

EK MADDE 10

DOÇ. DR. MEHTAP YÜCEL BODUR

EK MADDE 10- (Ek: 4/4/2015-6645/49 md.)

Kurumla sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından Kuruma bildirilen hekimlerden Kurumca belirlenen yüzdelik oran içerisinde kalan ve sözleşme kapsamı branşlarda fiilen hizmet sunan sağlık hizmet sunucusu bünyesindeki hekimlerle sınırlı olmak üzere,

a) İl Sağlık Müdürlüklerinden çalışma izni almak suretiyle ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna aykırı olmayacak şekilde sözleşme ile çalıştırmış oldukları hekimlerden aynı zamanda fatura karşılığı hizmet alımı yaparak,

b) Bir iş sözleşmesine tabi olmamakla birlikte, İl Sağlık Müdürlüklerinden çalışma izni almak suretiyle ve 1219 sayılı Kanuna aykırı olmayacak şekilde hekimlerden fatura karşılığı hizmet alımı yaparak,

genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilere vermiş oldukları sağlık hizmetlerini Kurumca belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak fatura etmeleri hâlinde, verilmiş olan sağlık hizmetlerinin bedeli Kurum tarafından karşılanır.

Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri hâlinde sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında si-

gortalı sayılır. Ancak, bu maddenin yayımı tarihinden önce 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışılan sürelerle ilişkin haklar saklıdır.

İLGİLİ MEVZUAT: 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 5510 sayılı Kanunun ek 10. maddesinin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan 3/7/2015 tarihli ve 2015/19 sayılı Genelge ile 2013/11 sayılı Genelgeye eklenen 1.19. madde

KAYNAKÇA

ALPAGUT Gülsevil, Özel Sağlık Kurumlarında Çalışan Hekimlerin Hukuki Statüsü ve Çalışma Koşulları, Özel Sağlık Sektöründe Çalışma Biçimleri: Sözleşmeler (İstanbul Tabip Odası, İstanbul 2019)

ALPER Yusuf, Sosyal Sigortalar Hukuku (7. bası, Bursa 2015)

ASLANKÖYLÜ Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu (Ankara 2003)

ARICI Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku (Ankara 2015)

BAŞBUĞ Aydın, Sosyal Güvenlik Sisteminde Sosyal Sigortalar (Ankara 2013)

BİLGİLİ Özkan, 'Özel Sağlık Hizmet Sunucularında Çalışan Hekimlerin Sigortalılığı' (2021) 11 (1) Sosyal Güvenlik Dergisi 33-54

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, Özel Hastane İşyerlerinde Çalışma Ortam ve Koşullarına Yönelik Programlı Teftiş Sonuç Raporu (Ankara 2017)

ÇENBERCİ Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi (Ankara 1977)

DEĞER Senem, Şirket Ortaklarının Hakları ve Borçları (Ankara 2023)

ERMUMCU Senem, 'Sigortalılığın Zorunluluğu İlkesi ve Bu İlkeye Aykırı olan Hükümlerin Değerlendirilmesi' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1383-1403

GÜZEL Ali, OKUR Ali Rıza, CANIKLIOĞLU Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku (19. bası, İstanbul 2021)

İNCE Önder, Hekim Sözleşmeleri, Özel Hastanelerde Hekimlerin Çalışma Düzeni, <<https://ohsadkurultayi.org/files/downloads/presentations/2016/Onder-ince-hekim-sozlesmeleri-ozel-hastanelerde-hekimlerin-calisma-duzeni.pdf>> Erişim Tarihi: 10.12.2023

İNCEMAN Ali, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Şerhi (Ankara 2023)

KARABACAK Ebru, Özel Sağlık Kuruluşlarında Hekimlerin Hizmet Alımı Yoluyla Çalıştırılmalarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sonuçları

Cilt: 1 (3. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi, 9-12 Ekim 2019, Ankara) 513-525

KILINÇ Bahar, 'Özel Hastanede Çalışan Hekimlerin Sosyal Güvenlik Hakları', Sağlık Hukukunda Tartışmalı Konular (Ankara 2022)105-126

KORKUSUZ Refik and Uğur Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku (3.bası, Bursa 2013)

MUTLAY Faruk Barış, Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi (İstanbul 2014)

SAVAŞ KUTSAL Fatma Burcu, Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri (İstanbul 2016)

SÖZER Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku (6. bası, İstanbul 2023)

SÜMER Haluk Hadi, Sosyal Güvenlik Hukuku (3.bası, Ankara 2022)

ŞAKAR Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması (12. bası, İstanbul 2017)

TUNCAY A.Can, EKMEKÇİ Ömer, GÜLVER Ender, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (22.bası, İstanbul 2023)

TUNÇOMAĞ Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar (5. bası, İstanbul 1990)

TBMM Tutanak Hizmetleri Başkanlığı, Sağlık Komisyonu, 5.2.2015 tarihli Komisyon Tutanağı

TTB Özel Hekimlik Kolu, Özel Sağlık Sektöründe Çalışma ve Ücretlendirme Biçimleri, Toplum ve Hekim Dergisi, Mart-Nisan 2019, Cilt: 34, Sayı: 2, 147-160

