

**Sosyal Sigortalar Hukukunun
Genel Hükümleri ve Primler
Açısından Yargıtayın 1990 Yılı
Kararlarının Değerlendirilmesi**

Oturum Başkanı : Dr. Ekrem Serim
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

Tebliğ Sahibi : Doç. Dr. Tankut Centel
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I - GENEL OLARAK

Tebliğde sosyal sigorta hükümleri açısından Yargıtayın 1990 yılında verdiği kararların değerlendirilmesi konusunda, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi (Yarg. 10. HD.) ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (Yarg. HGK.) sadece yayınlanmış kararları temel alınmıştır. Bu konuda, örnek karar olarak otuzu aşkın karar, değerlendirmeye bağlı tutulmuştur.

II - BAĞIMLI ÇALIŞANLARA İLİŞKİN KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Sigortalı kavramı

a) Yarg. 10. HD.; apartmanda yönetici olarak çalışan ilgilinin hizmetlerinin tespiti isteğine ilişkin 20.3.1990 günlü ve 2547/2749 sayılı kararında (YKD. XVI, 9 (Eylül 1990), 1325-1327. Ayrıca bak. İş ve Hukuk XXV, 207 (Ekim 1990), 33-35 No. 2164)- SS Kanunu anlamında sigortalı sayılmak için gerekli koşulları iş ilişkisinin hizmet sözleşmesine dayanması -işin işverene ait işyerinde görülmesi ve SS Kanunu m. 3'de sayılan kişilerden olmama biçiminde belirtilmiştir. Sigortalı kavramına ilişkin olarak yasanın aranılan koşullar içine, Yarg. 10. HD.'nce "işin işverene ait işyerinde görülmesi" koşulunun katılması, daha önceki Yargıtay uygulaması (Bak. Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990, 106) doğrultusundadır.

Sözkonusu kararda Yarg. 10. HD., "... Olayda ayrıca apartmanın kapıcısı bulunduğuna göre, davaçının sözü edilen apartmanda yönetici olarak hangi işleri gördüğü sorulup araştırılmadığı gibi..." açıklanan "sigortalılık niteliğini edinme koşulları"nın oluşup oluşmadığı araştırılıp karar yerinde irdelenmediği görülmektedirolayın özelliği itibarıyla taraflar arasındaki iş ilişkisinin vekâlet akti olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu üzerinde de durulmalıdır..." anlamına yer verilerek, davacı yönetici ile davalı/davalılar arasındaki hukuki ilişkinin hizmet (iş) ilişkisi olup olmadığının belirtilmesi gereği üzerinde durmaktadır. Uyuşmazlık konusu olayın özelliklerini tam olarak karar metninden çıkaramıyoruz. Ancak, genel bilgileri irdeleyecek olursak; İş K. ek m. 1/II uyarınca konut yöneticisi, işveren vekilidir, işveren vekiline tanınan temsil yetkisinin kaynağını ise,

mutlaka vekâlet (Karş. F. H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 456) veya hizmet (Karş. Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, 67) sözleşme sinin oluşturması gerekmez. Ancak, işveren vekili; genellikle, işverene bir hizmet sözleşmesiyle bağlıdır (N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1990, 47; M. Ekonomi, İş Hukuku I-Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, 54-55; H. K. Elbir, İş Hukuku, İstanbul 1987, 35; T. Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, 76; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku I-Ferdi İş İlişkileri, Ankara 1988, 107; A. C. Tuncay, "İş Hukukunda İşveren Vekili Kavramı" - İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü (yay.), Temsil ve Vekâlet'e İlişkin Sorunlar - Sempozyum 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, 60). Bu anlamda İş K. m. 1/IV c. 2'de; "İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanıyan hak ve vecibeleri ortadan kaldırmaz" anlatımıyla, bu genel durumu belirtmek ister. Sonra, temsil yetkisinin kaynağını, statü hukuku da oluşturabilir. Niteki, resmi kuruluşlar ile bunları temsil eden işveren vekili konumundaki kişiler arasındaki ilişki, bir özel hukuk sözleşmesine dayanmaz (M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984 118 ve aynı yer dn. 100; Esener, 77. Karş. Saymen, 456). Diğer yandan, kat malikleri; Kat Malikleri K., m. 34/I uyarınca. kendi aralarından birini yönetici olarak seçebilecekleri gibi, dışarıdan birine de yönetim görevini vermiş olabilirler. Dışarıdanbirinin yöneticiliğe getirilmesi durumunda, bu kişinin hizmet sözleşmesiyle çalışacağını söylemek mümkünse de; kat maliklerinden biri yöneticiliği üstlendiği takdirde. kendisinin hizmet sözleşmesine dayanarak çalışması sözkonusu olamaz. Bu bakımdan, Yarg. 10. HD.'nin; anılan kararında, yönetici olan kişinin dışarıdan biri olup olmadığı üzerinde durması gerekirdi ki, bunun yapılmadığı görülür.

b) Yarg. 10. HD.; 18.6.1990 günlü ve 2951/6089 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 209 (Aralık 1990), 36-37 No. 2185], yine, SS Kanunu anlamında sigortalı sayılmak için gerekli koşullar açıklanırken, hizmet sözleşmesine dayalı ve "zaman" ile "bağımlılık" öğelerini içerir biçimde çalışmanın bulunup bulunmadığı üzerinde durulmasını istemiştir. Davalı tanıkların ifadeleri uyarınca "serbest piyasa hamalı" olduğu ileri sürülen davacının 1974 Haziran-Temmuz aylarında 61 gün ve 1975-1987 yılları arasında da her yıl 4 ay çalıştığı iddiasına ilişkin bu uyumsuzlukta Yarg. 10 HD., ayrıca davacının Bağ-Kur'a kayıtlı olup olmadığının araştırılmasını istemiştir. Bununla Yarg. 10. HD.; sigortalı kavramı bakımından davacının, SS Kanunu m. 3'deki istisnalar (bent F) içinde yer alıp almadığının araştırılmasını istemektedir ki, yerindedir.

