

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



AKADEMİK

MADDE 4

PROF. DR. NURŞEN CANIKLIOĞLU

MADDE 4- SİGORTALI SAYILANLAR

MADDE 4- (Değişik: 17/4/2008-5754/2 md.)

Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından;

a) Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar,

b) Köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ise;

1) Ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar,

2) Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar,

3) Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları,

4) Tarımsal faaliyette bulunanlar,

c) Kamu idarelerinde;

1) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar,

2) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 ncı maddesi uyarınca açıktan vekil atananlar, sigortalı sayılırlar.

Birinci fıkranın (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler;

a) İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler,

b) Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar,

c) Mütakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar,

d) 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar,

e) 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda belirtilen umumî kadınlar,

f) Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar,

g) (Ek: 11/10/2011-KHK-665/29 md.) Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen Toplum Yararına Çalışma Programlarından yararlananlar,

hakkında da uygulanır. (Ek cümle: 11/10/2011-KHK-665/29 md.) Bu fıkranın (g) bendinde sayılanlar için Türkiye İş Kurumu prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte bu Kanun kapsamında işyeri ve işveren sayılmaz.

Birinci fıkranın (b) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler; 10/7/1953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler hakkında da uygulanır.

Birinci fıkranın (c) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler;

a) Kuruluş ve personel kanunları veya diğer kanunlar gereğince seçimle veya atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenlerden; bu görevleri sebebiyle kendilerine ilgili kanunlarında Devlet memurları gibi emeklilik hakkı tanınmış olanlardan hizmet akdi ile çalışmayanlar,

b) Başbakan, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, belediye başkanları, il encümeninin seçimle gelen üyeleri,

c) Birinci fıkranın (c) bendi kapsamında iken, bu kapsamdaki kişilerin kurduğu sendikalar ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenlerden aylıksız izne ayrılanlar,

d) Harp okulları ile fakülte ve yüksek okullarda, Milli Savunma Bakanlığı hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askerî öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitime tâbi tutulan adaylar,

e) Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrenciler ile polis nasbedilmek üzere Polis Meslek Eğitim Merkezlerinde polislik eğitime tabi tutulan adaylar,^[7]

f) (Ek: 2/1/2017 - KHK - 680/73 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/71 md.) Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile fakülte ve yüksekokullarda Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı nam ve hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı nam ve hesabına okumaya devam edenler ile subay ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar,

hakkında da uygulanır.

Dördüncü fıkranın (d), (e) ve (f) bentlerinde belirtilen okulları tamamlamadan ayrılanlar ile bu okulları tamamlamalarına rağmen görevlerine başlamadan ayrılanların, bu okullarda geçen eğitim süreleri sigortalılıklarından sayılmaz.

Bu Kanunun kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümleri bu maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara bu kapsamda oldukları sürece uygulanmaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

MADDENİN AÇIKLAMASI

I. Maddenin Önceki Kanunlarla İlgisi ve Düzenlenme Biçimi

Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanunda zorunlu sigortalılar düzenlenirken 5510 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun kap-

sam maddeleri esas alınmış; 506 sayılı Kanunun kapsamına girenler 5510 sayılı Kanunun m.4/1, (a) bendine; 1479 sayılı Kanunun kapsamına girenler m. 4/1, (b) bendine ve nihayet 5434 sayılı Kanunun kapsamına girenler ise m. 4/1, (c) bendine alınmışlar, böylece daha önceki sosyal güvenlik kanunlarının kapsamına girenler toplu olarak 4. maddede düzenlenmişlerdir.

Bu düzenleme biçimiyle bazı istisnalar dışında, ülkede yaşayan herkesin kısa ve uzun vadeli sigorta kolları açısından aynı maddede düzenlenmesi amaçlanmıştır¹. Ancak öğretilerde de belirtildiği gibi, her ne kadar herkes aynı maddede içinde düzenlenmişse de Kanunun herkesi aynı kanun içinde toplama, bir diğer deyişle “kanunda tekleştirme” amacına uygun yeni ve kapsayıcı bir tanımlama da yapılamamıştır². Kanaatimize göre yapılması da mümkün değildir. Zira maddedeki sigortalılık ilişkisinin dayandığı çalışmanın gösterdiği özellikler tüm sigortalıların tek kalıba dökülmesini engelleyici niteliktedir.

Aşağıda 4. maddedeki sıralamaya uygun olarak, önce m/4/1, (a) bendine, ardından (b) ve nihayet son olarak da (c) bendine göre sigortalı olanlar ele alınacaktır.

II. m. 4/1, (a) Bendine Göre Sigortalı Olanlar

1. Kurala Genel bakış

5510 sayılı Kanun m. 4/1, (a) bendine göre sigortalılık kural olarak bir iş sözleşmesi ile çalışma ilişkisine dayanır. Ancak Kanunda bunun istisnalarına da yer verilmiş ve esasında bir iş sözleşmesi ile çalışmayan ya da sosyal sigorta ilişkisi yaratan çalışmanın iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığı duraksama yaratan bazı kişiler de m.4/1, (a) bendi kapsamında sosyal güvenceye kavuşturulmuşlardır (m.4/2).

Şüphesiz yukarıda belirtilen düzenleme biçimiyle güdülen amaç fıkranın diğer bentlerinin kapsamına girmeyen ve böylece sosyal güvencenin kapsamı dışında kalabilecek bazı kişileri güvencesiz bırakmamaktır³. Bu yöndeki yaklaşımı isabetli bulmak gerekir. Bir sosyal güvenlik sisteminin gerek kapsamına aldığı kişiler gerek kapsamına aldığı sosyal riskler itibarıyla sürekli kendisini geliştirmesi ve sosyal tehlikeler karşısında sosyal güvenceden yoksun kimse bırakmaması gerekir⁴.

¹ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. *Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2021, 72 vd.; *Arıcı, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara 2022, 221.

² *Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku*, 12. Baskı, Bursa 2022, 66.

³ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 78.

