninden ücret bordrosu dahi isteyemeyen bir işçiden, hizmet ilişkisi devam ederken işvereni aleyhine dava açmasını beklemek, en azından iş güvencesinin bulunmadığı ülkemiz koşullarında gerçek 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 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" diyerek sigortalının işyerinden ayrılmaksızın, sadece bir anlamda statü değiştirmesi halinde de hak düşürücü sürenin işlemeye devam edeceği sonucuna ulaşmıştır (Özveri, 2000: 31).

Yargıtay 10. HD'de 16.12.1999 tarihli kararında HGK'nun yukarıda belirtmiş olduğumuz kararındaki gerekçeleri benimseyerek, sigortalının belediyedeki 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 (Özveri, 2000: 31)

Yargıtay 10. HD bu konuda içtihat değişikliği yapmıştır. 10. HD'ne göre; *Somut olayda, davacının 14.01.1994 tarihinde Emekli Sandığına tabi olarak çalışmaya başladığı, sigortalı çalışmasının sona erdiği 14.01.1994 tarihinden sonra davanın 17.02.2006 tarihinde açıldığı ve beş yıllık hak düşürücü sürenin fazlasıyla geçmiş olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmiş ise de uyumsuzluk; sigortalının, 506 sayılı Yasa kapsamında çalışmakta iken, aynı işyerindeki çalışmasının 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Yasasına tabi olarak devam etmesi halinde, hak düşürücü sürenin; bu çalışmalardan hangisinin sona erme tarihi başlangıç alınarak hesaplanacağı; buna bağlı olarak da hak düşürücü sürenin somut olay yönünden gerçekleşip gerçekleşmediği, noktasında toplanmaktadır.*

*Davacının aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği hususu tartışmasız olup; çalışma kesintisiz devam ettiğine göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10 maddesinde yer alan "hizmet" kavramının, somut olay yönünden hem sigortalı hem de emekli sandığı hizmeti birlikte değerlendirilmek suretiyle belirlenmesi ve hak düşürücü sürenin hesabında da bu belirlemenin esas alınması gerekir. Bu durum "işçi yararına yorum ilkesi"nin doğal sonucudur. Hal böyle olunca; davacının aynı işyerinde sigortalı hizmeti sona ermekle birlikte Emekli Sandığına tabi hizmetinin dava tarihinde halen devam ettiği, çalışmanın kesintisiz olduğu belirgin olmakla hizmet tespiti davası aç-*

*mak için yasada öngörülen beş yıllık hak düşürücü sürenin dolduğunu kabule olanak bulunmamaktadır” (Yargıtay 10. HD, E. 2011/123724, K. 2012/1597, T. 07.02.2012).*

Sigortalının mirasçuları açısından hak düşürücü sürenin başlangıcını tartışan 21. HD, 27.04.1999 tarihli kararında oldukça isabetli bir şekilde; “eğer hak düşürücü süre murisin ölümünden önce dolmamışsa, mirasçılar için 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 sigorta 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” (Özveri, 2000: 31).

#### ***e. Hizmet Tespitinin Sonuçları***

254 | Hizmet tespiti kararının kesinleşmesi ile birlikte yargı kararı ile tespit edilen süreler sigortalılık süresine eklenecektir. Uygulama da Kurum, sigortalılık süresinin geç tespit edilmesi nedeniyle, işverenden genellikle yatırılmayan primleri tahsil edememektedir. Ya kurum açısından zamanaşımı dolmuş olmakta ya da işveren bulunamamaktadır. Bu durumda Kurum sigortalılık süresine ,tespit edilen süreleri eklemek için sigortalıdan, tespit edilen sürelerin primlerini yatırmasını, aksi halde tespit edilen süreleri hizmet süresine eklemeyeceğini bildirerek yeni bir uyumsuzluk konusu yaratmaktadır.

Prim tahsili ile sorumlu olan Kurumun bu tavrı, hem kendi görevini yapmamış veya yapamamış olmasının sorumluluğunu sigortalıya yıkmak, hem de yargı kararlarının bağlayıcılığını uygulamamak anlamına gelmektedir. Konu Yargıtay’ın önüne geldiğinde ise Yargıtay 10. HD Kurumun işlemini iptal ederek, tespit edilen sigorta sürelerine göre prim yatırılıp yatırılmadığına bakılmaksızın işlem yapılması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 10. HD “506 Sayılı Yasanın 79. maddesinde Yönetmelikte tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalıların, çalıştıklarını, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlamaları halinde, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları Sosyal Sigortalar Kurumu’na nazara alınır” hükmünün öngörülmesine, mahkeme kararıyla tespit edilen günlere ilişkin primleri ödeme yükümünün işverene, tahsil yükümünün kuruma ait olması nedeniyle, tespite konu hizmetlere ilişkin prim borcunun ödenip ödenmediğine bakılmaksızın hizmet tespiti kararıyla kazanılan gün sa-



yısının; hizmet tespitine ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra kurum yönünden bağlayıcılık” kazandığını belirtmiştir (Yargıtay 10. HD, E. 2005/12426, K. 2006/2934, T. 20.03.2006).