c) Yar. HGK.; 28.11.1990 günlü ve 10-458/601 sayılı kararında [İş Hukuku Dergisi I. 2 (Nisan-Haziran 1991), 314-3151], "... Bir kimsenin zaman ve şartlar elverdiği takdirde birden ziyade işyerinde çalışmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır... Davacının baraj inşaatında çalıştığı süre içerisinde veya baraj inşaatındaki çalışmasına son verdikten sonra, tekrar imamlık yapıp yapayamacağı, çalışmasının tüm gün mü yoksa parti parti mi olduğu, çalıştığı işin niteliği itibariyle o dönem içinde ayrıca imamlık görevini de yürütmesinin, başka anlatımla aynı veya ayrı zaman kesiti içinde iki ayrı işyerinde çalışmasının mümkün olup

olmayacağı yöntemince araştırıldıktan ... sonra delillerin takdiri gerektiği ..." anlatımını içeren Yarg. 10. HD.'nin 6.3.1990 günlü ve 1801/2254 sayılı kararı doğrultusunda hüküm verilmesi gerektiği açıklanmıştır. Söz konusu kararda üzerinde önemle durulan nokta, işçinin aynı zamana rastlamak koşuluyla, birden çok iş ilişkisi içine girebileceğidir. Gerçekten, hizmet sözleşmesinin devamlı bir sözleşme olması esası; işçinin, işgücünün tümünü aynı işverene hasretmesi anlamını taşımaz. Belirtilen kararda gerek Yarg. 10. HD.'nin ve gerekse Yarg. HGK.'nin üzerinde durmadığı nokta, din veya hayır saikiyle çalışanların, hizmet sözleşmesiyle çalışıp çalışmadıkları ve giderek, bunların sigortalı (işçi) olarak kabul edilip edilemeyecekleri konusudur. Bu anlamda, Yarg. 9. HD.'nin geçmişteki saptayabildiğimiz kararlarında, din görevlisinin işçi olarak nitelenemeyeceği kabul edilmiştir [Bak. Çenberci, 87 No. 26 a-b'deki Yargıtay kararları].

d) Yar. 10 HD.; 18.12.1990 günlü ve 8410/10928 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXVI, 216 (Temmuz 1991), 35-36 No. 2351], daha önce SSK'ya tâbi olmakla birlikte, son olarak Bağ-Kur sigortalıysınken belediye başkanlığına seçilen kişinin sigortalılığını devam ettirebileceğini kabul etmiştir. Bu konuda, Yarg. 10. HD.'nin gerekçesi, iki noktaya dayalıdır. Bunlardan ilki, 1580 sayılı Belediye K. m. 7/III'deki "sigortalı işçi iken belediye başkanlığına seçilenler" anlatımının salt aktif sigortalıları kapsamadığıdır. İkinci hukuki gerekçe olarak da, Yarg. 10. HD.; 5 yıl prim alıp bunları değerlendiren Kurumun, daha sonra aylık bağlama aşamasında sigortalılığı geçersiz saymasının, dürüstlük kuralına (MK. m. 2) aykırı düşmesi gösterilmektedir. Söz konusu kararda, kanımca, Yarg. 10 HD.'nin dayanaabileceği tek hukuki gerekçe, bu son olarak gösterilen gerekçedir. Gerçekten, Yarg. 10. HD.'nin ilk gerekçesinin, sosyal sigorta hukukunun esaslarına ve de Belediye K. ek m. 7/III'ün açık anlatımına uygun düştüğünü söylemek güçtür. Nitekim, gerek sosyal sigorta haklarının devam ettirilmesi ve gerekse isteğe bağlı sigorta gibi serbest sigorta ilişkisine ait kurumlar, temel olarak, bir aktif ön-sigortalılık süresini ilgilendirir. Esâsen, zorunlu sigorta ilişkisinden sapmayı gerektiren bu gibi kurumların kabulü, (aktif) sigortalılıktan çıkılmasına karşın sosyal sigorta haklarının sürdürülmek istenmesidir. Sonra, Belediye K. ek m. 7/III'de açıkça "sigortalı işçi"den sözedilmiştir. Sigortalı işçi kavramı ise, esas olarak, SS Kanunu m. 2/1'e göre belirlenmek zorundadır. Buna göre de, aktif çalışma içinde olmayanların "sigortalı" kavramı içinde görülmesi, hukuken mümkün değildir. Diğer yandan, Belediye K. ek. m. 7/III'ün eşitlik ilkesine uygun düştüğü de söylenemez. Çünkü, söz konusu hüküm, sosyal sigorta haklarının devam ettirilmesini, ön-sigortalılığı SS Kanunu ve Emekli Sandığı SK'na tâbi olarak geçenerlere tanımakta; Bağ-Kur sigortalılarına ise, bu olanağın tanınmayışı eşitsizliğe yolaçmaktadır. İşte, Yarg. 10. HD., söz konusu eşit olmayan durumu, bir başka gerekçeye dayanarak aşma çabası içindedir.

2. Sigortalılığın tespiti

a) Yarg. 10. HD.; 20.12.1990 günlü ve 12008/11046 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXVI, 212 (Mart 1991), 37-38 No. 2316], sigortalılığın tesbitine ilişkin davalarda işverenin de hasım gösterilmesi gerektiğini açıklamaktadır. Gerçekten, bu tür davalarda husumet, genel olarak işverene yöneltilir. Husumetin, salt kuruma ya da işverenle birlikte Kuruma yöneltilmesi ise, ayırık bir durumu oluşturur [M. Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, 512]. Buna göre, sigortalının hizmetini açıkça kabul ettiği durumların dışında, sigortalılığın tespiti davasında husumetin işverene de yöneltilmesi gerekir. Çünkü, bu tür bir dava, işverenin hak alanını doğrudan ilgilendirir.