UŞAN Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları (2. bası, Ankara 2009)

1. MADDENİN KAPSAMI¹

Ülkemizde özellikle son 20 yılda özel sağlık hizmeti sunucuları, toplam sağlık hizmeti sunucuları içerisindeki payının artmasıyla birlikte yoğun istihdam alanlarından biri haline gelmiştir². 04.04.2015 tarihli 6645 sayılı Kanunun 49. maddesiyle 5510 sayılı Kanuna eklenen ek 10. madde uyarınca, 23.04.2015 tarihinden geçerli olmak üzere, özel sağlık hizmet sunucularında çalışan hekimlerin md.4/1(b) kapsamında sigortalı olmalarını sağlayacak ve hizmet alımı olarak gösterilen bu faaliyetlere ilişkin hizmet bedelini Sosyal

¹ 5510 sayılı Kanunun ek 10. maddesinin şerhine ilişkin bu çalışmanın esasını, Mehtap Yücel Bodur tarafından yazılmış ve Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Cilt:21, Sayı:81, Yıl:2024 künyeli sayısında 121-164. sayfalarında yayınlanmış olan "5510 SAYILI KANUN MD. 4/1(B) BENDİNE TABİ İŞÇİ ÖRNEĞİ OLARAK HEKİMLER" başlıklı makale oluşturmaktadır. Makalenin tam metni, Gelir Vergisi Kanunundaki gelişmeler ve daha ayrıntılı açıklamalar için adı geçen derginin ilgili sayısına bakınız.

² İş teftiş raporu, 20 ve 27.

Güvenlik Kurumunun sağlık kuruluşuna ödemesini mümkün kılacak bir yasal düzenleme yapılmıştır.

Bu madde iki fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkrada özel sağlık kuruluşlarının hekimlerden fatura karşılığı hizmet alımı yaparak alacakları sağlık hizmetlerinden yararlanan hastalar için bu kuruluşlara Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından ödeme yapılabilmesi kanuni dayanağa bağlanmaktadır³. Bu fıkra da iki alt bentten oluşmaktadır. İlk bent olan (a) bendinde aynı zamanda iş sözleşmesi ile çalışan hekimlerden, (b) bendinde ise iş sözleşmesi ile çalışmayan hekimlerden fatura karşılığında hizmet alımı düzenlenmektedir. Böylece bu hizmet alımlarının Gelir İdaresi Başkanlığınca işçi temin sözleşmesi olarak kabul edilmesinin önüne geçilmesi, bir muayenehane açılması ya da iş ilişkisi kurulması gerekmeksizin hekim istihdamına kanuni zemin oluşturulmuştur⁴. Ancak bu hükme göre, hekim iş sözleşmesi ile çalışmasına devam ederken aynı zamanda içinde yer aldığı şirket adına fatura kesebileceğinden hekimin “iş sözleşmesi” ile çalışıyor olma durumuna bir zeval gelmeyecektir⁵.

Ek 10. maddenin 1. fıkrasının birinci cümlesinde özel sağlık kuruluşlarının sağlık hizmetlerinin bedelinin Kurumca karşılanacağı haller için ön şartlar belirlenmiştir. Buna göre faturaların SGK tarafından karşılanabilmesi için;

1. Özel sağlık kuruluşunun SGK ile sözleşmeli olması gerekir.
2. Sözleşmeli özel sağlık kuruluşları veya vakıf üniversitelerinin hizmet aldıkları hekimi SGK'ya bildirmeleri gerekir.
3. Hekimlerin sayısının⁶ SGK'ca belirlenen yüzdeler oran içinde kalmaları gerekir.
4. Bu hekimlerin SGK ile sözleşme yapılan branşta ve fiilen hizmet sunması gerekir⁷.
5. Bu hekimlerin İl Sağlık Müdürlüğünden çalışma izni alması gerekir.

³ İnce, 'Hekim Sözleşmeleri, Özel Hastanelerde Hekimlerin Çalışma Düzeni' <https://ohsadbkurultayi.org/files/downloads/presentations/2016/Onder-ince-hekim-sozlesmeleri-ozel-hastanelerde-hekimlerin-calisma-duzeni.pdf> Erişim Tarihi: 10.12.2023

⁴ A.g.m.

⁵ TTB Özel Hekimlik Kolu, 150

⁶ SGK tarafından belirlenecek yüzdeler oran içinde kalacak olan ifadesi ile kastedilenin bu hekimlerin kestiği faturaların sayısı mı yoksa hekimlerin sayısı mı olduğu izaha muhtaçtır. Zira Kurum herhangi bir yüzdeler oran belirlemesi yapmamıştır. TTB Özel Hekimlik Kolu, 157.

⁷ “...Sağlık hizmeti sunucuları, Kuruma bildirmiş oldukları hekimlerden sözleşme kapsamı branşlarda fiilen hizmet sunanlar tarafından verilen sağlık hizmetlerini, Kurumca belirlenen istisnalar hariç olmak üzere ve Kurum mevzuatına uygun olarak fatura edebilirler. Aksi takdirde, bu faturalara ait tutarlar Kurumca karşılanmaz” (5510 sayılı Kanun md.64/2).

