

SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU

KANUN NUMARASI

: 5510

KABUL TARİHİ

: 31/5/2006

YAYIMLANDIĞI RESMÎ GAZETE

: TARİH: 16/6/2006 SAYI: 26200

YAYIMLANDIĞI DÜSTUR

: TERTİP: 5 CİLT: 45



MADDE 23

HALİL ÖZDEMİR

Süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk

MADDE 23- (1) Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir.

(3) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olduğu halde, 8 inci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen süre içerisinde bildirimde bulunmayanlara, bildirimde bulunulmayan sürede meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenmez.¹

İLGİLİ MEVZUAT: 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu, 5604 sayılı Mali Tatil İhdas Edil-

¹ 17/4/2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanununun 65 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan “dördüncü fıkrasında” ibaresi “üçüncü fıkrasında”, “hastalık ve analık” ibaresi “analık” şeklinde değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

mesi Hakkında Kanun, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği RG. 12.05.2010 Sayı: 27579

KAYNAKÇA

Aslanköylü, Resul. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi Ankara 2015

Aslanköylü, Resul. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2010

Çenberci, Mustafa. Sosyal Sigortalar Şerhi, Ankara 1977

Civan, O. Ersun, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk, AÜHFD 2015/4

Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu, Nurşen. Sosyal Güvenlik Hukuku İst. 2014

Ozanoğlu, Teoman. Sosyal Sigortalar Kurumunun Kaçak İşçi Çalıştıran İşverenlere Rücu Meselesi, ÇEİS, Temmuz 1994

Özdemir, Halil. Bildirimsiz Çalıştırılan Sigortalının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin 23. Maddeye Göre Sorumluluğu. Yargıtay Dergisi, Temmuz 2020

Alp, N. Seyhun, Rücu Davaları. Ankara 2018

Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer. Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. İst. 2017

ANLATIM PLANI

I- 23. MADDENİN YÖNELDİĞİ AMAÇ

II- 23. MADDEYE GÖRE İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

A. SÜRESİNDE KURUMA BİLDİRİMDE BULUNMAMA

B. İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞININ MEYDANA GELMESİ

C. KUSURUN ARANMAMASI

III. 23. MADDEDEKİ RÜCU SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

IV. YARGITAY UYGULAMASINA GÖRE 23. MADDE KAPSAMINDA

İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

AÇIKLAMALAR

I- 23. MADDENİN YÖNELDİĞİ AMAÇ

1. 23. maddede başlıca üç husus düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, Kurumun kayıt dışı çalıştırılan ve sosyal sigorta olayına uğramış sigortalıya o olayın gerektirdiği sigorta yardımlarını yapmakla ödevli bulunduğuna ilişkindir. İkincisi, Kurumun yapmış olduğu yardımları işverene ödettirme yetkisiyle ilgilidir. Başka bir anlatımla madde, çalıştırılan sigortalıların kendisine bildirilmemeleri durumunda Kurumun ne gibi ödevleri yerine getirmekle yükümlü bulunduğunu, buna karşılık sahip olduğu hakları düzenlenmektedir. Üçüncüsü ise kendi adına ve hesabına çalışanlarla (4/1-b sigortalıları) ilgilidir ve ilk defa 5510 sayılı Kanunla bu sigortalılara tanınan iş kazası ve meslek hastalığı kapsamında süresinde bildirimde bulunmamanın yaptırımını düzenlenmiştir.²

2. 23. maddenin 506 sayılı Kanundaki karşılığı 10. maddesinin gerekçesi şöyledir: “Sigortalı çalıştırıldığının zamanında Kuruma bildirilmemesi halinde, sonradan verilen beyanname veya keyfiyetin Kurumca tespiti tarihine kadar olan süre zarfında vukua gelen mesleki ve sosyal risklerin Kurumca tazmin edileceği ve yapılan yardımlar tutarı ile gelir bağlandığı takdirde bu gelirlerin sermaye tutarının, sigortalı çalıştırıldığının Kuruma bildirilmemesi halinin müeyyidesini teşkil etmek üzere, işverenden tahsili esası kabul edilmiş ve madde bu hususu sağlayacak şekilde kaleme alınmıştır.”³

3. Maddenin gerekçesine göre kanuni düzenlemenin amacı, kayıt dışı çalışan sigortalıların mesleki ve sosyal risklere maruz kalmaları halinde de Kurumca yardımların sağlanması ve çalışanların Kuruma bildirilmemesinin müeyyideye bağlanmasıdır. 5510 sayılı Kanun 21. maddede, mesleki ve sosyal risklere maruz kalan çalışanlar nedeniyle işverenin sorumluluğu düzenlenmişken 23. madde de tekrar sorumlu tutulmasının amacı, işverenlerce kaçak sigortalı çalıştırılmasını önlemek, işveren üzerinde caydırıcı bir etki yapmasını sağlamaktır. Kanun koyucu, kayıt dışı çalışanların tespit edildiği takdirde kapsama alınmasını amaçlamakta ancak kayıt dışı istihdam eden işverenleri de cezalandırmaktadır. Amaç kayıt dışı istihdamın önlenmesidir.