Bu anlamda, Yarg. 10. HD.; 29.1.1990 günlü ve 1989-8491/388 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 203 (Haziran 1990), 34-35 No. 2121], bu kez de Kurum hakkında açılan davanın husumet yönünden alt mahkemece reddini, kanımca da isabetli olarak, uygun bulmamıştır. Gerçekten, sözkonusu kararda, "... Bu tür hizmet tespit davalarında, hükmü infaz edecek olan kurumun taraf olacağı ve kendisine husumet yöneltileceği ortadadır ..." [Aynı anlamdaki bir diğer karar için ayrıca bak. Y10 HD., 12.6.1990-2452/5935 - İş ve Hukuk XXV, 208 (Kasım 1990), 36-37 No. 2175] denilerek, Kurum aleyhine açılan davanın husumet bakımından reddi yerinde görülmemiştir. Sigortalılığın tespitine ilişkin davalarda Kurumun da dava içinde yer almasında hukuken yarar vardır. Belirtilen yarar; esas olarak, Kurumun salt buna ilişkin mahkeme kararının gereğini yerine getirecek kurum olmasının ötesinde, tüm sosyal sigorta kayıtlarının Kurumda toplanması nedeniyle de ortaya çıkar. Yarg. 10. HD.; husumet yönünden reddi, anılan kararda ayrıca bir kesin hükmün varlığına da bağlamakla birlikte, bunun neye ilişkin olduğu karardan çıkarılamamaktadır. Ancak, herhalükârda, Kurumun taraf olduğu olası bir kesin hükmün varlığı, kendisinin böyle bir dava içinde yer almasını zorunlu kılabilir.

Sonra, sigortalılığın tespitine ilişkin davalarda salt işverenin kabulüyle yetinilmemesi gerekir. Nitekim, Yarg. 10. HD. de; son derece isabetli olarak, 24.5.1990 günlü ve 4501/4837 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 205 (Ağustos 1990), 39-40 No. 2144], "... bu konuda davalının kabulü yeterli değildir ... mahkemece yapılacak iş, davalının kurumdaki şahsi sicil dosyası getirilip çalışmasına ilişkin olarak göstereceği tanıklar da dinlendikten sonra hasıl olacak durum çerçevesinde karar vermektir ..." denilerek, salt işverenin kabulü yeterli görülmemiştir. Gerçekten, böylesi bir işveren kabulü, olsa olsa, kendisinin bu tür davalarda hasım gösterilmesine engel olabilir [Çenberci, 512]. Bunun dışında, kamu düzenini ilgilendiren konuların, davalı yanın kabulüne bağlı tutulmaması gerekir. Aski takdirde, danişıklı durumların ve kötüye kullanmaların önüne geçilmesi imkânsızlaşır.

b) Yarg. 10. HD.; 25.1.1990 günlü ve 1989-9199/253 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 203 (Haziran 1990), 33-34 No. 2120], sigortalıya ait kurum kayıtları

rının Kurum tarafından iptalini, kanımca da isabetli olarak, SS Kanunu m. 79/VIII kapsamı içinde görmemiştir. Gerçekten, SS Kanunu m. 79/VIII'in sigortalıya tanıdığı olanak, gerekli belgeleri işveren tarafından verilmeyen ve çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılarla sınırlıdır. Uyuşmazlık konusu olayda ise; belgeleri işveren tarafından Kuruma verilmiş olmakla birlikte, anılan belgeler üzerine kurulan Kurum kayıtlarının iptali sözkonusudur. Sözkonusu iptalin, SS Kanunu m. 79/VIII'de düzenlenen durumla doğrudan bir ilgisinin olmadığı açıktır. Gerçi, böyle bir kayıt iptali, dolaylı olarak sigortalının hizmetlerinin geçmediği sonucunu doğurur. Ancak, buna rağmen sözkonusu kayıt iptallerini, SS Kanunu m. 79/VIII'in uygulama alanından uzak tutmak gerekir. Çünkü, Kurum, SS Kanunu m. 79/VIII'deki on yıllık hakdüşümü süresi geçirildikten sonra kayıt iptali yoluna gittiğinde, hak arama özgürlüğü (Ay. m. 36) sigortalının elinden alınmış olur.

c) Yarg. 10. HD.; 11.5.1990 günlü ve 4606/4607 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 207 (Ekim 1990), 37-38 No. 2167], yerleşmiş görüşü doğrultusunda. işe giriş bildirgesinin verilmesi halinde SS Kanunu m. 79/VIII'deki hakdüşürücü sürenin işlemeyeceğini kabul ederek, davacının geriye dönük 1962-1968 yıllarındaki hizmetinin mahkeme kararıyla tespit edilebileceğini belirtmiştir. Buna karşılık, Yarg. 10. HD.; 1963-1964 tarihlerine ait hizmetlerin tespiti talebiyle ilgili uyuşmazlık için verdiği 15.11.1990 günlü ve 6734/9479 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXVI, 214 (Mayıs 1991), 38-39 No. 2334], "... Hakdüşürücü sürenin başlangıcı işin terkedildiği yılın sonundan itibaren işlemeye başlar. Şayet çalışılan dönem Sosyal Sigortalar Kanununun yürürlük tarihinden önce geçmiş ise, o dönemde yürürlükte olan mevzuatta hakdüşürücü süreyi düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmadığından on yıllık süre anılan kanunun yürürlüğe girdiği 1965 yılı sonundan itibaren işlemeye başlar ..." anlatımına yer vermiştir. Her iki olayı hakdüşürücü süre konusunda birbirinden ayırdeden nokta ise, ilk karara ilişkin uyuşmazlıkta işe giriş bildirgesinin verilmiş ve diğerinde de böyle bir belgenin işveren tarafından verilmemiş olmasıdır. Sonra, Yarg. 10 HD.'nin; on yıllık hakdüşürücü sürenin. işçinin işyerinden ayrıldığı yılın sonundan itibaren başlayacağına ilişkin olan ve yasanın anlatımına ters düşmesi nedeniyle doğru bulmadığım görüşünü bu kararda da koruduğunu belirtmek isterim.