⁴ *Caniklioğlu, Nurşen/Özkaraca, Ercüment: Sanatçıların Sosyal Güvenliği, İÜHFMC. LXXII, S. 2, Y. 2014, 637*; bu konuda ayrıca bkz. *Caniklioğlu, Nurşen: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Avrupa Sosyal Şartı Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)*, (Ed. Yayına Hazırlayan: Prof. Dr. İbrahim Özden Kaboğlu), İstanbul 2012, 161.

İş sözleşmesi ile çalışmamalarına rağmen m.4/1, (a)'lı sayılanlar açısından özellikle bir işçi sendikası yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile bazı kapsamdaki sanatçı, yazar ve düşünürlerin kapsama alınmış olmalarını özel örnekler olarak göstermek mümkündür. Gerçekten aşağıda ilgili bent açıklanırken daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere işçi sendikası yöneticisi ile sendika arasındaki ilişki iş sözleşmesine dayanmadığı gibi bu çalışma gelir vergisi mükellefiyeti doğuran serbest çalışma olarak da nitelendirilemez. Bu nedenle bu kişiler ne m.4/1, (a) ne de 4/1, (b) bendine göre sigortalı olabilirler. Aynı durum kamu görevlileri sendika yöneticileri için de geçerlidir. Oysa bu kişiler örgütlenme özgürlüğü açısından önemli bir işleve sahiptirler ve bu faaliyetleri sebebiyle sosyal güvencesiz kalmamaları gerekir. Nitekim kanun koyucu da bu düşüncelerle işçi sendikası yöneticilerini m.4/1, (a), kamu görevlileri sendika yöneticilerini ise m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı saymış, onları sigortalı olabilmek için isteğe bağlı sigorta çerçevesinde sigortalı olmak ya da profesyonel sendikacılık dışında başka bir çalışma daha yapmak zorunda bırakmamıştır.

Sanatsal faaliyette bulunanların sigortalılığı da bu açıdan özel olarak değerlendirilmesi gereken bir sigortalılık halidir. Zira sanatçı, yazar ya da düşünür olarak sosyal sigortanın kapsamına alınanların bir kısmı esas itibariyle iş sözleşmesine göre çalışırlar ve bu kişilerin genel kural uyarınca sigortalı olması gerekir. Fakat bu kapsamdaki bazı kişiler ise farklı sözleşmelere göre faaliyetlerini icra ederler, dolayısıyla da sosyal sigorta açısından genel kuralın kapsamına girmezler. Kanun koyucu bu kapsamdaki kişilerin sosyal güvenceye kavuşturulması gerekliliğini gözeterek, bizce de isabetli biçimde, bu kişileri *m.4/1, (a) bendine göre sigortalı saymıştır*⁵.

Aşağıda önce genel kurala uygun olarak bir iş sözleşmesine göre çalışanların sigortalılığı ele alınacak, ardından da 4. maddenin 2. fıkrası kapsamında *m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılanlar* incelenecektir.

2. m. 4/1, (a) Bendine Göre Sigortalılığı Kuran Sözleşmeye İlişkin Terminoloji Sorunu: Hizmet akdi/iş sözleşmesi/hizmet sözleşmesi

5510 sayılı Kanuna göre, “*Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar*” sigortalı sayılırlar (m. 4/1, a). Bu düzenlemenin de ortaya koyduğu gibi m.4/1, (a) bendine göre sigortalı olmak için “hizmet akdi” ile çalışmak şarttır. Dolayısıyla bu bent kapsamında sigortalılık niteliğinin tespit edilebilmesi için öncelikle hizmet akdinin tanımının yapılması ve kişinin bu akde/sözleşmeye tabi olarak çalışıp çalışmadığının belirlenmesi gerekir.

Hizmet akdi 5510 sayılı Kanununun 3. maddesinin 11. bendinde tanımlanmıştır. Buna göre “*Hizmet akdi: 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununda tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini*” ifade eder. Hemen görüleceği üzere bentte kavram tanımlanma-

⁵ Bu konuda bkz. aşağıda, III, 3.

mış, hizmet akdi kavramından ne anlaşılması gerektiği başka kanunlara atıf yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur. Fakat bu yapılırken de bizce hem Türkçe açısından kötü bir cümle kurulmuş hem de hukuki açıdan hatalı bir atıf yapılmıştır. Gerçekten bent “hizmet akdinin” “hizmet akdini” ifade ettiği gibi bir anlatıma sahiptir ki, bunun Türkçe açısından doğru olmadığı açıktır.

Bunun da ötesinde iş mevzuatında 4857 sayılı İş Kanunu dışındaki diğer iş kanunlarında herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Dolayısıyla hizmet akdinin “... iş mevzuatında *tanımlanan* iş sözleşmesini veya hizmet akdini” ifade ettiğinin belirtilmesinin mevcut düzenlemeler çerçevesinde bir karşılığı yoktur. İş kanunlarından sadece 4857 sayılı İş Kanununda tanım bulunmakta (m.8), 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda (Basın İş Kanunu) ise bir tanım bulunmamaktadır.

5510 sayılı Kanunun atıf yaptığı diğer bir kanun olan 818 sayılı Borçlar Kanununda ise tanım bulunmaktaydı. Ancak bilindiği gibi 818 sayılı Kanun (eBK) 2011 yılında yürürlükten kaldırılmış ve yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) çıkarılmıştır. 6098 sayılı Kanunda da 818 sayılı Kanundaki tanıma benzer yönde bir tanım yapılmıştır.

Sonuç olarak günümüzde hizmet akdinin tanımını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanununda yapılmaktadır. Aşağıda da önce TBK'daki ardından da 4857 sayılı Kanundaki tanımlamalar üzerinde durulacak, çok kısa bir biçimde bu tanımların unsurlarına yer verilecek ve Yargıtay uygulamasından söz edilecektir. Ancak bu konudaki açıklamalara geçmeden önce konuya ilişkin olarak terminoloji sorunu üzerinde de çok kısa bir şekilde durmak isabetli olacaktır.