4. Aslanköylü, 10. maddeden doğan rücu hakkının “medeni ceza niteliği taşıyan bağımsız rücu hakkı” olduğu görüşündedir.⁴ Ozanoğlu'nun görüşüne göre ise, “10. maddede, kaçak çalıştırma, sigortalattırmama eylemi nedeniyle sigorta olayının oluşmasında kusuru olmasa da Kurumu, yasal yardım yükümlülüğü ile karşı karşıya bıraktığı için işveren, Kurumun giderini karşılamakla yükümlü tutulmaktadır. Böyle bir sonuç ve ilişkide ne klasik ne de temelinde rücu hakkı

² Özdemir, Bildirimsiz Çalıştırılan Sigortalının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin 23. Maddeye Göre Sorumluluğu, S. 800

³ Çenberci, s. 173

⁴ Aslanköylü, Resul. SSGSS Kanunu Şerhi, Ankara 2010, sh. 732

*bulunan türden yasal bir halefiyet söz konusu değildir.*⁵ Öğretideki yazarların çoğuna göre de 23. madde (SSK m. 10) kapsamında işverenin sorumluluğu halefiyet esasına dayanmamaktadır.⁶

II- 23. MADDEYE GÖRE İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

A. SÜRESİNDE KURUMA BİLDİRİMDE BULUNMAMA

5. 5510 sayılı Kanununun 8. maddesi, çalıştırılmaya başlatılan sigortalıların işe giriş bildirgesini verme yükümünü işverenlere ve sigortalılara vermiştir. 12. maddeye göre, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverendir.” Sigortalıyı çalıştıran işvereni olduğuna göre doğal olarak Kuruma bildirmesi de gerekmektedir. İşveren bir tüzel kişi ise bildirim yetkili organı veya temsilcisi ile yapacaktır.

6. 5510 sayılı Kanununun 8. maddesinde (506 sayılı Kanun Ek m. 40) ayrıca sigortalıların kendilerine de çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak, sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez denilerek bildirim yapılmamasına herhangi bir müeyyide öngörülmemiştir. Sigortalı kendisini bildirmese bile hakkında idari para cezası uygulanmaz. İşini kaybetme riski bulunan işçinin kendi çalışmasını Kuruma bildirmemesi aleyhine sonuç doğurmaz, işverenin bildirim yükümlülüğünü de ortadan kaldırmaz. Çalışanın kendisini bildirmedigi iddiası ile fiili olan çalışma yok sayılamaz.

7. İşverenlerin 23. madde kapsamında sorumlu tutulabilmesi için sigortalıların süresinde Kuruma bildirilmemiş olması ve bildirimden önce iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi gerekir. Bu nedenle öncelikle sigortalıların hangi sürede Kuruma bildirilmesi gerektiği üzerinde durulması gerekmektedir.

8. 5510 sayılı Kanununun 7/1-a maddesine göre 4/1-a maddesi kapsamında hizmet akdi kapsamında çalışanların sigorta hak ve yükümlülükleri, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren başlar. 8. maddeye göre (506 sayılı Kanun m. 9) işverenler çalıştırdığı kimseleri, kural olarak sigortalılık başlangıç tarihinden önce (çalışmaya başlatmadan önce), sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür.⁷ 506 sayılı Kanununun 9. maddesinin 4447 sayılı Kanunla değişiklik öncesi, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalıları en geç bir ay içinde Kuruma bildirmeleri gerekiyordu. 4447 sayılı Kanun 08.09.1999

⁵ Bkz, Ozanoğlu, s. 11

⁶ Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 492; Tuncay/Ekmekçi, s 433; Alp, s. 106; Civan, s,23; Aslanköylü, s. 729; Ozanoğlu, s. 11

⁷ Sigortalılar, Kuruma verilen ilk veya tekrar sigortalı işe giriş bildirelerine göre Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaraları ile bilgisayar ortamında tutulan tescil kütüğüne kayıt edilir (SSİY m.16).

tarihinde yürürlüğe girmiş ise de 506 sayılı Kanunun geçici 86. maddesinde, “8.9.1999 ile 31.12.1999 (dahil) tarihleri arasında işe alınan sigortalılar için en geç bir ay içinde Kuruma verilen veya iadeli taahhütlü olarak gönderilen iş yeri bildirgesi ile işe giriş bildireleri de süresi içinde verilmiş sayılır” denildiğinden değişiklik 01.01.2000 tarihi sonrası için uygulanmaktadır.

9. Sigortalıların işe giriş bildirgesi kural olarak sigortalılık başlangıç tarihinden önce verilmesi kural ise de bu kuralın istisnaları da vardır ve 8. maddede ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği 11. maddede sayılmıştır. 8. maddeye göre işveren tarafından işe giriş bildirgesi;

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

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

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

İşe giriş bildirgesi verme süresi kural olarak	
01.01.2000 öncesi	Bir ay
01.01.2000 sonrası	İşe başlatmadan önce

10. 5604 Sayılı Mali Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanunun 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Tebliğin 4. maddesinde yapılan açıklamada, 506 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi gereğince, işverenlerce işyerlerinde çalıştırılacak sigortalılara ait sigortalı işe giriş bildirgesinin yasal olarak verilmesi gereken sürenin son gününün mali tatile rastlaması halinde, belgenin verilme süresi, mali tatilin son gününü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzayacaktır denilmiştir. 5604 sayılı Mali Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanunun 1. maddesine göre, “Her yıl temmuz ayının birinden yirmisine kadar (yirmisi dahil) malî tatil uygulanır. Haziran ayının son gününün tatil günü olması halinde, malî tatil, temmuz ayının ilk iş gününü takip eden günden başlar. Son günü malî tatile rastlayan aşağıda belirtilen süreler, tatilin son gününü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır”

11. 5510 sayılı Kanunun 8. maddesinde işe giriş bildirgesinin nasıl verileceği düzenlenmemiş ancak maddenin son fıkrasında, “sigortalı işe giriş bildirgesinin şekli ve içeriği, bildirgenin verilme yöntemleri ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenle-

nir” denilerek düzenlemeyi yönetmeliğe bırakmıştır. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği 11. maddede ise işverenlerin sigortalıları internet ortamında Kuruma e-sigorta yoluyla bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. SSİY m. 15’de “*Sigortalı işe giriş bildirgesi dışında, başka biçimlerde yapılan bildirimler geçerli sayılmaz*” denilmiştir. Bizce kanunun amacı, çalışanların yeterli kimlik bilgileri ile Kuruma bildirilmesi ve Kurumun tescil etmesidir. Eğer örneği Kurumca hazırlanan giriş bildirgesindeki bilgiler işveren tarafından Kuruma ulaştırılması ve Kurumun kayıt için yeterli bilgiye ulaşması halinde 23. madde sorumluluğundan bahsedilemez. Zira işverenin amacı, çalışanını Kuruma bildirmek olduğundan kayıt dışı işçi çalıştırdığından da bahsedilemez.