6. Düzenleme yalnızca hekimlerle tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanları kapsamakta olup, hemşire, ebe ve diğer sağlık personelinin kapsamamaktadır.
7. Genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilere sağlık hizmeti verilmiş olmalıdır.
8. Faturaların SGK'nın belirlediği usul ve esaslara uygun olması gerekir.

Öncelikle belirtilmelidir ki SGK ile sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından hizmet alınan hekimlerle SGK ile sözleşmesi olmayan özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından hizmet alınan hekimlerin benzer durumda olmadığı söylenemez. Bu yönüyle sağlık kuruluşları arasında eşitlik ilkesine aykırı haksız rekabet oluşturan bir durum yaratılmaktadır.

Tartışılması gereken diğer bir mesele ise her iki bentte de yer alan "fatura" düzenlenmesidir. Burada serbest meslek makbuzu değil, fatura ifadesi yer almaktadır. (a) bendinde iş sözleşmesi ile çalışırken aynı zamanda fatura düzenleyen, (b) bendinde ise serbest olarak çalışırken fatura düzenleyen hekimden bahsedilmektedir. (b) bendindeki hekim serbest çalışan olduğu için serbest meslek makbuzu da düzenleyebilecektir. 1219 sayılı Kanununun 12. maddesine göre ise, mesleğini serbest olarak icra eden hekimler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve SGK'dan talep edilmemek kaydıyla SGK ile sözleşmesi olan bir özel sağlık kuruluşunda hastaları teşhis ve tedavi edebilmektedir. Ek 10. madde, bu hükmün aşılmasını sağlamaktadır⁸. Ayrıca (a) bendine tabi olan yani, iş sözleşmesi ile çalışırken aynı zamanda fatura düzenleyebilenler için de uygulamadaki garabet, hukuki durum haline gelmiştir. İş sözleşmesi ile çalışan bir hekim, fatura düzenleyebilmek için şirket kurmalıdır. O halde iş sözleşmesi ile çalıştığı özel sağlık kuruluşuna aynı zamanda şirketi üzerinden sağlık hizmeti satabilmektedir.

2. HEKİMLERİN ÇALIŞMA VE SOSYAL GÜVENLİK HAYATINA İLİŞKİN ANA KURAL

Hekimler, diğer bütün çalışanlarda olduğu gibi özel sağlık hizmet sunucuları ile iş sözleşmesine tabi olarak çalışabilirler ve bu durumda 5510 sayılı Kanunun md. 4/1(a) bendi kapsamında sigortalı olurlar⁹. Bunun dışında hekimler bağımsız çalışma yolunu da tercih edebilirler. Kurdukları anonim şirketin ortağı ve yönetim kurulu üyesi olan hekimler, diğer sermaye şirketlerinin ortağı olan hekimler ve özel muayenehanesinde kendi adına ve hesabına mesleğini icra edip serbest meslek makbuzu kesen hekimler bağımsız çalışan olarak 5510 sayılı Kanunun md. 4/1(b) bendi kapsamında sigortalı olurlar¹⁰.

⁸ Aksi görüşte, bu hükmün 1219 sayılı Kanuna aykırı olmadığı yönünde bkz. TBMM Tutanak Hizmetleri Başkanlığı, Sağlık Komisyonu, 5.2.2015 tarihli Komisyon Tutanağı, 35.

⁹ İnceman, 1979-1980.

¹⁰ İnceman, 1980.

Uygulamada iş sözleşmesi ile çalışan hekimlerin ücretinin bir kısmı bu sözleşmeye dayalı olarak ödenmekte, bir kısmı da aynı hekimlerden hizmet alımı yapılmış gibi gösterilerek fatura ya da serbest meslek makbuzu karşılığında yapılmaktadır¹¹. 5510 sayılı Kanununun ek 10. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ile bu karma durum yasal hale getirilmiş olup, iş sözleşmesi ile çalışan hekimden fatura karşılığı hizmet alımı yapılabileceği düzenlenmektedir¹².

3. İŞÇİ HEKİMLERİN MD.4/1(B) SİGORTALILIĞI

2015 tarihinde 5510 sayılı Kanuna ek 10. madde ile getirilen düzenleme özel sağlık hizmeti sunucularında çalışan hekimlere ilişkin genel sistematiği farklılaştırmaktadır. Zira bu madde ile yeni bir md. 4/1(b)'li grup yaratılmaktadır.

Ek 10. maddenin 2. fıkrasında kurumla sözleşmesi olan özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin sigortalılık durumu düzenlenmektedir. Ancak söz konusu hüküm ile şirket ortağı olan veya serbest olarak mesleğini icra eden hekimlerin md. 4/1(b)'li oluşları -bir diğer ifadeyle- malumun ilanı düzenlenmemektedir. Esasında madde lafzında da yer aldığı üzere "sözleşme" ile çalışan hekimlerin aynı zamanda şirket ortağı olmaları halinde md. 4/1(b)'li olacakları düzenlenmektedir. Buradaki "sözleşme" ifadesi, hizmet alım sözleşmesini değil "iş sözleşmesi"ni ifade etmektedir. Bu durum, fıkranın son cümlesinde yer alan "md. 4/1(a)'lı çalışılan süreler" ifadesi ile de desteklenmektedir¹³.