Diğer yandan, Yarg. 10. HD.; 20.2.1990 günlü ve 969/1549 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 206 (Eylül 1990), 3-38 No. 2156], "... işyerinin resmi bir kuruluş olması nedeniyle adı geçen belgelerin muvazaaya dayandığı, sahte olduğu ve gerçeği yansıtmadığı söylenemeyeceğinden, bu belgelerin ve primlerin, işverenden kaynaklanan bilgisizlik, kayıtsızlık ve muhasebe hatası sonucu kuruma intikal etmemiş olduğunun, böyle olunca da artık bu olayda on yıllık hak düşürücü sürenin uygulanamayacağını kabulünde zorunluk bulunmaktadır ..." anlatımına yer vererek, resmi ve özel kuruluşlar (işyerleri) arasında yasada bulunmayan ve de kanımca haklı görülemeyecek bir ayırım yapmıştır. Nitekim, SS Kanunu m. m. 79/VIII; açıkça "belgeleri işveren tarafından verilmeyen ... sigortalılar"dan söz ederken, ne ilgili işverenin kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişisi

olmasını gözönünde bulundurmuş ve ne de işverenin kasdı ile ihmali arasında bir ayırım yapmıştır. Bu açıdan, SS Kanunu m. 79/VIII açısından önemli olan nokta, "belgelerin verilmemesi" olgusudur.

d) Yarg. 10. HD.; SS Kanunu m. 79/VIII'den yararlanma olanağını, isabetli olarak, SS Kanunu kapsamındaki iş ve işyerleri için tanımaktadır. Gerçekten, Yarg. 10. HD.; 30.10.1990 günlü ve 7004/8868 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXVI, 210 (Ocak 1991), 36-37 No. 2195], değerlendirilmesi istenen hizmetin gerçekten tarım işi ve ilgilinin çalışmış bulunduğu işyerinin de kapsama alınacak nitelikte olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. [Ayrıca aynı anlamdaki 1990 yılına ilişkin diğer kararlar için bak. Yarg. 10. HD.; 12.6.1990 - 2452/5935 - İş ve Hukuk XXV, 208 (Kasım 1990), 36-37 No. 2175; Yarg. 10. HD., 10.12.1990 - 10610/10440 - İş ve Hukuk XXVI, 211 (Şubat 1991), 37-38 No. 2306]. Bunun gibi, Yarg. 10. HD.; 19.11.1990 günlü ve 9225/9637 sayılı kararında [İş Hukuku Dergisi I, 2 (Nisan-Haziran 1991), 291-292] da, 2100 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önceki döneme ilişkin olup orman (tarım) işi niteliğindeki işlerde geçirilen hizmetlerin, SS Kanunu m. 79/VIII'e göre tespitine karar verilemeyeceğini kabul etmiştir (Söz konusu kararın incelenmesi için bak. T. Centel, "Karar incelemesi", İş Hukuku Dergisi I, 2 (Nisan-Haziran 1991) 292 vd.).

e) Yarg. 10. HD.; 27.11.1990 günlü ve 9795-9910 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXVI, 211 (Şubat 1991), 36-37 No. 2305], bir işyerinde başkasının kimliğiyle yapılan çalışmaların tespiti için, Kurum kayıtlarında adı geçen kişinin kabulünün yanısıra, işe giriş bildirgesindeki imzaların incelenmesi ve işyeri yetkilileri ile iş arkadaşlarının dinlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Uyuşmazlığa konu olan olayda alt mahkeme ise, imza incelemesi konusunda ehil olmayan bir bilirkişi raporuna dayanmış; diğer belirtilen delil niteliğindeki beyanları görmezlikten gelerek, eksik incelemede bulunmuştur. Bu olayda, Yarg. 10. HD.'nin, gerek uygulamada ehil olmayan kişilerin verdikleri raporlara itibar edilmemesi ve gerekse hizmet tespitine ilişkin davalarda ayrıntılı inceleme ve araştırmayı öngörmesi, dikkat çekicidir [Ayrıca aynı anlamdaki 1990 yılına ilişkin diğer bir karar için bak. Yarg. 10. HD., 24.12.1990 - 7198/11299 - YKD XVII, 6 (Haziran 1991), 873/874].

f) Yarg. 10. HD.; 31.5.1990 günlü ve 4575/5223 sayılı kararında [YKD XVI, 11 (Kasım 1990), 1645-1646], belediyede çalışmadığı halde çalışmış gibi kendisine verilen belgeyi Kuruma ibraz edip kendisine yaşlılık aylığı bağlattığı gerekçesiyle Kurum kaydının iptali üzerine açılan davayı, SS Kanunu m. 79/VIII kapsamında görmemiştir. Gerçekten, SS Kanunu m. 79/VIII'in uygulama alanına giren tespit davaları, söz konusu kararda da isabetle belirtildiği üzere, Kurum kayıtlarına geçmemiş hizmetlerin tespitine yöneliktir. Nitekim, SS Kanunu m. 79/VIII de, "belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar"dan söz eder. Uyuşmazlık konusu olayda ise, Kurum kayıtlarına geçmiş hizmetlerin iptali söz konusu olup; bunun, SS Kanunu m. 79/VIII'deki düzenlemeye ilişkin bulunmadığı açıktır.