12. İşe giriş bildirgesinin süresinde verildiği Kurum kayıtları ile belirlenir. Aksinin ispatı işverene düşmektedir. Kanunda sigortalılık başlangıç tarihinden önce (çalışmaya başlatmadan önce), sigortalı işe giriş bildirgesinin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Sigortalılık işçinin çalışmaya başladığı tarihten itibaren başladığı için normalde çalışılan tarihten bir gün önce girişinin yapılması gerekir. Ancak işçinin fiilen çalışmaya başlaması saat olarak ispatlanabiliyorsa giriş bildirgesi, işe başlamadan önce olmak kaydıyla aynı gün de verilebilir. Çünkü kanunda başlangıç tarihinden bir gün önce tabirine yer verilmemiştir. Öğleden sonra işe başlatılan bir işçinin giriş bildirgesi öğleden önce verilebilir ve bu durumda işveren bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır. Artık e-sigorta ile giriş bildirgesi verilebildiğinden bildirim süresi çok kısılacağından sigortalı çalışmaya başlamadan hemen önce bildirge verilmesi mümkündür. Ancak bunun işverence kanıtlanması gerekir.

13. İşveren, usulüne uygun işe giriş bildirgesini verdikten sonra çalışanın sigorta primlerini ödemez ise sigortalının tescili sağlandığından artık işveren yine 23. madde kapsamında sorumlu olmaz. Çünkü işverenin prim borcu Kurumca her zaman cebren tahsil edilebilir. İşveren, işe giriş bildirgesini vermese bile çalışanın sigorta primlerini düzenli olarak ödemiş ise Yargıtay uygulamasına göre yine 23. madde sorumluluğundan kurtulur.⁸ Çünkü 23. maddeye göre sorumlu tutulmasındaki amaç, kaçak sigortalı çalıştırılmasının önlenmesidir. İşveren, çalışanın sigorta primlerini ödemiş ise amaç gerçekleşmiştir.

14. 5510 sayılı Kanununun 86/7. fıkrası; “*Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re’sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir.*” SSİY

⁸ Aslanköylü, sh. 526

m. 13'e göre de "Kamu idareleri ile 5411 sayılı Kanun kapsamındaki kuruluşlar, Kurumca sağlanacak elektronik altyapıdan yararlanmak suretiyle, Kurumca belirlenecek işlemlerde, işlem yaptığı kişilerin sigortalılık bakımından tescilli olup olmadığını kontrol etmek ve sigortasız olduğunu tespit ettiği kişileri, Kuruma bildirmekle yükümlüdürler." Yine yönetmeliğin 18. maddesinde Kurumun re'sen tescil yaptığı haller düzenlenmiştir.

15. Maddelerde belirtildiği gibi Kurum, denetim ve kontrollerinde sigortasız çalışmanın varlığının tespiti halinde her zaman re'sen tescil yapabileceği gibi kamu idareleri ile bankalar gibi kuruluşlar da sigortasız çalışmayı Kuruma bildirdiğinde yine çalışanlar re'sen tescil edilebilecektir. Tüm bu durumlarda Kurum, sigorta kapsamında çalışmanın varlığından bildirim süresinde haberdar olursa re'sen sigorta tescili yapması gerektiğinden 23. madde sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

B. İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞININ MEYDANA GELMESİ

16. İşverenlerin çalışanlarını süresinde Kuruma bildirmemesinin tek başına yaptırımları olsa da ayrıca 23. madde kapsamında da sorumlu olabilmeleri için bildirimsiz çalışan işçinin iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına yakalanması gerekmektedir. Başka bir deyişle, iş kazası ve meslek hastalığının işçinin bildirimsiz çalıştığı esnada meydana gelmiş olması gerekir. Bildirimsiz çalıştırılan işçi iş kazası veya meslek hastalığına uğramazsa hiçbir zaman 23. madde sorumluluğunun şartları gerçekleşmez.

17. Zararlandırıcı sosyal sigorta olayı, süresi geçtikten sonra verilen işe giriş bildirgesinden sonra meydana gelmesi halinde yine 23. madde unsurları oluşmaz.⁹ Örneğin sigortalı işe başlatıldıktan aylar sonra işveren tarafından işe giriş bildirgesi verilmiş ve kaza da bildirgenin verilmesinden sonra meydana gelmiş ise artık işveren sorumlu tutulamaz. İşverenin rücu alacağından sorumluluğu için, işe giriş bildirgesinin sigortalının işe başlatılmasından önce verilmemiş olması ve zararlandırıcı sigorta olayının da işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmesinden sonra meydana gelmesi gerekir. Yargıtay uygulamasına göre, işe giriş bildirgesi verme süresi içerisinde kaza gerçekleşirse işveren 23. madde kapsamında sorumlu tutulamaz.¹⁰ SSİY m. 45/6'ya göre "Sigortalının bildirilmesi gereken kanuni süre içerisinde meydana gelen iş kazalarında, Kanunun 23 üncü maddesi hükmü uygulanmaz."

⁹ Y10. HD 28.3.1975, 142-1749-Sosyal sigorta olayının Kuruma geç verilmiş olan işe giriş bildirgesinden sonra meydana gelmiş olması halinde dahi kaçak işçi çalıştırılmış sayılmaz, 9. ve 10. m. unsurları oluşmaz.

¹⁰ Y10. HD 3.3.2011 t. 2009/11773 E, 2011/2707 K. İşe giriş bildirgesi, işe başlamadan önce verilmelidir. İnşaat işinde işe başladığı gün kaza olursa 10. madde uygulanmaz. 10. maddeden asıl işveren ve alt işveren birlikte sorumludur.