5510 sayılı Kanunun tercih ettiği “hizmet akdi” terimi 818 sayılı Borçlar Kanununda kullanılmaktaydı. Türk Borçlar Kanununda bu terim yerine “hizmet sözleşmesi”, 4857 sayılı İş Kanununda “iş sözleşmesi”, Basın İş Kanununda “iş akdi”, Deniz İş Kanununda “hizmet akdi” terimleri kullanılmaktadır. 5510 sayılı Kanunun 2008 yılında yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde “iş sözleşmesi” terimini tercih etmesi bizce daha isabetli olurdu. Ancak farklı kanunlarda farklı isimlendirilmiş olsa da tüm kanunlar aynı sözleşmeyi düzenlemekte ve aynı kavramı ifade etmektedirler⁶. Biz bu çalışmada iş sözleş-

⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. *Canıklıoğlu*, Nurşen: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu Ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, Ankara 2012, 80; *Güzel/Okur/Canıklıoğlu*, 77; *Sümer*, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2023, 38; *Günler*, Salih H.: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Madde 4/1-A Sigortalılar, İstanbul 2020, 29; *Bulun Toktaş*, Sevde: Bağımsız Çalışanların Sosyal Güvenlik Hakkı, Ankara 2024, 129.

leşmesi terimini tercih edeceğiz. Fakat bazen eski kanunlardaki hükümleri anlatırken, anlatımı bozmamak adına hizmet akdi terimini de kullanacağız.

3. m. 4/1, (a) Bendine Göre Sigortalılık İlişkisi Kuran Sözleşme Olarak İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

a) İş sözleşmesinin tanımı

5510 sayılı Kanunda iş sözleşmesi tanımlanmamış, yukarıda da belirtildiği gibi başka kanunlara atıf yapılarak kavramın o kanunlardaki tanıma göre belirlenmesi esası benimsenmiştir. Böylece sigortalı sayılacak kişinin, TBK da dahil hangi iş kanunu kapsamına giriyorsa o kanundaki tanıma göre iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığına göre sigortalılığının sağlanması amaçlanmıştır. Ancak öğretilerde de ifade edildiği gibi bu konuda Kanunda bir tanım yapılması, bunun için de 4857 sayılı Kanundaki tanımın esas alınması bizce de daha isabetli olurdu⁷.

5510 sayılı Kanunun atıf yaptığı eBK'da "*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeye ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermesi taahhüt eder*" denilmekteydi. 818 sayılı eBK'nın yerine çıkarılan TBK'da ise kavram "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*" biçiminde tanımlanmıştır (m. 393/1). 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda⁸, bu Kanun ve başka kanunlarda Türk Borçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılan kanunların maddelerine yapılan atıfların o maddeleri karşılayan yeni hükümlere yapılmış sayılacağı belirtilmiştir (m. 8). Dolayısıyla bu düzenleme uyarınca 818 sayılı Kanuna yapılan atıf 6098 sayılı Kanuna yapılmış sayılmakta, bunun sonucunda da TBK kapsamında bir kişinin m.4/1, (a) bendine göre sigortalı olup olmadığı belirlenirken TBK m.393/1 hükmünün esas alınması gerekmektedir.

5510 sayılı Kanunun atıf yaptığı diğer bir kanun olan 4857 sayılı Kanunda ise "*iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*" biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanımda TBK m.393'e göre bazı farklılıklar bulunsa da her iki madde metni dikkate alındığında bir kişinin m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılabilmesi için, bir tarafın "bağımlı olarak" "iş görmesi", diğer tarafın da bunun karşılığında "ücret ödemesi" gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle anlatım farklılığına rağmen kavramın unsurları açısından kanaatimize göre

⁷ Ekmekçi, Ömer: Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesi Hükümleri Üzerine, Mercek Dergisi, Yıl 10, S. 39, Temmuz 2005, 159; Güneş, Başak/ Mutlay, Barış: Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum D., 2011/3 (30), 235; ayrıca bkz. Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer/Gülver, Ender: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2023, 284.

⁸ RG, 04.02.2011, 27836.

bu iki tanım arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Her ne kadar TBK'da iş sözleşmesinin unsurları açısından "zaman unsuru"na yer verilmiş gibi görünse de⁹, aşağıda da üzerinde duracağımız gibi iş sözleşmesinin varlığı açısından "zaman unsuru" belirleyici bir unsur olarak kabul edilmemeli, ancak sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığının değerlendirilmesi açısından yardımcı ölçüt olarak ele alınmalıdır¹⁰.

Son olarak belirtelim ki, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında çalışanların bir iş sözleşmesine göre (hizmet/iş akdi) çalışıp çalışmadıklarının tespitinde hangi kanundaki tanımın dikkate alınacağı sorusu akla gelebilir. Bize göre bu konuda TBK'daki tanımın esas alınması isabetli olacaktır. Zira bilindiği gibi, hukukumuzdaki baskın görüşe göre Türk Borçlar Kanunu, DİK ve BİK açısından genel kanun niteliği taşımakta ve bu kanunlarda boşluk bulunması halinde boşluğun TBK'daki hükümlere göre doldurulması gerekmektedir¹¹. Bu nedenle bu konuda da aynı esasın benimsenmesi ve TBK'daki tanımın esas alınması yerinde olacaktır. Ancak önemle belirtelim ki bu durum teorik bir tespitten de öteye gitmemektedir. Zira biraz önce de belirtildiği gibi TBK ve 4857 sayılı İş Kanunundaki tanım sonuç itibarıyla bir farklılık yaratmamakta, hangi kanuna göre tanımlama yapılacağına sigortalılığın tespiti noktasında bir önemi bulunmamaktadır.

b) İş kanunlarında işçi kavramı ile 5510 sayılı Kanundaki m.4/1, (a) bendine göre sigortalı kavramının özdeş olup olmadığı