Söz konusu düzenleme pek çok açıdan sakınca barındırmaktadır. Öncelikle sigortalılığın zorunluluğu ilkesine aykırıdır. Burada en temel sorun bir iş ilişkisinden doğan sigortalılığın sözleşme ile taraf iradesine bırakılmış olmasıdır. Sosyal sigortalar özel sigortalardan farklı olarak zorunluluk esasına tabi olduğundan sigortalı olma hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemez¹⁴. Sigortalılık hem bir hak hem bir yükümlülüktür¹⁵. Kişiler Kanununun sigortalı sayılmak için belirlediği duruma dahil olmakla kendiliğinden ve yasa gereği sigortalı olurlar¹⁶. Bu nedenle sigortalının olumlu ya da olumsuz bir irade

¹¹ Örneğin, Yargıtay 9 HD, 3605/14534, 16.6.2016. Antalya BAM 9 HD, 888/2000, 22.9.2020.

¹² Karabacak, 514.

¹³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 110. İnceman, 1981. Aynı sonuca ulaşan Alpagut, 30.

¹⁴ Aslanköylü, 135. Alper, 90. Arıcı, 269. Kılınç, 112. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 153. Uşan, 69. Ermumcu, 1384. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 152

¹⁵ Sümer, 16. Güzel/Okur/Caniklioğlu 153. Alper, 90. Arıcı, 269. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 152. Ermumcu, 1385. Yargıtay HGK, 10-737/26, 02.02.2005

¹⁶ Çenberci, 155. Tunçomağ, 165. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 154. Sözer, 15. Arıcı, 269. Sümer, 16. Başbuğ, 23. Korkusuz/Uğur, 79. Ermumcu, 1384. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 152. Şakar, 94.

açıklamasına ya da idari bir işleme ihtiyaç duyulmamaktadır¹⁷. Sigortalılığı gerçekleştiren olay doğduğu anda sigortalılık statüsü de doğmaktadır¹⁸.

Yargıtay kararlarında da ifade bulunduğu üzere kişilerin ve SGK'nın bu hukuksal statünün oluşumundaki rolü yenilik doğurucu ve iradi olmayıp, kanun gereği kendiliğinden oluşan statüyü belirlemekle sınırlıdır¹⁹. O halde ek 10. madde ile getirilen " tarafların sözleşme ile statü belirlemesi yapması" sosyal güvenlik hukukunun en temel ilkeleri karşısında imkânsızdır. İlgili hüküm, bir özel sağlık kuruluşunda çalışan hekimin sigortasını kendisinin sağlaması anlamına gelir, -ki bu durum hem sigortalılığın zorunluluğu ilkesine hem de bağımlı çalışanların sosyal sigortasına işverenin de katılması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır²⁰. Yukarıda da izah edildiği gibi mezkûr düzenleme ile sosyal güvenlik hakkının özüne etki edecek şekilde sigortalılığın niteliğinin sözleşme ile düzenlenmesi kabul edilmekte olup, aynı çalışma koşullarına sahip bazı hekimler md. 4/1(a)'lı bazı hekimler md. 4/1(b)'li olabilir. Bu durum da eşitlik ilkesine aykırı olacaktır²¹.

Belirtildiği üzere düzenlemenin Anayasaya ve sosyal güvenlik hukukunun temellerine aykırı olan bir diğer sorunu ise eşitlik ilkesine aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. SGK ile sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından hizmet alınan hekimlerle SGK ile sözleşmesi olmayan özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından hizmet alınan hekimlerin benzer durumda olmadığı söylenemez. Yine esasında iş sözleşmesi ile çalışan ama şirket ortağı olan hekimler ile şirket ortağı olmama yönünde iradesini ortaya koymuş iş sözleşmesi ile çalışan hekimlerin sosyal güvenlik hakkı bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları açıktır. Mevzubahis hekimlerden bir kısmının ücreti SGK tarafından karşılanacak bir kısmının ise karşılanmayacaktır. Yine iş sözleşmesi ile çalışan hekimlerden bir kısmı md. 4/1(a)'lı çalışacak bir kısmı ise sosyal güvenlik bakımından daha az avantajlı konumda diyebileceğimiz md. 4/1(b)'li olarak çalışacaktır. Bu farklı muamelenin ise hiçbir objektif ve makul gerekçesi olmayıp, kamu yararı gibi daha üstün bir menfaate de dayanmamaktadır. Ayrıca bu muamele eşitsizlik doğurduğu sonuçlar bakımından ölçülü de değildir.