C. KUSURUN ARANMAMASI

18. SSK 10. maddesinin son fıkrasında öngörülen işverenin sorumluluğu; sigorta olayından bağımsız, işverenin çalıştırdığı kişiyi Kuruma bildirme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğan ve bir yaptırım (müeyyide) niteliği taşıyan sosyal sigortalar sistemine özgü bir sorumluluktur. 23. madde sorumluluğu, 21. maddenin aksine işverenin bildirge yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı yaptırım veya medeni ceza niteliğinden bir kusursuz sorumluluk halidir. Madde metninde “21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın” ibaresi, kusursuz sorumluluğu ifade etmek için yer almıştır.¹¹

19. Çenberci'ye göre “işveren, 10. maddeye göre, kusurlu olsun ya da olmasın sorumlu tutulabilir. Zira işverenin sorumluluğunun kaynağı, SSK. m. 9'da öngörülen bildirme yükümünü yerine getirmemesidir. SSK. m. 10'a dayanan ödettirme davası, m. 26 ile 39 ve bu maddelere dayanan ödettirme davaları karşısında ayrı ve bağımsız bir niteliğe sahiptir. İşveren, sigorta olayından sorumludur lakin onun sorumlu tutulmasının nedeni bu sigorta olayı değildir. Belirgin biçimde bildirme yükümünü çiğnemesidir. Bundan ötürü, sorumluluk kaynağı değil de sorumlu bulunulan sigorta olayı göz önüne tutularak “kusursuz sorumluluk” esasına dayandığı iddiası en azından yanıltıcıdır. Demek ki 10. madde, bildirme yükümünü yerine getirmemiş işverenin sigorta olayının oluşunda kusurlu bulunup bulunmadığına bakılmaksızın uygulanan ve işvereni sorumlu tutan diğer maddelerden ayrı bir durumu düzenleyen bir hükümdür.”¹² Çenberci sorumluluğun, meydana gelen zararlandırıcı sigorta olayındaki kusur durumuna göre değil, bildirge verilmemesindeki duruma göre belirlenmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır.

20. 506 sayılı Kanununun 10. maddesindeki “26'ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın” sözcüklerinin, işe giriş bildirgesinin verilmemesi nedeniyle işverenin 140. maddeye göre müeyyidelendirildiği; iş kazasının meydana gelmesi halinde de 26. maddeye göre sorumlu tutulduğu, ayrıca sırf bildirge vermeme nedeniyle tekrar 10. maddeye göre kusursuz sorumlu tutulmasının Anayasaya aykırılık teşkil ettiği gerekçeleri ile iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesinin itirazı ret kararında,¹³ şu gerekçelere yer vermiştir: “Sosyal Sigortalar Yasası'nın 26. maddesi esas olarak çalıştırdığı kişiyi sigorta ettiren işverenin sorumluluğuna ilişkindir. Bu maddenin birinci fıkrasında, işverenin sorumluluğu; meydana gelen sigorta olayında, kasdının iş güvenliği ile ilgili kurallara aykırı davranışının ya da suç sayılır bir eyleminin bulunmasına bağlıdır. 10. maddede ise, işveren o anlamda kusurlu olsun-olmasın sorumludur. Sorumluluğunun nedeni 9. maddede öngörülmüş olan bildirme yükümünü yerine getirmemiş olmasıdır. ...”

¹¹ YHGK 15.3.1995 t. 1994/800 E, 1995/166 K.

¹² Çenberci, s. 179 vd.

¹³ AYM 20.5.1992 t. 1991/61 E, 1992/34 K.

III. 23. MADDEDEKİ RÜCU SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

21. Sorumluluğun kapsamı 5510 sayılı Kanun 23. maddeye (eski 506 sayılı Kanun m. 10) göre belirlenir. Mülga 10. madde, “*Bildirilmeyen sigortalılar için yapılacak işlem*”, 23. madde ise “*Süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk*” başlığı altında iki hususu düzenlemiştir. Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde Kuruma bildirilmemesi halinde bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde ilgililerin sigorta yardımlarının Kurumca sağlanacağı ve yapılan yardımların işverene ödettilereceği düzenlenmiştir.

22. İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortasından sağlanan haklar 5510 sayılı Kanunun 16. maddesinde ve genel sağlık sigortası bölümünde sayılmıştır. Kanunda sayılan yardımlar, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle bildirimsiz çalışan sigortalıya Kurumca yapılan ve rücu kapsamını oluşturan kalemlerdir. Rücu kapsamının belirlenmesinde Kurumun 21. maddeye göre rücu imkanının olmaması sonuca etkili değildir. Kurumun yaptığı tüm yardımlar ve bağladığı gelir 23. madde kapsamında Kurumca geri alınabilecektir.

23. 5510 sayılı Kanun 23/2. fıkrada, “*...işverene ayrıca ödettirilir*” denildiğinden Kurumun rücu alacağı muhatabı öncelikle işverenidir. Çünkü sigortalıyı bildirim yükümlülüğü işverenindir. İşveren gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Hizmet akdi kapsamında sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverenidir (m. 12/1). İş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan üçüncü kişiler aleyhine 23. maddeye dayanılarak dava açılmaz. Üçüncü kişilerin sigortalıları bildirim yükümlülüğü olmadığı gibi olayın gerçekleşmesinde kusursuz sorumlulukları da yoktur.¹⁴

24. Sosyal Güvenlik Kurumu işveren yanında işveren vekiline de zararların tazmini için başvurabilir. İşveren adına ona ait yükümlülükleri yerine getirmeyen işveren vekili, 23. madde kapsamında işveren ile birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulabilir. Ancak işveren vekilinin sigortalının bildirilmesi ile ilgili görevi bulunması gerekir. Yargıtaya göre de işveren vekili, sigortalı süresinde Kuruma bildirilmemiş ve sigortalı iş kazası geçirmiş ise, 5510 sayılı Kanunun 23’üncü maddeye göre Kurumun açtığı rücu davasında aynen işveren gibi sorumludur.