Yukarıdaki açıklamalar 4857 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılanların aslında m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı olduğu sonucuna varmayı gerektirmektedir. Gerçekten 5510 sayılı Kanunda m.4/1, (a) bendine göre *sigortalı* olanların hizmet akdi ile çalışanlar olduğu belirtilmiştir. 4857 sayılı Kanunda da işçi, "iş sözleşmesine göre çalışan" gerçek kişi olarak tanımlanmıştır (m. 2/1). Bunun sonucunda 4857 sayılı Kanuna göre işçi olanların, 5510 sayılı Kanun açısından m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı niteliğine sahip oldukları sonucuna varılması gerekmektedir. Ancak bu çıkarım her zaman isabet taşımamaktadır. Zira 5510 sayılı Kanunda sigortalı sayılmak için ücretle çalışma zorunlu görülmemiştir¹². Gerçekten 5510 sayılı Kanun m.82/2'ye göre,

⁹ Yargıtay TBK'daki tanımı dikkate aldığı anda, iş sözleşmesinin zaman unsurundan da söz etmektedir, bkz. aşağıda II, 3, c, dd. Ancak bize göre bunu iş sözleşmesinin varlığını belirleyici bir unsur olarak kabul etmemek gerekir.

¹⁰ Yargıtayın iş sözleşmesinin varlığının tespitinde "zaman"ı bir unsur olarak ele almasının eleştirisi için bkz. *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 82; ayrıca bkz. ve karşı. *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 285.

¹¹ Bu yöndeki görüş ve açıklamalar için bkz. *Çelik*, Nuri/*Caniklioğlu*, Nurşen/*Canbolat*, Talat/*Özkaraca*, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2023, 16-18, öğretici görüşleri için bkz.17, dn. 73.

¹² *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 80; *Güzel*, Ali: Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 91; *Sözer*, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 6. Baskı,

“... **ücretsiz çalışan sigortalıların** günlük kazançları alt sınır üzerinden, ... hesaplanır”¹³. Bu düzenlemenin de gösterdiği gibi ücret karşılığında çalışmayan bazı kişilerin sigortalı olmaları mümkündür.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda 4857 sayılı Kanundaki tanımın sigortalılık niteliğinin tespiti açısından bağlayıcı olmayacağına hükmetmiş ve ücret unsurunun sigortalı niteliğini kazanabilmek için zorunlu olmadığını belirtmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararına konu uyumsuzlukta **davalı işveren; “davalı işletmenin faaliyetini gönüllülük esasına göre yürüttüğünü, çorap, baston, anahtarlık, kırtasiye malzemesi gibi ürünlerin satışının gönüllülük esasına göre ya da prim usulüyle yapıldığını, davacının bu eşyaları satamayacağını ancak Milli Eğitim Müdürlüklerinden dernek faaliyetleri için izin alınması hususunda çalışma yapabileceğini belirtmesi üzerine, kendisine Milli Eğitim Müdürlüklerinden okullarda ürün satma izni almak için evrak takip yetkisi verildiğini, aralarında hizmet ilişkisi olmadığını” iddia etmiştir.** Yargıtay ise; “Mülga 506 Sayılı Kanun’un 4. maddesinde “sigortalıları çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler” işveren olarak tanımlanmıştır. “Çalıştıran” olgusu, hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen “işvereni” ifade etmektedir. Mülga 506 Sayılı Kanun’un 2. maddesinde, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların sigortalı sayılacağı belirtilmiştir. **Anılan Kanun kapsamında sigortalı sayılmanın koşulları; hizmet akdine göre çalışma, sözleşmede öngörülen edimin (hizmetin) işverene ait iş yerinde veya iş yerinden sayılan yerlerde görülmesi, kanunda açıkça belirtilen sigortalı sayılmayacak kişilerden olunmamasıdır. 4857 Sayılı İş Kanununun 8. maddesinde, “iş sözleşmesi” tanımına yer verilmiş ise de, her iki kanunun amacı, ortaya koyduğu ilkeler ve dayandığı hukuksal normlar farklılık gösterdiğinden, bu tanımın 506 Sayılı Kanun yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Pozitif hukukumuzda hizmet akdi Borçlar Kanununun 313. maddesinde tanımlanmış olup, her ne kadar tanımda, “ücret” unsuruna yer verilmiş ise de, 506 Sayılı Kanun’un sistematiği ve takip eden diğer maddelerin düzenleniş şekli, anılan unsurun sigortalı niteliğini kazanabilmek için zorunlu olmadığını ortaya koymaktadır”** diyerek davacının çalıştığı sürelerin tespiti açısından araştırılması gerektiğini kabul etmiştir¹⁴.

İstanbul 2023, 213; Çelebi Demir, Duygu: Uzaktan Çalışma İlişkisinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MÜHFAD, C. 29, S. 1, Haziran 2023, 603; Uğur, Ömer: İş Sözleşmesiyle Çalışanlar Bakımından Yaşlılık Sigortası, İstanbul 2022, 206; Civan, Orhan Ersun: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, İstanbul 2023, 511.

¹³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 267; Sözer, Sosyal Sigortalar, 108, dn. 2; Sözer, Sigorta İlişkisi, 36 vd.; Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 187.

¹⁴ Yarg. 10. HD., 21.6.2022, E. 2021/12606, K. 2022/9501, (www.kazanci.com).

Yargıtay kararındaki 4857 sayılı Kanundaki tanımın bağlayıcılığı bulunmadığı yönündeki görüş kanaatimizce eleştiriye açıktır. Zira bize göre, m. 4/1, (a) bendine göre sigortalılığın tespitinde taraflar arasındaki ilişki belirlenirken bu tanımın bağlayıcı olduğuna vurgu yapılması, ancak 5510 sayılı Kanundaki özel hükümlerin de dikkate alınacağına belirtilmesi gerekirdi.

Öğretide de, bizce de isabetli olarak, sigortalılık niteliği belirlenirken kişinin işçi olup olmadığına göre değil 5510 sayılı Kanundaki hükümlere göre sonuca ulaşılması gerektiği, ancak taraflar arasında m.4/1, (a) bendine göre sigortalılık ilişkisi yaratan iş sözleşmesinin var olup olmadığı belirlenirken İş hukukundaki görüş ve ilkelerden yararlanılacağı ifade edilmektedir¹⁵. İş hukukundaki görüş ve ilkelerin dayanağının İş Kanunundaki tanım olduğunda da şüphe bulunmamaktadır.