3. Basım ve gazetecilik işyerlerindeki sigortalıların itibari hizmet süreleri

11.8.1977 günlü ve 2098 sayılı Yasa'yla ek m. 1 olarak SS Kanunu'na eklenen şimdiki SS Kanunu ek m. 5, "basım ve gazetecilik işyerlerinde 1475 sayılı Kanun ve değişikliklerine göre çalışan sigortalılar"dan bazılarının fiili hizmet sürelerine birtakım itibari hizmet sürelerinin eklenmesini öngörmüştür. Bunlardan "tabii ışığın hiç olmadığı ve münhasıran sunî ışık altında çalışılan işyerleri"ne (f. e) ve "günlük mesainin yarıdan fazlası saat 20.00'den sonra çalışılarak yapılan işyerleri"ne (f, f) ilişkin uygulama, geçtiğimiz yılda tespit edebildiğimiz iki Yargıtay kararına konu olmuştur. Söz konusu iki kararda da dikkat çekici olan nokta, Yarg. 10. HD.'nin işin ve işyerinin özelliğini temel almasıdır.

Gerçekten, Yarg. 10. HD.; 22.3.1990 günlü ve 654/2785 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXVI, 211 (Şubat 1991); 39-40 No. 2307], "... Şayet, sunî ışık altında çalışma zorunluğu işyeri binasının yapılış biçiminden kaynaklanıyorsa, bu durum anılan maddenin II-e bendinin uygulanmasının nedeni olamaz. Gerçekten, sözkonusu hüküm yalnızca yapılan işin özelliği gereği olarak doğal ışığın hiç girmemesi gereken bir ortamda çalışmanın zorunlu olduğu hallerde uygulanabilir ... Davacının günlük mesainin yarısından fazlasının saat 20.00'den sonra geçtiğinin yöntemince kanıtlanması"ndan söz edecekken; Yarg. 10. HD.'nin, bununla, salt mesainin saat 20.00'den sonra geçirilmesini yeterli bulacağını sanmıyorum. Çünkü, anılan maddenin f fıkrası, "işyerleri"ni temel alarak; bunlardaki özelliğin, günlük çalışmanın çoğunun gece döneminde (saat 20.00'den sonra) geçirilmesi olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan, sözkonusu karardaki belirtilen anlatımı, salt "davacının çalışması"ylasınırlı olmadığı biçiminde yorumlamak; sanırım, Yarg. 10. HD.'nin uyuşmazlık konusu olayda izlediği amacı ortaya çıkarmak bakımından, daha uygun düşecektir. Nitekim, aynı konudaki diğer bir kararında [Yarg. 10. HD., 22.3.1990 - 658/2790 - YKD XVI, 6 (Haziran 1990), 857-858] Yarg. 10. HD.; "... İşletme servisinde çalışmanın ne gibi işleri kapsadığı belirlenmemiştir. Gazete işletmesinin özelliğinden söz edilerek, niteliği belli olmayan bu iş ile ilgili mesainin yarıdan fazlasının saat 20.00'den sonra geçtiğini kabul etmek isabetli sayılamaz. Bilirkişinin kabul ettiği 15 günde bir değişen ikili vardiya ile çalıştığına kanıtları gösterilmemiş, varsayımına gidilmemiştir ..." anlatımına yer vererek, ilgilinin gece dönemindeki çalışması ile işin ve işyerinin niteliğini bir bütün içinde ele almıştır. Buna karşılık, aynı karardaki "... davacının çalıştığı odanın aydınlığa baktığı ve doğal ışığı yeterli derecede alamadığı belirtilmiş ve bu tespiti dayanılarak anılan maddenin II-e bendi hükmü çerçevesinde hüküm kurulmuştur. İş Kanununun 73. maddesi hükmünce işveren, işçisinin sağlığının korunması bakımından gerekli şartları sağlamakla yükümlüdür. İşveren bu yükümünü yerine getirmemiş, başka bir anlatımla davacıya doğal ışıklı bir oda verilmemişse, bu durum II-e bendi hükmünün uygulanmasına yolaçmaz ..." sözleri, açılmaya muhtaçtır. Çünkü, sözkonusu anlatım biçimi, doğal ışığın bulunmadığı bir ortamda işçi çalıştıran işverenin, sanki işçiyi gözetme (işçi

sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini alma) borcunu (yükümünü) yerine getirmedeği izlenimini yaratmaktadır. Oysa, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü m. 16/1; işyerinin doğal ışıkla aydınlatılması esasını öngörmekle birlikte, "... işin konusu veya işyerinin inşaa tarzı nedeniyle gün ışığından faydalanılmayan hallerde yahut gece çalışmalarında' (c. 2) yapay aydınlatmaya olanak tanımaktadır. Uyuşmazlık konusu olaya uygulanmasında tartışma yaratan hüküm ise; salt işçinin (sigortalının) yapay ışık altında çalışmış olmasının, kendisinin SS Kanunu ek m. 5'in tanıdığı olanaktan yarrarlanmasına yetmeyeceği ve işyerindeki görülen işin gereği olarak doğal ışığın bulunmadığı işyeri ortamının varlığının gerektiğini anlatmak istemektedir. Nitekim, belirtilen endişeyle olacak ki; Yarg. 10. HD. de, sözkonusu kararda, "... anılan hüküm, yapılan işin özelliği olarak doğal ışığın hiç girmemesi gereken bir ortamda suni ışık altında çalıştırılması halinde uygulanabilecek bir hükümdür ..." tümcesini ekleme gereksinimini duymuştur. Ancak, salt yapay aydınlatılan bir çalışma yerinin SS Kanunu ek m. 5'in uygulanmasını gerek tirmeyeceğini göstermesi bakımından, her iki karar da özde doğrudur.