“... Bu Kanunda geçen işveren deyimi işveren vekilini de kapsar şeklinde getirilen hüküm, işveren vekilinin yükümlülüklerini göstermek amacıyla yöneliktir. Zira yasada işverenin görevleri ilgili maddelerde sayılmıştır. İşte işveren vekili de o görevleri aynen yerine getirecektir. Getirmediği takdirde işverene uygulanan yaptırımlar kendisi için de geçerli olacaktır. Örneğin 506 sayılı Kanununun 9. maddesinde “işveren çalıştırdığı sigortalıları ... en

¹⁴ Y10. HD 13.10.2011 t. 2010/4264 E, 2011/13829

geç bir ay içinde Kuruma bildirmeye mecburdur” hükmü yer almıştır. Şayet işyeri işveren vekili tarafından yönetiliyorsa maddede gösterilen “işveren” deyiminin yerine “işveren vekili” deyimini ikame olunacak ve bildirge verilmişse sonuçlarına işveren vekili katlanmak zorunda kalacaktır.”¹⁵

25. Geçici işverenin, ödünç işçisinin işe giriş bildirgesini Kuruma verme sorumluluğu bulunmasa da 23. madde kapsamında bildirimsiz çalıştırılan sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle oluşan Kurum alacağından işveren ile birlikte m. 12/2 ye göre müteselsil sorumludur. Geçici işverenin, çalıştırdığı işçisinin primlerinin ödenmesinden sorumlu olduğundan ödünç aldığı işçinin de primlerinin ödenip ödenmediğini daha doğrusu kayıt dışı çalıştırılıp çalıştırılmadığını kontrol etme yükümlülüğü vardır. Geçici işveren, işyerinde kayıt dışı işçi çalıştıramaz. Çalıştırmış ise kendi işyerinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı sonucu oluşan zararlardan sorumlu olmalıdır. Ancak geçici işverenin sorumluluğu sadece işçinin kendi yanında çalıştığı döneme ilişkindir. 506 sayılı Kanun döneminde Yargıtay tarafından m. 79/1’deki düzenleme gözetilerek geçici işveren 10. maddeden sorumlu tutulmuştur.¹⁶

26. 5510 sayılı Kanun m. 12/son hükmüne göre asıl işveren, Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur. Bildirim yükümlülüğünü ihlal eden ve işyerinde iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelen işverenin asıl işvereni de 5510 sayılı Kanun m. 23’de düzenlenen kusursuz sorumluluğun muhatabı olur. Alt işverenin bildirim yükümlülüğünü ihlal etmiş olması yeterli olup, asıl işverenin de müteselsil sorumluluğuna gitmek için ayrıca kusurlu bulunmasına gerek yoktur. Çünkü asıl işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur.

IV. YARGITAY UYGULAMASINA GÖRE 23. MADDE KAPSAMINDA İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

27. Öncelikle işverenin 23. madde kapsamında sorumluluğuna hükmedilebilmesi için Kurumun açıkça talebinin bulunması ve dava dilekçesinde 23. maddeye de dayanması gerekir. Talep bulunmazsa şartları bulunsa bile 23. madde kapsamında ayrıca hesaplama yapılamaz ve karar verilemez. 23. madde sorumluluğu, 21. madde sorumluluğunu artıran veya sorumluluğu ağırlaştıran bir madde değildir.

28. 5510 sayılı Kanun 23/2. maddede, Kurum alacağının sınırı belirlenmiştir. Buna göre “... Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri

¹⁵ Y10. HD., 21.4.2016 tarih, 2015/4029 E., 2016/6418 K./ YHGK 25.9.1996 t. 1996/370-623

¹⁶ Y10. HD 12.04.2016 t. 2015/17477 E, 2016/5452 K.

aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir.” Maddede dikkat çeken üç husus vardır:

- Kurumca iş kazası veya meslek hastalığı için yapılan masraflar ve bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tamamının tahsil edileceği,
- Kurumun alacağı tahsilinde, işverenin 21. maddedeki sorumluluk hallerinin aranmayacağı, yani kusur sorumluluğunun uygulanmayacağı,
- Kurumun yaptığı ödemelerin daha önce 21. madde kapsamında alınmış olsa bile ayrıca alınacağı.

29. Kanunda 23. maddenin sorumluluk kapsamı yukarıda belirtildiği şekilde belirlenmiş ise de Yargıtay uygulaması bundan farklıdır. İş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde sadece 23. maddenin uygulanabilir olması, işverenin hiç kusurunun bulunmadığı hallerde kusur sorumluluğunu düzenleyen 21. madde de devreye girmektedir. Başka deyişle olayda işverenin hiç kusuru bulunmasa bile Yargıtay yine de işverenin kusurunu araştırmaktadır. İşverenin de kusurlu olduğu durumlarda Kurumca sadece 23. maddeye dayalı bir ödettirme talebi bulunsa bile Yargıtayca yine 21. madde ile birlikte değerlendirme yapılarak karar verilmektedir.

30. Süresinde Kuruma bildirilmeyen sigortalının iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işverenin hiç kusuru yoksa, kusur tamamen sigortalıya veya üçüncü kişilere aitse Yargıtay uygulamasına göre işveren kusursuz sorumluluk esasına göre 23. maddeden sorumlu tutulmaktadır. Ancak Yargıtay sorumluluğu yine kusur esasından çözmemekte ve işvereni %100 kusurlu kabul edip bunun üzerinden Borçlar Kanunu 43. ve 44. (6098 sayılı TBK m. 51, 52) maddelere göre %50’den az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine karar vermektedir.