Tüm bu nedenlerle aşağıda m.4/1, (a) bendine göre sigortalılık niteliğinin belirlenebilmesi için iş sözleşmesinin unsurları üzerinde durulacak, böylece kişinin m.4/1, (a) bendine göre sigortalılığının tespitinde dikkate alınması gereken ölçütler ortaya konulmuş olacaktır.

c) İş sözleşmesinin unsurları

aa) Genel olarak

Türk Borçlar Kanunu m.393/1'deki ile İş Kanunu m.8/1'deki tanımlar dikkate alındığında iş sözleşmesi, *işgörmeye, ücret ödeme ve bağımlılık* olmak üzere üç unsurdan oluşmakta, üçüncü unsur olan bağımlılık unsuru iş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran ve iş sözleşmesine karakterini veren, "belirleyici ve ayırıcı" en önemli unsur olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶.

İş Kanunu açısından iş sözleşmesinin varlığı, dolayısıyla da işçi sayılmak için, *işgörmeye, ücret ve bağımlılık* unsurlarının üçünün birlikte gerçekleşmiş olması şarttır¹⁷. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi sigortalılık kavramı açısından ücret unsuru mutlak şart değildir. Buna karşılık, işgörmeye edimini bağımlı bir

¹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 78.

¹⁶ İş Kanunundaki bu tanımla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 175; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021, 233 vd.; Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, 326 vd.; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, İstanbul 2018, 67 vd.; Ekmekçi, Ömer/Yiğit Esra: Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2022, 25 vd.; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Ş. Esra: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, 62 vd.; Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2022, 100 vd.; Arıcı, Kadir: Türk İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Ankara 2022, 77 vd.; Senyen-Kaplan, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 12 Baskı, Ankara 2022, 126 vd.

¹⁷ Centel, Tankut: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2021, 142.

şekilde yerine getirme hem işçi hem de m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olmak için olmazsa olmaz unsurdur ve belirleyici şarttır¹⁸.

İşçi kavramı açısından kişinin çalışması bir ücret karşılığında değilse o sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir¹⁹. Dolayısıyla örneğin tamamen yardım ya da hayır yapma amaçlı olarak bir dernekte ya da vakıfta emir talimat ilişkisi içinde, bir diğer deyişle bağımlı bir biçimde çalışan kişinin ücret karşılığı çalışma unsurunun yokluğu sebebiyle işçi sayılması mümkün olmazken²⁰, aynı kişinin m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılması gerekir. Sonuç olarak iş kanunlarındaki işçi kavramı ile m.4/1, (a) bendine göre sigortalılık kavramları özdeş değildir²¹. Ancak bir kişinin ücret karşılığı mı yoksa gönüllülük esasına dayalı olarak salt yardım amaçlı mı çalıştığıнын özenle tespiti edilmemesi gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da verdiği bir kararda sigortalılık tespiti talebinde bulunan kişinin bağımlılık ilişkisi içinde mi yoksa tamamen gönüllük esasına göre mi çalıştığını değerlendirerek sonuca ulaşmıştır. Yargıtay kararını verirken hayatın olağan akışına uygunluğu da dikkate almıştır.

Yargıtay HGK'na göre; “*Davacı davalı derneğe ait işyerinde 01.04.1999-21.08.2000 döneminde kan alma elemanı olarak çalıştığı sürenin tespitini talep etmiştir. Toplanan deliller doğrultusunda davacının, davalı dernek yönetiminin faaliyet gösterdiği hastane işyerinde ve dernek yönetiminin buyruğu altında kan alma işini yaptığı bu işi karşılığı kendisine yol ve yemek gideri adı altında ödeme de yapıldığı anlaşılmaktadır. İşin tanımlanan niteliği, özel ve belirli bir organizasyon altında, hastane ortamının kendine özgü duyarlılığı içinde hareket etmeyi zorunlu kılmakta olup, çalışmaların hizmet akdinin bir unsuru olan bağımlılık ögesinin dışlanarak yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, Kimya Meslek Lisesini bitirdikten sonra, uzun yıllar ekonomik kaygı duymaksızın davalı dernekte sadece gönüllülük esasına göre çalışmanın kabulü, hayatın olağan akışına ve sosyo-ekonomik gerçeklere de uymamaktadır. “Sigortalı olmak”, kişi bakımından salt bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür ve bu nedenle, kişinin isteğine, ediminin sosyal, toplumsal, etik niteliğine bırakılmamıştır. Bir başka anlatımla, kişi, yasanın sigortalı sayılmak için belirlediği duruma dahil olmakla kendiliğinden sigortalı olacaktır. Yapılmakta olan işin toplumsal boyutu, sosyal güvenlik ile ulaşılmaya çalışılan evrensel amacın gözardı edilmesine yol açacak gerçeklere dayanak yapılamaz”²².*

¹⁸ Bu konuda bkz. *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 80 vd.; *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 285; *Sümer*, Sosyal Güvenlik, 39; *Alper*, Sosyal Sigortalar, 67; *Erener Yılmaz*, *Ebru/Arslan Durmuş*, Seda: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Çalışan Çocukların Sigortalılığı, Çocuk Hukuku, Genel Esaslar ve Güncel Meseleler, (Ed. Ömer Korkut-Seda Baş), Ankara 2024, 643-644.

¹⁹ *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca*, 174.

²⁰ Gönüllü çalışma hakkında bkz. *Doğan Yenisey*, *Kübra/Kabakçı*, Mahmut: Gönüllü Emegi ve İş Hukuku, İstanbul 2017.

²¹ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 78; *Çelebi Demir*, 603.

²² YHGK, 02.02.2005, E. 2004/10-737, K. 2005/26, (www.legalbank.net).