İzah edilen gerekçelerle 5510 sayılı Kanunun ek 10. maddesi sigortalılığın zorunluluğu ilkesine, eşitlik ilkesine açık aykırılık nedeniyle Anayasanın 10., 48. maddeleriyle sosyal güvenlik hakkına aykırı görülmektedir²².

5510 sayılı Kanunun ek 10. maddesinin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan 3/7/2015 tarihli ve 2015/19 sayılı Genelge ile 2013/11 sayılı Ge-

¹⁷ Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 153. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 154. Uşan, 69. Ermumcu, 1386

¹⁸ Uşan, 69. Ermumcu, 1401

¹⁹ Yargıtay 10. HD., 5321/7553, 16.10.2019. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 154. Arıcı, 272.

²⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 110. Aynı yönde Karabacak, 520. Kılınç, 116.

²¹ Kılınç, 116.

²² İnceman, 1981.

nelgeye eklenen 1.19. madde hakkında iptal davası açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi²³ ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu²⁴ nihai olarak Genelge hükümlerini iptal etmese de buradaki gerekçe “Genelgenin hukuka aykırılığı ile ilgili, üst hukuk normuna da uygun olarak yapılan düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır” şeklindedir. Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun Ek 10. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinin Anayasa aykırılığı nedeniyle iptali amacıyla itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği hususunda hem 10. Daire’de hem İdari Dava Daireleri Kurulu’nda iki üye oy kullanmıştır. Fakat Anayasa’ya aykırılık iddiası oyçokluğu ile ciddi görülmemiştir. Ayrışık oy kullanan üyeler Anayasa’ya aykırılık iddialarını mezkur hükmün “*özel hastane sahiplerine diğer işverenlere göre ayrıcalıklar tanıyarak bunları işçilerin sigortalılıklarına yönelik sigorta primleri, kadem tazminatı, ihbar tazminatı gibi bir çok sorumluluktan kurtardığı, çalışanların işçilik hakkı ve sosyal güvenlik hakları bakımından önemli hak kayıplarına uğratıldığı, ayrıca kişilerin sigortalılık statülerinin sözleşmede yer alan ifadelerden ziyade çalışma ilişkisine göre (işverene bağımlı olarak iş görme gibi) belirlenmesi gerektiği, maddenin kamu yararı amacı değil kişi/kurum yararı amacı güttüğü, hukuk devleti ilkesinin bir göstergesi olan ‘yasaların genelliği’ ilkesinin, özel, aktüel ve geçici bir durumu gözetmeyen, belli bir kişiyi hedef almayan, aynı statüde olan herkesi kapsayan kuralların getirilmesini zorunlu kıldığı*” gerekçelerine dayandırmışlardır. Kanaatimizce kararlar Genelgenin Kanunun ek 10. maddesine uygunluğu yönünden incelendiğinde isabetlidir, ancak gerek ek 10. madde gerekse de Genelge 1.19 hükmü Anayasa’ya ve sosyal güvenlik hukukunun temel yapısına aykırıdır²⁵.

Bu konuya ilişkin, 14.11.2011 yılında Anestezi ve Reanimasyon Uzmanı olarak tıp merkezinde işçi olarak çalışan hekimin 16.12.2015 tarihinde md.4/1(a) bendi kapsamındaki sigortalılığının sona erdirildiği bir olayda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi²⁶, “*Davacının 5510 sayılı yasanın 4/1-a maddesi kapsamındaki sigortalılığının, aynı yasanın 4/1-b maddesine dönüştürülmesinin taraflar arasındaki iş ilişkisini etkilemediği, iş sözleşmesinin taraflar arasında devam ettiği, bu durumun sözleşmede aksine bir hüküm bulunmaması halinde yasal zorunluluktan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, işverenin davacının 5510 sayılı yasanın 4/1-b maddesine ilişkin evraklarını getirmesini şart olarak koşmasının mümkün bulunmadığı, ...Davalı işverenliğin, davacının iş sözleşmesini haklı ve geçerli bir sebep olmaksızın feshettiğinin kabulü gerekir.*” ifadeleri ile hüküm tesis etmiştir.

Bir özel sağlık hizmeti sunucusunda yan yana aynı işi yapan iş sözleşmesiyle bordrolu çalışan hekim ile şirket ortağı olup bünyesinde çalışan hekim arasında emir ve talimat alma/ gözetim ve denetim altında iş görme bakımın-

²³ Danıştay 10 D, 7020/8580, 22.11.2019.

²⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2028/565, 22.3.2021.

²⁵ Kılınç, 114.