“... İşverenin, 506 sayılı Yasanın 10. maddesine dayalı tazmin sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesinde; işverenin 506 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca sorumlu tutulması gerektiğinin tespiti halinde, işverenin %100 kusurlu olduğu kabul edilerek, hesaplanacak zarar miktarından, Borçlar Kanunu’nun 43. ve 44. maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50’sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılmalıdır.”¹⁷

31. Yargıtaya göre, hakkaniyet indiriminin kapsamını belirlemek için 23. madde sorumluluğunda da yine kusur incelemesi yapılması gerekmektedir. “Hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat (tavan) miktarını önce kusur durumunu hiç gözetsiz belirlenmek ve belirlenen tazminat miktarını geçmemek üzere davalının olaydaki kusursuzluğu dikkate alınarak Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddeleri uygulanarak varılacak sonuç uyarınca rücu alacağına hükmetme gereği öngörülmüş olup; işverenin sorumluluk sınırlarının belirlenmesinde, kendisinin kusurlu olup olmaması etkili bulunmakta, işverenin kusursuz bulunduğu durumlarda, ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı olarak ortaya çıkan

¹⁷ Y10. HD 08.12.2016 t. 2016/17608-14737

*tazminat tavanından, Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri uyarınca, % 50' den aşağı olmamak üzere indirim yapılarak, işverenin sorumlu olduğu tazminat tutarının belirlenmesi gerekmektedir.*¹⁸

32. Bildirimsiz çalışan bir işçinin iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalmasında işveren kusurlu ise olaya, 5510 sayılı Kanunun hem 21/1. hem de 23. maddesi birlikte uygulanacaktır (506 sayılı Kanun m. 10 ve 26/1). Hem 21. hem de 23. maddeye dayalı olarak açılan alacak davalarında Yargıtayca hakların yarışması kuralına göre tek bir zarar hesaplanmaktadır. Yani Kurum, her iki maddeye dayanarak ayrı ayrı ödettirme isteyemeyecek, hakların yarışması söz konusu olduğu için Kurum istediği maddeye veya her ikisine birden dayanabilecektir.¹⁹ Bu durumda mahkemece, her iki maddede öngörülen şartların oluşup oluşmadığının araştırılması gerekir. Fakat Yargıtaya göre her iki madde şartlarının oluştuğunun tespiti halinde 23. maddenin Kurum lehine olması nedeniyle uygulama önceliğine sahiptir. Yani Kurumca her iki maddeye dayalı olarak alacak talebinde bulunması halinde alacak, kusur durumu da değerlendirilerek 23. maddeye göre hesaplanacaktır. Kurumca sadece 21. maddeye dayalı olarak alacak davası açılıp sonuçlandırılrsa bile sonradan 23. maddeye göre de ilave alacak talepli dava açılmasına engel teşkil etmez.²⁰

*“... 506 sayılı Yasanın 9-10 ve 26. maddelerine dayalı davalara “kademeli” eski deyimle “terditli” dava denmektedir. Olayda, hem 26. hem de 10.madde koşulları oluşmuş ise; Kurum, anılan maddelerden sadece birine dayanarak dava açabileceği gibi, her iki madde hükümleri uyarınca da dava açabilir. Bu durumda, mahkemece, her iki maddede öngörülen koşulların oluşup oluşmadığının araştırılıp saptanması gerekir. Her iki madde koşullarının oluştuğunun tespiti halinde, Dairemizin yerleşmiş görüşüne göre, 10. madde, uygulama önceliğine sahiptir.”*²¹

*“... Somut olayda; kazanın meydana gelmesinde işveren derneğin, minibüs sürücüsünün ve sigortalının kusurunun olduğu belirlenerek, kusur oranları ayrı ayrı tespit edilmiştir. Bu durumda işveren 5510 sayılı Yasanın 21/1 maddesi, üçüncü kişi minibüs sürücüsü ise aynı yasanın 21/4 maddesi gereğince sorumludur. Ancak işveren dernek sigortalının çalışmasını süresinde Kuruma bildirmemekten dolayı 5510 sayılı Yasanın 23. madde kapsamında sorumlu olduğundan ve Kurumun da söz konusu maddeye dayalı talebi bulunduğundan artık işverenin sorumluluğunun 23. maddeye göre değerlendirilmesi gerekmektedir.”*²²

¹⁸ Y10. HD 28.4.2015 t. 2015/4893-7990

¹⁹ Çenberci, sh 182

²⁰ Aslanköylü, s. 1005; Çenberci, s. 182

²¹ Y10. HD 27.2.2012 t. 2012/2953-3322.

²² Y10. HD 12.12.2018 t. 2016/12501 E. 2018/10561 K.

33. İş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işveren ve sigortalının kusurları varsa, Yargıtay uygulamasına göre sigortalının kusurunun bir miktarı işverenin kusuruna eklenerek işverenin 23. madde kapsamında sorumluluğu bulunmaktadır. Uygulamada genel olarak sigortalının kusurunun yarısı işverenin kusuruna eklenmektedir. İşverenin 23. madde sorumluluğu belirlenirken BK m. 51 ve 52'ye göre sigortalının kusurundan yarısı kadar hakkaniyet indirimi yapılarak sonuca ulaşılmaktadır.