Özetle; m. 4/1, (a) bendine göre kimlerin sigortalı olduğunun saptanması bakımından bağımlılık unsurunun özel olarak araştırılması gerekmektedir. Ancak aşağıda unsurların bütünlüğü açısından tüm unsurlara kısaca yer verilecek, bağımlılık unsuru ise biraz daha geniş ele alınacaktır.

bb) İş görme

İş sözleşmesi açısından iş görme, “bir kimsenin iktisadi yönden iş olarak değerlendirilen her türlü çalışması”dır²³. İş görmenin konusu her türlü faaliyet olabilir. Bu açıdan bir mal ya da hizmet üretimini amaçlayan her türlü çalışma iş görme ediminin konusunu oluşturur. Örn. bir fabrikada üretim işçisi, bir bankada gişe görevlisi olarak çalışma, lokantada aşçılık yapma ya da bir el yapımı üretim yapan atölyede seramik boyama vs. iş görme ediminin konusunu oluşturur.

İş görme ediminin konusunu sadece bedensel faaliyeti esas alan bir üretim değil, düşünce, bilim, teknik ve güzel sanatlarla ilgili çalışmalar da oluşturabilir²⁴. Dolayısıyla bir vakıf üniversitesinde görev yapan profesör, bir atölyede resim yapan ressam, bir barda her akşam şarkı söyleyen şarkıcı iş sözleşmesi uyarınca iş görme edimini üstlenmiş olmaktadır. Hatta Yargıtay bir atölyede resim yapan öğrencilere canlı manken olarak modellik yapılmasını da iş sözleşmesi kapsamında saymıştır²⁵.

İş sözleşmesinin konusu her türlü faaliyet olabilir de bunun TBK m. 27’ye aykırı olmaması gerekir. Bilindiği gibi anılan madde uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür (m.27/1). Buna karşılık sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur (m.27/2).

Genel borçlar hukuku teorisine göre geçersizlik kural olarak baştan itibaren etkili olur²⁶. Ancak bu esasın İş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından

²³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 173; Süzek, 233; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 63; Arıcı, İş Hukuku, 78; Ekmekçi/Yiğit, 23-24; Senyen Kaplan, 125; Akyiğit, İş Hukuku, 100.

²⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 173, dn. 20; Ekmekçi/Yiğit, 23-24.

²⁵ Yarg. 9. HD., 13.11.1980, 10890/11676, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 83, dn. 29.

²⁶ Bu konuda bkz. Esener Turhan/Gündoğdu Fatih, Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m.1-48), İstanbul 2017, 242; Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Ankara, 2023, 387; Nomer Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş, 19. Bası, İstanbul 2023, 67. Öğretide Oğuzman/Öz ise açıkça başlangıçtan itibaren geçersizlik vurgusu yapmamakta, kesin geçersizliğin ilgili herkes tarafından ileri sürülebileceğini, hâkimin bunu re’sen dikkate alacağını, belli bir sürenin geçmesi ile geçersiz bir sözleşmenin geçerli hâle gelmeceğini belirtmektedirler, Oğuzman M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 21. Baskı, İstanbul 2023, 184. Yazarlar, iptalin

aynen uygulanması bu hukuk dalının genel ilkelerine ve işçiyi/sigortalıyı koruma amacına uymaz. Bu nedenle de bu hukuk dallarında geçersizlik, kural olarak ileriye etkili biçimde sonuç doğurur. Belirtelim ki, bu konu üzerinde aşağıda özel olarak durulacak, öğreti ve Yargıtay kararları çerçevesinde konu değerlendirilecektir²⁷.

cc) Ücret ödeme unsuru

Yukarıda da belirtildiği gibi İş Kanunu ve iş hukuku açısından iş sözleşmesinin unsurlarından olan ücret karşılığı çalışma 5510 sayılı Kanunda aranmamıştır. Dolayısıyla sosyal güvenlik hukuku açısından iş görme ediminin bir ücret karşılığı olması gerekmez. İş sözleşmesi için gerekli diğer unsurların mevcudiyeti halinde, bir diğer deyişle sözleşmeyle iş görme ediminin üstlenilmesi ve bunun bağımlı bir biçimde yerine getirilmesi halinde söz konusu kişiye ücret ödenmese de m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalılık ilişkisi doğar.

dd) Bağımlılık unsuru

Bağımlılık unsuru iş sözleşmesine karakterini veren, onu konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayırt eden unsurdur²⁸. Bu nedenle sigortalılık açısından bu unsurun belirlenmesi uygulamada çok önemlidir. Gerçekten bu unsurun varlığına göre kişi işçi, konumuz açısından ise sigortalı sayılacak ve 5510 sayılı Kanunla sigortalıya sağlanan haklardan yararlanması mümkün olacaktır. Uygulamada da sigortalılık ilişkisi açısından Yargıtayı en çok meşgul eden unsur bağımlılık unsurudur.

İş sözleşmesinde işçi iş görme edimini işverenin emir ve talimatına bağlı olarak, onun denetim ve gözetimi altında yerine getirir²⁹. İşçi her ne kadar işverene ekonomik olarak bağımlı olsa da iş sözleşmesinde öne çıkan bağımlılık türü esas itibarıyla kişisel ve hukuki bağımlılıktır³⁰. Ancak son dönemde ati-

kural olarak geriye etkili olduğunu, (s.125), ancak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde iptalin geçmişe etkili olmasının işin niteliğine uygun görülmediğinden geçersizliğin iptal anına kadarki edimleri etkilemeyeceğinin kabul edildiğini belirtmektedirler, (s.126).

²⁷ Bkz. aşağıda, II, 4.

²⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 175; Süzek, 235; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 337 vd.; Senyen Kaplan, 126; Ekmekçi/Yiğit, 25; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 63; Akyiğit, 102.

²⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 175; Süzek, 236; Akyiğit, 102-103; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 63; Senyen Kaplan, 126. Bağımlılığın saptanmasında dikkate alınan kriterler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Güzel, Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, 109 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 341vd.