²⁶ İstanbul BAM 32 HD, 3418 /948, 25.4.2019.

dan herhangi bir fark bulunmamaktadır. Hekimler, teşhis ve tedavi yöntemi bakımından yani işin yürütümü konusunda bağımsızdır, işverenin bu konuda emir ve talimat vermiyor olması bütün hekimleri doğrudan bağımsız çalışan haline getirmemektedir²⁷. Zira çalışma saatleri, ücretin ödenme koşulları ve şekli, hekimler arası iş bölümü, hekimlerin hangi ekiple çalışacağı, kullanılacak araçlar ve kime ait oldukları, işin nerede ifa edileceği yani muayene yapılan yer gibi konularda işveren talimatları ile bağlıdır²⁸. Hekim kendisine ait bir organizasyonda ve sermaye koyarak çalışıyor değildir. Kaldı ki, işçinin kendi alet ve malzemelerini temin etmesi dahi işçilik statüsünü engellemeyecektir²⁹. Ayrıca özel sağlık hizmeti sunucusunda çalışan hemşireler ve diğer sağlık personelinin işe alınması, işten çıkarılması, çalışma koşulları ve özlük hakları konusunda hekimin herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır³⁰. Sunulan sağlık hizmetinden elde edilen gelirin tümünün işverene ait olması ve hekime belirli miktarda ücret verilmesi de bağımlılık ilişkisine örnektir³¹. Öyle ki hekimler bu ücret dışında konsültasyonlardan da ek ücret talep edememektedir³². Uygulamada şirketlerle özel sağlık hizmeti sunucuları arasında bağitlanan sözleşmeler incelendiğinde; şirket doktorlarının özel sağlık hizmeti sunucusu tarafından her zaman icap nöbetine çağırılabilceği, hekimlerin bu çağrıya uymak zorunda olduğu, tetkik, tahlil, konsültasyon ve ameliyatların tamamının sözleşmenin tarafı olan sağlık hizmeti sunucusunda yapılması zorunluluğu, aksi halde sözleşmenin haklı nedenle feshi, tüm faaliyetlerde başhekimine bağılı hizmet sunulacağı, izin almak istediğinde belli bir süre önceden başhekimden onay alarak izne ayrılabilceği, özel sağlık hizmeti sunucusundaki tüm tanıtım ve eğitimlere katılmak zorunda olup, ek ücret isteyemeyeceği, özel sağlık hizmeti sunucusunun görevlendirdiği ülke içinde ya da dışında diğcr sunucularda hizmet vermeyi kabul ettiği ve itiraz edemeyeceği, şirket ortağı hekimin, sağlık hizmet sunucusu ile afilyasyon ilişkisi olan ya da olmayan üniversitelerin akademik kadrosuna atanması durumunda, tüm görevlerini ifa edip, belli indekslerde taranan dergilerde yılda belli sayıda makale yayınlayacağı, ders vereceği, dönem bitmeden akademik görevinden ayrılmayacağı, gibi bağımsız bir sözleşme olma özelliklerinin çok ötesinde hükümler içerdiği görülmektedir. Belirtilmesi gereken bir diğcr husus da hastaların esasında doğrudan hekime başvurmayıp, hastaneye başvuruyor olmasıdır. Dolayısıyla hastalarla hekim arasında değil, hastane arasında bir sözleşme kurulmuş olmakta ve hastalar aldıkları hizmetin bedelini de hastaneye ödemektedirler³³. Bu başlıklar özel sağlık hizmeti sunucusuna,

²⁷ Kılınç, 109. Alpagut, 27. Alman hukukunda da aynı yönde kararlar olduğuna ilişkin bkz. Değer, 139.

²⁸ Alpagut, 27. Kılınç, 109. İnceman, 1979-1980. TTB Özel Hekimlik Kolu, 149.

²⁹ Alpagut, 27.

³⁰ Alpagut, 27. İnceman, 1979-1980. TTB Özel Hekimlik Kolu, 149.

³¹ İnceman, 1979-1980. TTB Özel Hekimlik Kolu, 149.

³² TTB Özel Hekimlik Kolu, 153.

³³ İnce (n 3)

adına işveren demese de işveren gibi davranan, bağımlılık kavramının içini dolduracak şekilde emir ve talimatlar verebilen, denetim ve gözetim yükümlülüğüne sahip bir konum bahsetmektedir.

Nitekim Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de 5510 sayılı Kanunun ek 10. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonraki tarihli bir kararında konuyu benzer açıdan incelemiştir³⁴. Karara konu olayda bir özel hastanede estetik ve plastik cerrah olarak çalışan hekimin şirketi ile hastane arasında hak edişli hekim sözleşmesi imzalandığı, hastanede hasta görülmesi karşılığı serbest meslek makbuzu keserek tahsilat yapıldığı iddiası karşısında hekimin esasında iş sözleşmesi ile çalıştığı iddiası ve hizmet tespiti talebi bulunmaktadır. Kararda "Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının uyuşmazlık konusu dönemdeki çalışmasının 5510 sayılı yasanın 4/a maddesi kapsamında işçi işveren ilişkisi içerisinde mi yoksa 4/b maddesi kapsamında kendi nam ve hesabına bağımsız çalışma mı, olduğuna ilişkindir. Bu nitelemenin yapılabilmesi için hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesinin de tartışılması gerekir" ifadeleri ile eser ve hizmet sözleşmesinin unsurları genel olarak izah edildikten sonra "Somut olayda davacının davalı şirkete ait hastanede hekim olarak çalıştığı sabit olup, tanık beyanlarından davacının hastane yönetimine belirlenen mesai saatlerinde çalıştığı, yine hastanenin araç, gereç ve malzemesini kullandığı, verilen sağlık hizmeti bedelinin hastane yönetimine belirlendiği, yani davacının çalışmasının işverenin belirlediği organizasyon dahilinde ve işverenin emir ve talimatı altında ona bağımlı olarak gerçekleştiği belirgin olup, davacı ve davalı arasında işçi işveren ilişkisi bulunduğu, dolayısıyla çalışmanın kapsamının 5510 sayılı yasanın 4/a maddesi kapsamında bulunduğu" hükme bağlanmıştır. Aynı yönde bir başka kararda ise bir özel hastanede ortopedi ve travmatoloji uzmanı olarak çalışan hekimin, ek 10. maddenin yürürlüğünden sonra md. 4/1(b) kapsamında sigortalı sayılması için sözleşmesinin revize edilmek istendiği, hekimin de bunu kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli neden iddiasıyla feshedildiği bir olayda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, iş mahkemesinin görevli olmadığı yönündeki iddiayı haksız bulmuş ve iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermiştir³⁵.