4. Değişik sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi

Sosyal güvenlik kurumlarının sağladığı yardımlar arasındaki farklılık karşısında. ilgilinin, son anda kendisi için elverişli hakları sunan sosyal güvenlik kurumuna yönelmesini engellemek üzere, 228 sayılı Yasa'nın "bağlı bulunulan son kurum" esasını terk edilmiş; 2829 sayılı Yasa'yla, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, "son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncunun tâbi olduğu kurumca" aylık bağlanması esasını benimsenmiştir (m. 8/1) [Sözkonusu esasın eleştirisi için bak. A. R. Okur, "Türk Sosyal Güvenlik Kurumlarına İlişkin Bir Karşılaştırma", İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt: XXXI, Sayı: 12, 1985 Sayısından Ayrı Bası, 13. Ayrıca bak. ve karşı. T. Centel, "Türkiye'de Sosyal Sigortaların Standartlaştırılması Üzerine Bir Deneme", İş Hukuku Dergisi I, 3 (Temmuz-Eylül 1991), 378-379]. Bu konuda, Yarg. 10. HD.; 25.9.1990 günlü ve 4127/7836 sayılı kararında [YKD XVI, 12 (Aralık 1990), 1792-1793. Ayrıca bak. İş ve Hukuk XXV, 209 (Aralık 1990), 39-40 No. 2187; İşveren XXIX, 6 (Mart 1991, 15-16], son 7 yıl içinde hizmet süresi fazla olan kurum yerine, sözkonusu yasa hükmünün anlatımına uygun biçimde, son 7 yıl fiili hizmet süresi içinde hizmet süresi fazla olan kurum tarafından aylık bağlanması gerektiğini kabul etmiştir.

5. Hizmet borçlanması

a) Yarg. 10. HD.; 2.10.1990 günlü ve 7307/8737 sayılı kararında [YKD XVII, 3 (Mart 1991), 368-371. Ayrıca bak. İş ve Hukuk XXVI, 215 (Haziran 1991/, 28-40 No. 2344], sanatkâr kişinin SS Kanunu geç. m. 68'in tanıdığı borçlanma olanğından yararlanma isteğiyle ilgili uyuşmazlıkta, bilirkişinin sanat eserlerinin aslını görmeyip fotoğraf üzerinden rapor düzenlemesini ve mahkemenin fotoğ-

rafı görülen sedef işyerine ait eserlerin işverene ait işyerinde yapılıp yapılmadığını yeterince araştırmayışını yerinde bulmamıştır. Karara ekli (sayın C. Kadılar'a ait) karşıoy yazısında ise, uzman bilirkişinin fotoğraflara göre görüş belirtebilmesi açısından raporun yeterli görülmeysiğinin doğru olmadığı ve yıllar önce satışa arzedilmiş sanat eserlerinin bulunup bilirkişiyeye sunulmasının imkânsız olduğu belirtilerek, sözkonusu rapora itibar edilmesi gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür. Kanımca da, eğer bilirkişi olan kişi gerçekten uzman ve kendisi fotoğraf üzerinden görüş belirtebileceği kanısında ise, artık sanat eserinin aslına başvurmaya gerek olmamalıdır. Kaldı ki, karşıoy yazısında isabetle belirtildiği üzere, satışa sunulan eserleri yıllar sonra bilirkişi önüne getirebilmek, imkânsız denecek kadar güçtür. Buna karşılık, çoğunluk kararında isabetle belirtildiği üzere, sözkonusu sanat eserlerini işverene ait işyerinde gerçekleştirilmiş olup olmadığı noktası, titizlikle araştırılmak gerekir.

b) Yarg. 10. HD.; 1.3.1990 günlü ve 2051/2069 sayılı kararında [YKD XVI, 6 (Haziran 1990), 852-856. Ayrıca bak. İş ve Hukuk XXV, 203 (Haziran 1990), 36-40 No. 2123], okunulan okul orta sanat okulu çıraklık okulu olmadığı veya çıraklık sözleşmesi bulunmadığı takdirde, okulda geçen sürenin borçlanılamayacağı oyçokluğuyla kabul edilmiştir. Sözkonusu karara ekli (Sayın T. Ozanoğlu'na ait) karşıoy yazısında ise; bir okulun çıraklık okulu olup olmadığını okulun niteliğinin belirlediği ve yazılı bir çıraklık sözleşmesi) olmasa dahi fiili çıraklık ilişkisi uyarınca, SS Kanunu ek geç. m. 1'e göre borçlanma olanağının tanınması gerekeceği, ayrıntılı biçimde açıklanmaktadır. Kanımca da, karşı oy yazısında belirtilen görüşler, hizmet borçlanması kurumunun niteliğine, daha uygun düşmektedir. Gerçekten, SS Kanunu ek geç. m. 1'de borçlanma olanağı, sigortalıların çırak olarak mesleki öğrenim gördükleri kamu kesimindeki sürelerini değerlendirmeyi amaçlar. Bu açıdan, önemli olan nokta, böyle bir mesleki öğrenim görülmüş olup olmadığıdır. Sonra, hernekadar ilgili hükümdede, "çıraklık okullarına çıraklık mukavelesi ile" girmeden söz ediliyorsa da; biçim koşuluna uyulmama nedeniyle hukuken geçersiz sayılan bir fiili çıraklık ilişkisi de, tıpkı fiili hizmet (iş) ilişkisinde olduğu gibi, geçerli hukuki sonuçlar doğurabilir. Gerçekten, çırağın bir çıraklık sözleşmesine dayanarak çalışması aranmakla birlikte; çırak kavramının belirlenmesinde asıl önemli olan, çıraklık sözleşmesi yerine, çıraklık ilişkisidir. Çünkü, çıraklık sözleşmesi; esas olarak, çıraklık ilişkisini oluşturan bir sözleşmedir. Ancak, çıraklık ilişkisinin ortaya çıkması için, mutlaka bir çıraklık sözleşmesinin bulunması gerekmez. Nitekim, çıraklık ilişkisi; çırağın, ustanın bilgisi altında işyerine katılması ve işyerinde çalışması olayından da doğabilir. Sözkonusu fiili çıraklık ilişkisi hukuki niteliği itibariyle, fiili hizmet ilişkisi olarak görülmek gerekir. Nitekim, kaynak yasa İsviçre BK'nun düzenlemesi de, bu yoldadır (m. 320/III, 355) [K. Straessle, Das Lehrverhaeltnis, Zürich 1975, 52/56]. Buna göre de, çırağı korumak üzere getirilmiş yazılı biçim koşulunun, çırak aleyhine sonuç doğuracak şekilde, borçlanma olanağına engel oluşturmayacağını kabul etmek daha doğru olur. Bu bakımdan, SS Kanunu ek geç. m. 1 hükmünü, son derece dar yorumlayıp uygulayan çoğunluk görüşünü uygun bulmadığımı belirtmek isterim.