*"... 506 sayılı Kanununun 10'uncu maddesine göre sorumluluk, kusursuzluk ilkesine dayanmakta olup, zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe girişi süresinde Kuruma bildirilmiŝse Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarından, işverenin 10'uncu maddeye göre sorumlu tutulması gerekir. Dava konusu olayda 10'uncu madde koşullarının bulunduğu yönündeki mahkeme kabulü yerindedir. Ancak olayın meydana gelmesinde sigortalının kusuru %25 olarak belirlendiğinden davalı işverenin 506 sayılı Kanun'un 9 ve 10'uncu maddesine dayalı (%100) sorumluluğundan, Borçlar Kanunu 43 ve 44'üncü maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılarak, davacı kurumun rücu alacağı belirlenmesi gerekirken, Mahkemece, sigortalı kusurunun davalıların kusurundan indirilmek suretiyle Kurum alacağının eksik hesaplanması hatalıdır."*²³

34. Örneğın işverenin %60, sigortalının %40 kusurlu bulunduğu bir olayda, işverenin 21/1. maddeye göre sorumluluğu zararın %60'ı ise de 23. maddeye göre sorumluluğu, sigortalının kusurunun yarısının ilavesi ile zararın %80 karşılığı olmaktadır. Sonuç olarak madde 21 ve 23'ün birlikte uygulandığı davada işveren, %80 kusur karşılığı sorumlu tutulmaktadır. İşverenin kusuru %100 ise veya üçüncü kişi ile birlikte toplam teselsül kusuru %100'e ulaşmış ise 23. madde kapsamında işverenin ilave bir sorumluluğu olmayacaktır. Yani sigortalının kusursuz olduğu durumlarda sigortalının kusurundan indirim de olamayacağından ve sorumluluk zaten %100'e ulaştığından 23. madde artık uygulanamayacaktır.

35. İş kazasında işveren ve sigortalının yanında üçüncü kişilerin de kusuru bulunabilir. Bu durumda işveren ve üçüncü kişilerin Kuruma karşı birlikte müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. Yargıtaya göre kusur; işveren, üçüncü kişi ve sigortalı arasında dağıtılmış ise yani hem madde 21/1, 21/4 sorumluluğu, ayrıca işverenin 23. maddeden kaynaklanan sorumluluğu varsa, öncelikle işverenin 21/1 ve 4 kapsamında teselsülen sorumluluğu belirlenmeli, daha sonra 23. madde gereğince sigortalının kusurunun yarısı işverenin kusuruna ilave edilerek sorumluluk tespit edilmelidir. İşverenin müteselsilen sorumlu olacağı tutar, 1. fıkra gereğince kendi kusur payı gözetilerek sorumlu tutulacağı miktarın (gelirin ilk peşin sermaye değeri x işverenin kusur oranı), üçüncü kişinin 4. fıkraya göre sorumlu olacağı tutar (gelirin ilk peşin

²³ Y10. HD 9.6.2011 t. 2011/5477-8486

sermaye değerinin yarısı x üçüncü kişinin kusur oranı=ya da peşin sermaye değeri x üçüncü kişinin kusurun yarısı) ile toplamı kadar olmalıdır. 506 sayılı Kanun döneminde üçüncü kişiler de bağlanan gelirin tamamından sorumlu tutulduklarından hem işveren hem de üçüncü kişiler kurum zararının, toplam teselsül kusur oranından sorumlu tutulmaktadırlar.

“... Somut davada; işveren kusuru %30, üçüncü kişi sürücünün kusuru %50, sigortalının kusuru %20 olduğuna göre, işverenin 21/1. madde sorumluluk oranı $\%30 + \%50/2 = \%55$, sigortalının kusurunun yarısının ilavesi ile 23. madde sorumluluğu %65 olacaktır. Bu itibarla mahkemece hatalı değerlendirme ile işveren yönünden %90 kusur oranı esas alınarak karar verilmiş olması yerinde değildir.”²⁴

36. Yargıtay uygulamasına göre 23. madde kapsamında işverenin sorumluluktan hakkaniyet indirimi şu şekilde özetlenebilir:

İşverenin kusursuz, kusurun tamamının sigortalıda olması durumunda (sadece 23. m. varsa)	BK'nun 51. ve 52. maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılmalıdır. Yani işveren %100 sorumlu tutulup %50'den az olmamak üzere bir hakkaniyet indirimi yapılır.
Kusurun tamamı üçüncü kişilerde veya sigortalı ve üçüncü kişilerde ise (sadece m. 21/4 ve 23 varsa)	İşverenin sorumluluğu %100 kabul edilip %50'den az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılır.
İşverenin kendi kusuru veya teselsülen toplam kusuru %100 ise (21/1, 21/4 ve 23)	Hiçbir indirim yapılmaz.
Kusur, işveren, üçüncü kişi ve sigortalı arasında dağıtılmış ise yani hem 21/1, 21/4 ve 23. madde sorumluluğu varsa	Sigortalının kusurunun yarısı işveren kusuruna ilave edilerek sorumluluk belirlenir.

37. Yukarıda belirtilen Yargıtay uygulamasının yasal dayanağı yoktur. İş kazası veya meslek hastalığı olayında işverenin hem 21. hem de 23. madde kapsamında sorumluluğunun bulunmasının yanında üçüncü kişilerin ve sigortalının da kusurlu bulunması halinde olayın teklifi nazara alınarak Yargıtayca işveren de tek bir zarardan sorumlu tutulmaya çalışılmaktadır ancak eleştiriye de açıktır. Öncelikle Kurumun 21. ve 23. maddeye dayalı haklarının yarışan haklar olarak nitelenmesi hatalıdır. Hakların yarışmasından söz edebilmek için; alacaklının, borçlunun, olayın ve sonucun aynı, hukuksal ne-

²⁴ Y10. HD 12.12.2018 t. 2016/12501 E. 2018/10561 K.

denlerin farklı olması gerekir. Talep içeriğinin aynı olmadığı, birinin ifasının diğerini ortadan kaldırmadığı durumlarda ise, hakların yarışmasından değil, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddede düzenlenen davaların yığılmasından söz edilir.