4. EK 10. MADDENİN HEKİMLERİN SOSYAL GÜVENLİK HAKLARINDA YARATACAĞI SONUÇLAR

Hekimlerin iş sözleşmesi ile çalıştıkları halde md. 4/1(b) bendi kapsamında sigortalı olarak bildirilmeleri halinde sosyal güvenlik hakları bakımından birtakım sonuçlar doğmaktadır.

³⁴ Yargıtay 10.HD, 6162/12754, 22.10.2021.

³⁵ İstanbul BAM 24. HD., 3370/1568, 12.7.2018.

İlk olarak, md. 4/1(b) bendi kapsamındaki hekimler hastalık sigortası kapsamına giren hastalık halinde geçici iş göremezlik ödeneği alamayacaklardır³⁶. Analık sigortası hükümleri ise mesleğini serbest olarak icra eden hekimler için uygulanacak olsa da şirket ortağı olan hekimler hakkında uygulanmayacaktır³⁷. O halde şirket ortağı olan ancak özel sağlık hizmeti sunucusunda çalışan bir kadın hekim doğum yaptığında analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği alamayacak ancak prim koşulunu sağlıyorsa emzirme ödeneği alacaktır³⁸. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından ise iş kazası, sadece 5510 sayılı Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “işyerinde bulunduğu sırada” ve “yürütmekte olduğu işi dolayısıyla” halleriyle sınırlı olarak kabul edilecek ve uğradığı iş kazasını 3 iş günü içinde SGK’ya bildirme yükümlülüğü de hekimin kendisinde olacaktır³⁹. Ayrıca geçici iş göremezlik ödeneği veya sürekli iş göremezlik gelirinden yararlanabilmesi için kendi sigortalılığından dolayı, genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur. Bunun dışında geçici iş göremezlik ödeneği alabilmeleri için ayakta tedavi görmüyor olmaları gerekir. (5510 sayılı Kanun md. 18 ve 19). Bu hekimlerin uğradığı iş kazası ve meslek hastalığından sorumluluk tesisinde özel sağlık kuruluşu 5510 sayılı Kanunun 21 ve 23. maddesi kapsamında “işveren” statüsünde değil, üçüncü kişi olarak sayılacak ve hukuki sonuçlar da buna göre doğacaktır⁴⁰. 21. maddenin 4. fıkrasına göre; iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.

Uzun vadeli sigorta kolları açısından da pek çok farklılık bulunmaktadır. Öncelikle yaşlılık sigortası bakımından md. 4/1(a) bendi kapsamında sigortalı olan hekimler için prim gün sayısı olarak 7200 gün gerekirken, md. 4/1(b) bendi kapsamında sigortalı sayılan hekimler için 9000 gün prim ödeme gün sayısı aranmaktadır⁴¹.

Md. 4/1(a) bendi kapsamında sigortalı olan hekimler toplamda %37,5 prim ödemek zorunda olup bunun %22,5’ini işveren ödemektedir. Md. 4/1(b) bendi kapsamında sigortalı olan hekimler ise toplamda %34,5 olan prim ora-

³⁶ Alpagut, 28. Bilgili, 44. Alper, 242. Sözer, 247. Mutlay, 303. Sümer, 185. Başbuğ, 160. Şakar, 226. Uşan, 191. ,Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 431

³⁷ Sözer, 261. Bilgili, 44. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 446. Uşan, 192. Bu ayrımın eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde Mutlay, 320.

³⁸ Şakar, 231. Bilgili, 44. Alpagut, 28. Alper, 243. Sümer, 193. Başbuğ, 167. Sözer, 262.

³⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 396. Sözer, 370-372. Alper, 226. Şakar, 198. Sümer, 167. Başbuğ, 137. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 389.

⁴⁰ Bilgili, 48.

⁴¹ Alpagut, 28. Alper, 282. Şakar, 248 vd. Arıcı, 366. Sümer, 213. Başbuğ, 227. Sözer, 407 vd. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 493. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 532.

nının tamamını kendileri ödemek zorundadır. 2024 yılı için md. 4/1(b) bendi kapsamında ödenebilecek en düşük aylık prim tutarı 6.900,86 TL'dir.