c) Yarg. 10. HD.; 22.1.1990 günlü ve 6270/55 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 203 (Haziran 1990), 35-36 No. 2122, eski 2147 sayılı Yasa'ya göre yurtdışında geçen hizmetler değerlendirilirken kısmi borçlanmanın mümkün olduğunu kabul etmiş ve bu uygulamanın yerleşik Yargıtay uygulaması haline geldiğini belirtmiştir. Gerçekten, daha sonraki 3201 sayılı Yasa'nın kısmi borçlanmayı kabul etmiş olmasına karşın, önceki 2147 sayılı Yasa'da kısmi borçlanmanın geçersiz olacağı belirtilmiş değildi. Bu anlamda, geçmişte Yarg. 10. HD., kısmi borçlanma yolunu kabul etmişti [Sözgelimi bak. Yarg. 10. HD., 6.10.1986-14575/4888YKD XIII; 1 (Ocak 1987), 63; Yarg. 10. HD., 24.12.1983-6127/6970-YKD X, 4 (Nisan 1984), 590]. Daha önce de, Yarg. 10. HD.'nin kısmi borçlanma yolunu açmış olmasını isabetli bulduğum [Bak. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi (yay.), Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, 212-213. Karş. C. Tuncay, "Sosyal Sigortlar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtayın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, 181] için, Yarg. 10. HD.'nin buna ilişkin son kararını uygun gördüğümü işaret etmekle yetinmek istiyorum.

6. Sağlık kurulu raporlarının bağlayıcılığı

a) Yarg. 10. HD.; 5.6.1990 günlü ve 4148/5634 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 207 (Ekim 1990), 36-37 No. 2166], kurum sağlık tesisleri sağlık kurulu raporlarına karşı Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'na itirazda bulunulmaksızın doğrudan veya buna itiraz olarak açılan davada Tıp Fakültesi kürsü konseyinden ya da Adli Tıp Kurumundan ve herhalükârda itiraz hakkında Sosyal Sigorta Yüksek Kurulu'ndan rapor alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu görüş, işgöremezlik oranları konusunda, uzman kurumları temel alan ve 1976 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararı uyarınca da Yüksek Sağlık Kurulu raporlarını idari anlamda kesin nitelikte sayan düşüncenin sonucunda verilmiş olup; daha önceki özel daire kararıyla, uyum içindedir.

b) Yarg. 10. HD.; 23.1.1990 günlü ve 1989-7991/98 sayılı kararında [YKD XVI, 5 (Mayıs 1990), 684-686], yurtdışı tedavisinde refakatçi götürmeye ilişkin Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararının kesin olduğu belirtilmiştir. Buna göre, Yarg. 10. HD.; SS Kanunu m. 32/bent E kapsamındaki sağlık kurulu raporlarına yapılan itiraz üzerine verilecek Yüksek Sağlık Kurulu kararının, aleyhine itiraz edilemeyecek nitelikte kesin olduğunu kabul etmektedir. Bu düşünce biçimi, SS Kanunu m. 109'da belirtilen raporlarla ilgili olarak verilen 1976 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararının özde kabul ettiği "idari anlamda kesinlik" kavramına ters düştüğü gibi, esas olarak "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" diyen Ay. m. 125/1 hükmüyle de bağdaşmamaktadır.

7. Hizmet ihyası

Yarg. 10. HD.; 12.3.1990 günlü ve 214/1308 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXV, 204 (Temmuz 1990), 35-37 No. 2134], evlenme toptan ödenmesi alan sigortalının hizmet ihyasında bulunabilmesi için sigortaya tâbi çalışmaya başlaması ve daha sonra isteğe bağlı sigortaya tâbi olmak için de sigortalı olarak tescil edilmiş olması zorunlu bulunduğundan hizmet ihyasına yolaçan çalışmanın fiili çalışmaya dayanması gerektiğini belirtmiştir. Bu amaçla, Yarg. 10. HD.; yerinde olarak, alt mahkemeden çalışmanın fiili niteliği olup olmadığını araştırmasını istemektedir. Gerçekten, SS Kanunu ek m. 1/III, hizmet ihyasını "506 sayılı Kanuna tâbi bir işe" girme koşulunun yerine getirilmesine bağlamıştır. Sonra, SS Kanunu m. 85/bent A f, b, "müracaat tarihinden önce 506 sayılı Kanuna göre tescil edilmiş olma"yı aramaktadır. Bu durumda, evlenme toptan ödemesi alarak geçmiş hizmetlerini söndüren ilgilinin, herhalükârda SS Kanunu'na tâbi bir fiili çalışma içine girmesi gerekmektedir. Ancak, Yarg. 10. HD.; sözkonusu kararda, evlenme toptan ödemesi aldıktan sonra hizmet ihyasında bulunup isteğe bağlı sigortaya devam etmek isteyen kişinin bunu istediği tarihte SS Kanunu m. 85'in 5 yıllık bir ön-sigortalılık süresini aradığını tartışma içine sokmamaktadır. Çünkü, Yarg. 10. HD.; 3395 sayılı Yasa'yla SS Kanunu m. 85'de yapılan değişiklik hükmünün geriye yürütülmesi görüşünü taşımaktadır. Nitekim, Yarg. 10. HD.; 20.3.1990 günlü ve 1989-8690/2715 sayılı kararında [YKD XVI, 7 (Temmuz 1990), 1015-1016], "... Yasama belgelerine göre bu değişiklikten artacın sosyal güvenlik haklarından daha büyük kitlenin yararlanmasına imkân sağlamaktadır. Bu amaç gözönünde tutularak, hukukken mümkün oldukça, değişiklik hükmünün geriye yürütülmesi Dairemizin yerleşmiş görüşlerindedir ..." diyerek, isteğe bağlı sigortalı olma talebinde bulunulduğu tarihteki mevzuata göre yeterli ön-sigortalılık süresi olmayan kişinin bu yoldaki talebini hukuka uygun bulmuştur. Oysa, ilke olarak, sosyal sigorta yasalarının hemen yürürlüğe girip uygulanması sözkonusudur. Önceye etkili olacak ve kişilere geçmişe yönelik sosyal sigorta talepleri yaratacak düzenlemelerin ise; öncelikle, buna ilişkin açık hükümleri içermesi zorunludur.