³⁰ Güzel, Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, 105 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 175; Süzek, 236; Arıcı, İş Hukuku, 79; Ekmekçi/Yiğit, 25. Öğretide Sevil Doğan, hukuki bağımlılık ile kişisel bağımlılığın farklı olduğunu, iş sözleşmesindeki bağımlılığın hukuki bağımlılık olduğunu, ancak bu bağımlılığın kişisel yönü de bulunduğunu belirtmektedir, bkz. Doğan, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Ankara 2016, 129.

pik çalışma biçimlerinin³¹ yaygınlaşması, özellikle de platform tabanlı çalışma ilişkilerinde kişisel bağımlılığın yanında ekonomik bağımlılık da yardımcı bir ölçüt olarak önem kazanmaya başlamıştır³².

Klasik istihdam modelinde işçi, iş görme edimini işverenin belirlediği zamanda, belirlediği yerde, genel olarak onun işyerinde, onun emir ve talimatı altında yerine getirmekte, böyle bir ilişkide kişinin bağımlı çalışıp çalışmadığının tespiti de zorluk yaratmamaktadır³³. Ancak günümüzde özellikle teknolojinin gelişmesi ile birlikte yeni çalışma biçimleri ortaya çıkmış, iş sözleşmeleri için görülme yeri, zamanı ve biçimi açısından esnekleşmiştir. Gerçekten klasik istihdam modelinde işçilerin işverene ait işyerinde çalışması esas, bunun dışındaki çalışmalar istisna kabul edilmişken, günümüzde bu modelden uzaklaşmakta, hatta esnek çalışma modelleri gittikçe tipikleşmeye, bazı işler açısından asıl çalışma biçimine dönüşmeye başlamaktadır. Özellikle uzaktan çalışma tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çok yaygın bir biçimde uygulanmaya başlamıştır. Günümüzde bağımlılık unsuru açısından asıl değerlendirilmesi gereken yeni çalışma biçiminin ise öğretide gig ekonomisi ya da platform çalışması olarak ifade edilen çalışma biçimi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³⁴. Gerçekten öğretide, haklı olarak, bu konuda

³¹ Atipik çalışanların sosyal güvenliğine ilişkin olarak bkz. *Caniklioglu, Nurşen, Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların -Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği*, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C.1, İKÜ HFD Özel Sayı 1- Ocak 2016, Ankara, 43-78.

³² Platform çalışması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tolu Yılmaz, Hazal: Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından)*, İstanbul 2023, 97 vd. Yazar, ekonomik bağımlılıkla ilgili olarak, "*Günümüzde dijital platform çalışanlarının korunması için de bu kişileri kapsayan bir ekonomik olarak bağımlı çalışan statüsü oluşturularak, bu ilişkiye niteliğine uygun düştüğü ölçüde iş hukukuna ilişkin kuralların uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir*1112. *Ne var ki, ekonomik bağımlılık ilişkisi içinde çalışan kişiler için ara kategori oluşturulması, daha evvel açıkladığımız üzere faydadan çok zarar getirebilecek bir yöntem olup bunun yerine bu unsurun iş ilişkisinin tespitine etkisinin ele alınması gerekmektedir*"..... demektedir, 314; bu konuda açıklamalar için ayrıca bkz. *Uğur*, 260 vd.

³³ *Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca*, 175.

³⁴ *Alpagut, Gülsevil: Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri*, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Yaş Günü Armağanı, Ed. Kübra Doğan Yenisey, İstanbul 2021, 92; *Doğan Yenisey, Kübra: Üretimin Değişen Yapısının "İşyeri" Kavramına Etkisi, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri*, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Yaş Günü Armağanı, Ed. Kübra Doğan Yenisey, İstanbul 2021, 171; *Aykaç, Hande Bahar: Çevrimiçi Uygulamalar Aracılığı ile Talep Üzerine Çalışma İş Modelinde İşçi Kavramının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Uber Şoförleri Örneği*, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, İstanbul 2021, 200-210; *Dulay Yangın, Dilek: Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, İHM, 78 (3), Y. 2020, 1228-1229; *Baycık, Gaye/Civan, Orhan Ersun/Tolu Yılmaz, Hazal/Bosna, Berrin: Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, GÜHFD, 2021/1, 752-760;

varılacak sonucun iş ve sosyal güvenlik hukukunun geleceğine de yön vereceği ifade edilmektedir³⁵.

Çalışma hayatındaki bu yeni çalışma biçimleri bağımlılık unsurunun tespitini de güçleştirmektedir³⁶. Öğretide işyeri kavramının, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin yarattığı dönüşüm neticesinde atipik istihdam modellerinin ortaya çıkmasıyla yeni bir anlam kazandığı ve çalışma yeri ile klasik anlamda işyeri kavramlarının birbirinden ayrıldığına dikkat çekilmektedir³⁷. Gerçekten bazı çalışmalar açısından işyeri kavramının sınırları da belirsizleşmeye başlamaktadır. Bunun dışında günümüzde “freelance çalışma” olarak ifade edilen, Türkçeye serbest çalışma olarak tercüme edilebilecek çalışmalar yaygınlaşmaya başlamış, ancak bu çalışmaların gerçekten serbest çalışma olup olmadığı, bir diğer deyişle somut olay dikkate alındığında bağımlılık ilişkisinin olup olmadığı tespit gerekmektedir³⁸.

Yukarıdaki açıklamaların da gösterdiği gibi eski Yargıtay kararlarında bir koşul olarak aranan, yeni bazı Yargıtay kararlarında da aynı biçimde yardımcı bir ölçüt olarak karar metninde yer almaya devam eden “işin işverene ait işyerinde yapılması” ölçütünün artık bir mutlak koşul olarak aranmaması gerekir. Öğretide başkasının iş ya da hizmet organizasyonu çerçevesinde uzaktan çalışan bir kişinin, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde sigortalı sayılması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir³⁹. Ancak günümüzdeki gelişmeler daha yeni kriterlerin de aranması gerektiğini göstermektedir. Nitekim bu açıdan öğretide Platform tabanlı iş ilişkilerinde iş gören kişilerin işçi sayılıp sayılmadığının belirlenmesinde “kontrol hakkı testi”, “ekonomik gerçeklik testi”, “ABC testi”, beş kriterden oluşan testin uygulanması gibi çeşitli önerilerin olduğuna dikkat çekilmektedir⁴⁰. ABC testinde; a) çalışanın işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak iş görüp görmediği ve işveren tarafından denetlenip denetlenmediği, b) çalışanın yürütmekte olduğu işin işverenin olağan iş sınırları içinde kalıp kalmadığı, c) çalışanın, bağımsız ola-

Platform çalışanlarının sosyal güvenlik hukuku açısından değerlendirme için ayrıca bkz., Uğur, 260 vd.