## SONUÇ

Sosyal güvenlik sistemimiz henüz bireye çağdaş ölçülerde güvence vermekten çok uzaktır. Sigortalı hizmetlerin tespiti gibi, sosyal güvenlik hakkının gerçekleşmesinde kilit rol oynayabilen bir konuda Yargıtay’ın Kurumu koruma kaygısını ön planda tutarak kayıt dışı çalışmanın faturasını sigortalılara çıkartması, sosyal güvenlik hukuku açısından savunulabilir bir tutum değildir. 5510 sayılı yasanın gerekçesinde de belirtilmiş olduğu gibi çağdaş, kaliteli ve herkesi kapsayan bir sosyal güvenlik gereksinimi evrensel bir gereksinimdir. Sosyal Güvenlik Kurumları popülist politikalarla yağmalanmıştır. Borçlanma yasaları, kayıt dışından kaynaklanan prim kayıpları, prim afları, hizmet sunumunda yapılan yolsuzluklar sosyal güvenlik kurumlarını iflasın eşiğine getirmiştir. Kayıt dışının, popülist politikaların hizmet sunumunda yaşanan yolsuzlukların sorumlusu sigortalılar değildir. Sigortalılar, güvencesizlik çemberi içerisinde kuşatılmışlar, kendi kurumlarına sahip çıkamamışlar, sosyal güvenlik bilincini geliştirememişler, kuruma kendi dışlarında yabancı bir örgütlenme olarak bakmak zorunda kalmışlardır.

Aslında mevzuat açısından konu nettir. Sosyal güvenlik yükümlülüklerine uygun davranılıp davranılmadığını denetlemek Kurumun görevidir. Prim kaçaklarını engelleyecek prim ödemeyenlere etkili yaptırımlar uygulayacak olan Kurumdur. Kurumun asli görevini yerine getirmemesinin bedeli sigortalıya ödettirilmemelidir. Sigortalı hizmetlerin tespitinde, 4/a’lı, 4/b’li ayrımı yapıp, 4/b’liler açısından zorunlu sigortalılığı iptal yetkisini sigortalıya tanımak sosyal güvenliğin zorunluluğu ilkesiyle bağdaşır bir yaklaşım değildir.

Sigortalı hizmet tespitlerinde adeta sigortalıdan imkansız gerçekleştirmesini isteyecek katılıkta kesin, şüpheye yer bırakmayan kanıtlarla sigortalılığı kanıtlamasını istemek, nerdeyse dava açmayı noktasına getirmek, hem dava yoluyla hak aramanın sınırlandırılması, hem sosyal güvenliğin yorum yoluyla alanının daraltılması sonucunu doğuran bir tutumdur.

Sosyal güvenlik sisteminin ana konusu kayıt dışı ve prim kaçaklarıdır. Kayıt dışı ve prim kaçaklarını engelleyecek en etkili yol ise, işçilerin örgütlenmesini sağlayarak sendikalar aracılığı ile kayıt dışının önlenmesidir. Hizmet tespitini zorlaştırarak kurumu korumak, sigortalıların güvencesiz kalmasının dışında kuruma da ciddi bir yarar getirmeyecektir.

## KAYNAKÇA

- Çemberci, Mustafa (1977), *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, Ankara: Olgaç Matbaası.  
 ÇSGB (2013), *Ulusal İstihdam Stratejisi: 2014-2023*, Ekim.

- Güzel, Ali (1997) “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, *Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 4 (2).
- Güzel, Ali ve Ali Rıza Okur (1996) *Sosyal Güvenliğin Temel İlke ve Sorunları Işığında SSK*, İstanbul: Birleşik Metal İş, 96 (10).
- SGK (2015) Kayıtdışı İstihdam Genel Bilgi, ([http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/kayitDisi/kayitdisi\\_istihdam/!ut/p/](http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/kayitDisi/kayitdisi_istihdam/!ut/p/), Erişim Tarihi: 07.10.2015).
- Resmi Gazete*, 08.11.2000, 24224.
- İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (1998) *Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996*, İstanbul: MESS.
- Özveri, Murat (2000) *Yargı Kararları Işığında 506 Sayılı Yasa ve Sosyal Güvenlik*, Kocaeli: Selüloz İş.
- Yalçınkaya, Orhan (1999) *Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamaları 5: Bağ-Kur Kanunu*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Yavuz, Cevdet (1993) *Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat*, İstanbul: Beta.
- Yargıtay 9. HD, 2008/10530 E. 2010/4617 K, 22.02.2010 T.
- Yargıtay 9. HD, 2008/12560 E, 2010/4619 K, 23.02.2010 T., *Çalışma ve Toplum*, 2010/4, 27, 259-272.
- Yargıtay 10. HD, E. 2013/327, K. 2013/1329, T. 05.02.2013.
- Yargıtay 10. HD, 2011/5857 E. 2011/12907 K, 03.10.2011 T.
- Yargıtay 10. HD, E. 2014/26435, K, 2015/1649, T. 30.01.2015.
- Yargıtay 10. HD, E.2014/962, K. 2014/8424, T. 11.04.2014, *Çalışma ve Toplum*, 2014/3, 420.
- Yargıtay 10. HD, E. 2013/917, K.2013/2451, T. 18.02.2013, *Çalışma ve Toplum*, 2014/1, 528.
- Yargıtay 10. HD, E. 2005/12426, K. 2006/2934, T. 20.03.2006.
- Yargıtay 21. HD, E. 2012/7981 K. 2012/6794 T.: 30.04.2012, *Çalışma ve Toplum*, 2013/2.
- Yargıtay 21. HD, E.2010/11057, K. 2012/6204.
- Yargıtay 21. HD, E. 2011/2140, K. 2011/2189, 14.03.2011.
- Yargıtay 21. HD, E. 2012/14599, K. 2013/24122, T. 17/12/2013.
- Yargıtay 21. HD, E. 2009/13442 K. 2010/9718 T. 11.10.2010.
- YHGK, 2012/10-1477 E., 2013/570 K, 24.04.2013, [Legalbank.net](http://Legalbank.net).
- YHGK, E. 2011/10-751, K. 2012/68 T. 15.02.2012.