9. Tavan ücretle çalışıldığının belgelenmesi

Yarg. 10. HD.; 25.12.1990 günlü ve 11471/11391 sayılı kararında [İş ve Hukuk XXVI, 212 (Mart 1991), 36-37 No. 2315], tavan ücret üzerinden çalışıldığına ilişkin davacı iddiasının, kamu düzenine yönelik bulunması nedeniyle, iki tanık yerine danışıklı biçimde düzenlenmesi olanaksız delillerle kanıtlanması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten, sözkonusu kararda da açıklandığı üzere, bu konudaki iddianın işveren tarafından kabulü, hukukken bir sonuç doğurmamalıdır. Aksi takdirde, danışıklı durumları önlemek mümkün olmaz. Bu açıdan, Yarg. 10. HD.'nin sözkonusu kararı yerindedir.

III. Bağımsız Çalışanlara İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

1. Sağlık sigortası primleri

Diğer sosyal güvenlik kurumlarından eşi dolayısıyla sağlık yardımı gören isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalısının sağlık sigortası primi ödemeyeceğini içeren ve oyçokluğuyla alınan, Yarg. 10. HD.'nin 23.12.1990 günlü ve 3386/7797 sayılı kararı, bir önceki yılda Milli Komitemizin düzenlediği Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri'nde tartışılmış ve tebliğ sahipleri olan Doç. Dr. Müjdat Şakar ile Prof. Dr. A. Can Tuncay tarafından hukuken uygun bulunmuştu. Söz konusu kararla ilgili uyumsuzluk, geçtiğimiz yılda bu kez Yarg. HGK önüne götürülmüş ve Yarg. HGK da, Yarg. 10. HD.'nin çoğunluk görüşü doğrultusunda karar vermiştir Bak. YHGK, 14.2.1990-1989-10-391/83-YKD XVI, 6 (Haziran 1990), 796-804]. Daha önce olduğu üzere Sayın Ozanoğlu, bu kez de Yarg. HGK'nun kararına karşı oy yazısını eklemiştir. Şahsen, ben de, gerek Yarg. HGK ve gerekse Yarg. 10. HD.'nin daha önceki oyçokluğuyla verilmiş kararını, hukuken yerinde bulmuyorum. Herşeyden önce, şunu belirtmek isterim ki; mevcut hukuki sorun, sanıldığı gibi ve de belirtildiğinin aksine, açık yasa metinlerine rağmen tartışılmaya değer bir konuya ilişkindir. Gerçekten, salt Bağ-Kur K. ek m. 11/II'nin metnine bakılması, doyurucu olmayan sonuçlara götürmektedir. Söz konusu hükmün metninden ayrılmayı gerektiren nedenler ise, karşı oy yazısında yer aldığından bunları tekrar etmeyeceğim. Ancak, şunu eklemeliyim ki; değişik sosyal sigorta yasalarının önlemek istediği ve de önlenmesi gereken nokta, mükerrer (çifte) sigortalılık olup, değişik sosyal güvenlik kurumlarından yararlanma olanağı değildir. Belirtilen durumda çifte sigortalılık olmadığına göre de, Bağ-Kur sigortalısı eşin sağlık sigortası primlerini ödemesi gerekeceği kanısındayım.

2. Borçlanma işleminin iptali

Yarg. 10. HD.; 1.10.1990 günlü ve 4969/8079 sayılı kararında [YKD XVII, 1 (Ocak 1991), 60-62], mücbir neden bulunmaksızın ve de uyarılmasına rağmen borcunun son taksidini yatırmayan Bağ-Kur sigortalısının borçlanma işleminin Kurumca iptaline ilişkin işlemin iptal edilemeyeceği görüşünü belirtmiştir. Karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, sigortalı kurum karşısında iyiniyet kuralına (MK. m. 2) dayanmış; ancak, Yarg. 10. HD., isabetli olarak, bunu mümkün görmemiştir. Gerçekten, "... borçların tamamen ödenmemesi halinde, borçlanma talepleri geçersiz sayılır" diyen Bağ-Kur ek geç. m. 4/IV c. 2 karşısında, iyiniyet kuralına dayanılması sözkonusu olmaz.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Genel sosyal sigorta hükümlerine ilişkin olarak Yargıtayın 1990 yılında vermiş bulunduğu kararlar; esas olarak, daha öncekilerle uyumlu olup, aynı mantık silsilesi içinde yer almıştır. Özel olarak Yarg. 10. HD.'nin 1990 yılındaki iş yükünün [11.704 karar, bak. 31.1.1991 günlü Yargıtay Başkanlar Kurulu Kararı-RG. 14.2.1991, No. 20786] önemli bir bölümünün, sigortalılığın tespitine ilişkin kararlardan oluştuğu görülmektedir. Bu da, sigortasız işçi çalıştırma olgusunun, ülkedeki yoğunluğunu göstermesi bakımından düşündürücüdür.

172 BOŞ