38. 21. maddede düzenlenen alacak, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı kusurlu bir hareketi nedeniyle iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesin sonucu Kurumca yapılan ödemelerin rücu alacağıdır. 23. maddede düzenlenen alacak ise, sigorta kapsamında çalışmanın Kuruma bildirilmemesi nedeniyle sigorta olayından bağımsız, sosyal sigortalar sistemine özgü bir cezalandırma niteliği taşıyan alacak talebidir. Dolayısıyla dava konusu edilen değerler aynı değildir. Birincide zararın tazmini söz konusu iken ikincisinde kayıt dışılığı önleme amacıyla cezalandırma söz konusudur. 23. maddede “21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettilir” tabiri kullanılmıştır. Maddedeki “ayrıca” tabiri önemlidir. Kurumun yaptığı ödemeler işverenden bir ceza olarak ayrıca alınır anlamındadır.

39. 506 sayılı Kanununun 10. maddesindeki “26'nca maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın” sözcüklerinin Anayasaya aykırılık nedeniyle iptalinin istenmesi, mükerrer tahsil yönüne gidilmesinin önlenmesi amacına yöneliktir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararında,²⁵ “işverenin sorumluluğu; sigorta olayından bağımsız, işverenin çalıştırdığı kişiyi Kuruma bildirme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğan ve bir yaptırım (müeyyide) niteliği taşıyan sosyal sigortalar sistemine özgü bir sorumluluk olduğu, yasa koyucunun, her iki madde kapsamına giren işverenler yönünden, ayrı hukuksal durumları ayrı kurallara bağlı tutmasında, eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığını belirtmiştir. İptal başvurusu reddedildiğine göre artık maddelerin farklı hukuksal durumları ve alacakları düzenlediğinin kabulü zorunludur” gerekçelerine yer vermiştir. Maddelerin farklı alacakları düzenlediği Anayasa Mahkemesince de kabul edilmektedir.

40. Yargıtayın mevcut 23. madde uygulaması yasanın lafzı ve Anayasa Mahkemesinin yorumu ile benzer nitelikte değildir. Uygulamada birtakım yanlışlıklar, çelişkiler ve adaletsizlikler vardır. Öncelikle 23. madde sorumluluğunun kusur ile ilişkilendirilmesi hatalıdır. Sorumluluğun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı kabul edildikten sonra işverenin %100 kusurlu kabul edilmesi ve bunun üzerinden hakkaniyet indirimi yapılması yerinde değildir. 23. maddeye konu Kurumun alacak miktarı yaptığı ödemeler ile bellidir. Eğer işveren aleyhine aşırı yük getireceği düşüncesi varsa belirlenen miktardan hakkaniyet indirim yapılması daha yerinde olacaktır. İşverenin tam kusurlu olduğu durumlarda ise 23. madde uygulanamaz durumdadır. İşveren ile sigortalını müterafik kusurlu oldukları durumlarda ise Yargıtay uygulamasına göre sigortalının kusurunun yarısı işveren kusuruna ilave edildiğinden ters orantı işlemektedir. Yani işverenin kusuru arttıkça 23. madde sorumluluğu

²⁵ AYM 20.5.1992 t. 1991/61 E, 1992/34 K.

azalmakta, azaldıkça artmaktadır. Örneğin, %80 kusurlu işverenin 23. madde sorumluluğu ilave %10 iken, %20 kusurlu işverenin 23. madde sorumluluğu ilave %40 olmaktadır. Yani işverenin kusuru arttıkça ceza niteliği taşıyan 23. madde sorumluluğu azalmakta, hatta %100 kusurlu işveren ise cezadan tamamen muaf olmaktadır. Mevcut Yargıtay içtihadı kusurlu işvereni korumaktadır.

41. Yargıtayın 23. madde (öncesinde 10. madde) uygulaması hatalı da olsa uzun zamandır uygulanmaktadır. Öncelikle 21 ve 23. maddelerin kapsamının belirlenmesi açısından kanunla daha açık düzenlenmesine ihtiyaç vardır. Kanuni düzenleme, yoruma ihtiyaç kalmayacak ve işverenlerin yıkımına neden olmayacak adil bir cezayı öngören bir düzenleme olmalıdır.

V. BAĞIMSIZ ÇALIŞANLARIN BİLDİRİMİ YAPILINCAYA KADAR GELİR VE ÖDENEKLERİNİN ÖDENMEMESİ- 3. FIKRA

42. 23. maddenin üçüncü fıkrasına göre, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olduğu halde, 8 inci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen süre içerisinde bildirimde bulunmayanlara, bildirimde bulunulmayan sürede meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenmez. Bu fıkroda kendi nam ve hesabına çalışan 4/1-b sigortalıların gelir ve ödeneklerinin ne zaman ödenmeye başlanacağı düzenlenmiştir.

43. 4/1-b sigortalılarının işvereni olmadığından sigortalılık başlangıçlarını kendileri bildirmeleri ve primlerini de kendileri ödemek zorundadırlar. Aksi halde sigortalılıkları başlamayacak ve Kurumca sağlanan haklardan yararlanamayacaklardır. Hizmet akdi ile çalışanlar yani 4/1-a sigortalılarının işe giriş bildirgesi verilmesi görevi işverenlere ait olduğu için işe başlar başlamaz sosyal yardımlardan yararlanmakta ise de Kanunda 4/1-b sigortalıları yönünden tescil zorunluluğu ile prim borcu olmama şartı aranmaktadır.

44. 4/1-b sigortalıların bildirim ve tescili 8/3. maddede düzenlenmiştir. 4/1-b sigortalılarının Kuruma bildirim ve tescili yapılmadığı sürece kısa vadeli sigorta kollarından iş kazası, meslek hastalığı, analık risklerine maruz kalsalar da bu sigorta kollarından gelir ve ödenekleri ödenmez. Geçmişe yönelik ödeme yapılmaz ve ne zaman bildirim ve tescili yapılırsa ancak o tarihten sonra ödenmeye başlanacaktır. Bildirim yükümlülüğü ve prim ödemesi sigortalılar üzerinde olduğundan kayıt dışı çalışmalarının önlenmesi açısından Kanun böyle bir yol izlemiştir.