Fiili hizmet süresi zammı bakımından da md. 4/1(a) ve 4/1(b) bendi kapsamında sigortalı olan hekimler arasında farklılık bulunmaktadır. Örneğin, 5510 sayılı Kanununun 40. maddesi uyarınca radyasyona muhatap işlerde çalışan md. 4/1(a) bendi kapsamındaki sigortalılara, her 360 gün için 90 gün fiili hizmet süresi zammı olarak eklenirken, md. 4/1(b) bendi kapsamındaki sigortalıların böyle bir hakkı bulunmamaktadır⁴². Yine 40. madde uyarınca insan sağlığına ilişkin işlerde 1219 sayılı Kanun, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun kapsamında sağlık meslek mensubu sayılan ve insan sağlığı için koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde md.4/1(a) ve (c) bentleri kapsamında çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayılarına, bu işyerlerinde ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için 60 gün fiili hizmet süresi zammı olarak eklenir. Ancak bu hak, 1219 sayılı Kanun kapsamına girse de md.4/1(b) bendi kapsamında sigortalı olan hekimler için geçerli değildir.

Malullük sigortasından sağlanan yardımlardan faydalanmak bakımından md. 4/1(b) bendi kapsamındaki sigortalıların kendi sigortalılığından dolayı, genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur⁴³.

Md. 4/1(a) bendi kapsamındaki hekimler işsizlik sigortasına tabi olacakken, md. 4/1(b) bendi kapsamındaki hekimler işsizlik sigortasına tabi olmayacak ve işsizlik ödeneği alamayacaklardır⁴⁴. Bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla henüz esnaf ahilik sandığı da yürürlüğe girmediği ve tüm şirket ortaklarının bu sandığa tabi olup olmadıkları konusunda tereddütler olduğu için konu tartışma dışı bırakılmaktadır.

Emekli olup çalışan hekimlerin durumu da md.4/1(b) bendi kapsamında çalışanların sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle aylıklarını almaya cevaz verilmediği⁴⁵ için md.4/1(a) bendi kapsamında çalışan hekimlerle aynı statüde olmalarına rağmen farklılık arz edecektir.

Öğretide bir görüşe göre; esasında iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte özel sağlık kuruluşunun md. 4/1(b) bendi kapsamında sigortalı olarak bildirdiği hekimler yönünden bu hal, hizmet tespiti davası açılmak suretiyle çözülebilecektir⁴⁶. Ayrıca bu durumda md. 4/1(b) bendi kapsamında ödenen primle-

⁴² Bilgili, 45. Md. 4/1(b) bendi kapsamında olan herkes bakımından düzenlemenin eleştirisi için bkz. Alper, 181.

⁴³ Mutlay, 374. Başbuğ, 211. Sözer, 293. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 463. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 497.

⁴⁴ Alpagut, 29. Bilgili, 43. Alper, 375. Şakar, 284. Sümer, 298. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 648. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 749.

⁴⁵ Savaş Kutsal, 194. Sözer, 432.

⁴⁶ Kılınç, 118.

rin de 5510 sayılı Kanununun 89. maddesi uyarınca yersiz ödeme olacağından yasal faizi ile birlikte iadesi gerekecektir⁴⁷.

Son olarak bu başlık altında belirtilecek bir husus da sigortalılık hallerinin çakışması durumudur. 5510 sayılı Kanununun 53. maddesine göre sigortalının aynı anda hem bir iş sözleşmesine göre hem de bağımsız olarak çalışması halinde md. 4/1(a) bendi kapsamındaki sigortalılık esas alınır. Örneğin kendi muayenehanesi olan ve serbest çalışan bir hekim aynı zamanda bir özel hastanede kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığında md. 4/1(a) bendine göre sigortalı sayılacaktır. Md. 4/1(a) bendi kapsamındaki çalışmanın baskın olup olmadığına bakılmayacaktır. Haftada bir günü iş sözleşmesiyle, diğer günlerde bağımsız olarak çalışsa dahi bu sigortalı md. 4/1(a) bendine göre sigortalı olacaktır. Kanun koyucu bu olasılıkta md. 4/1(a) bendine göre sigortalılığa üstünlük tanımış bulunmaktadır⁴⁸. Kanuna göre, hem md. 4/1(a) hem de md. 4/1(b) bendine göre çalışıp da 53. madde uyarınca md. 4/1 (a) bendine göre sigortalı sayılanlar, yazılı talepte bulunmak kaydıyla, talep tarihinden itibaren md. 4/1(b) kapsamında da prim ödeyebilirler ve bu primler iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar yönünden, md. 4/1(b) bendi kapsamında, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlar yönünden ise md. 4/1(a) bendi kapsamında değerlendirilir⁴⁹. Bu düzenleme ile ek 10. maddenin çelişki içinde olduğu açıktır.

⁴⁷ Kılınç, 119,

⁴⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 147. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 333. Şakar, 123. Başbuğ, 49.

⁴⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 148. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 333.