³⁵ Civan, 2021 Yılı Kararları, 516.

³⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 175.

³⁷ Çelebi Demir, 606; Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin işyerine etkisi açısından bkz. Doğan Yenisey, Üretimin Değişen Yapısı, 170 vd.

³⁸ Bu konuda değerlendirmeler için bkz. Civan, 2021 Yılı Kararları, 513 vd.

³⁹ Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 286; Çelebi Demir, 607; ayrıca işin işverene ait işyerinde çalışma koşulunun artık aranmaması yönünde görüş için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 89. Yazarlara göre, bu konuda önemli olan işin işverene ait işyerinde yapılması değil, işverene ait iş organizasyonu kapsamında yapılmasıdır; ayrıca bkz. Saraç, Coşkun: 506 sayılı Yasaya Göre Sigortalı Sayılmalı Hizmet Sözleşmesine Dayanarak İşverene Ait İşyerinde Çalışma Koşulu, Çimento İşveren, Kasım 1993, 22-23; Uğur, 205.

⁴⁰ Civan, 2021 Yılı Kararları, 517-518.

rak yürütülmesi mutad olan bir mesleki veya ticari faaliyeti yürütmekte olup olmadığı ölçütlerinden hareket edilmektedir⁴¹.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay verdiği kararlarda sosyal sigortalar açısından iş sözleşmesinin varlığını, “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarından hareketle belirlemektedir. Yüksek Mahkemeye göre bu unsurlar, hizmet sözleşmesinin ayırıcı ve belirleyici özelliklerini oluşturur⁴².

Yargıtaya göre, “*Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, hizmet akdinin ayırt edici ve belirleyici özelliği, “zaman” ile “bağımlılık” unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır*”⁴³.

ee) İş sözleşmesinin konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayrılması

Bir kimsenin iş sözleşmesine göre çalışıp çalışmadığının tespiti, bu bağlamda da iş sözleşmesinin konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayırt edilmesi her zaman çok kolay olmamaktadır. Gerçekten kişinin iş sözleşmesi ile mi çalıştığı yoksa eser sözleşmesine göre bir sonuç taahhüdünde mi bulunduğu ya da taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet mi yoksa iş ilişkisine mi dayandığı birçok olayda uyuşmazlık konusu olmaktadır. Öğretide de belirtildiği gibi, çalışma ilişkilerinin dinamik ve karmaşık görünüşleri dikkate alındığında, taraflar arasındaki ilişkinin dayandığı hukuksal kalıbı (hizmet, vekâlet, istisna sözleşmesi) açıklıkla ortaya koyabilmek her zaman kolay olamamaktadır⁴⁴. Bunun gibi bazen de taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet ya da istisna sözleşmesinin dışında ortaklık ilişkisine dayandığı iddiasında da bulunulabilmektedir. Yargıtay da somut olayın özelliklerini dikkate alarak taraflar arasındaki ilişkinin dayandığı sözleşmeyi tespit etmektedir.

Yargıtay, yerleşik kararlarıyla, 506 sayılı Kanun döneminde Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşullarını üç başlık altında toplamıştı: 1. Çalışma ya da iş ilişkisinin, kural olarak, iş sözleşmesine dayanması, 2. İşin işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde

⁴¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. *Civan*, 2021 Yılı Kararları, 518; testler hakkında ayrıca bkz. *Baycık/Civan/Tolu Yılmaz/Bosna*, 748-750.

⁴² Öğretide zaman unsurunu da esas alan değerlendirmeler için bkz. *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 285; *Sözer*, Sigorta İlişkisi, 30 vd.

⁴³ Yarg. 10 HD., 19.2.2024, E. 2024/215, K. 2024/1474; Yarg. 10 HD., 19.12.2023, E. 2023/11354, K. 2023/13048, kararlar için bkz. (www.kazanci.com); Ayrıca bkz. Yarg. 10 HD., 23/02/2021, E. 2020/7087, K. 2021/2010, Çalışma ve Toplum, 2021/3, (70) 2473-2476.

⁴⁴ *Güzel/Okur/Caniklioglu*, 81.

yapılması, 3. Çalışanın SSK. m. 3'te (şimdi m. 6) sayılanlar arasında bulunmaması⁴⁵. Fakat yeni esnek çalışma ilişkileri karşısında işin işverene ait işyerinde yapılmasına ilişkin koşulun işin işverene ait organizasyon kapsamında yerine getirilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği öğretide haklı olarak ileri sürülmüştü⁴⁶. Nitekim Yargıtay da yeni tarihli kararlarında sigortalı sayılmanın koşullarını "a) Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet sözleşmesine dayanması, b) **işin işverene ait iş yerinde ya da iş yerinden sayılan yerlerde iş organizasyonu içerisinde yapılması**, c) çalışanın 506 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde (5510 Sayılı Kanun'un 6. maddesi) belirtilen istisnalardan olmaması" şeklinde sıralamakta ve sigortalı olabilmek için bu koşulların bir arada bulunmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir⁴⁷.

Sigortalı sayılmak için bu üç koşulun tümünün aynı anda gerçekleşmesi zorunlu olup birinin eksik olması, 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi anlamında sigortalı sayılmaya engeldir⁴⁸. Özel hükümlerin öngördüğü istisnalar açısından ise durum farklılık gösterir ve böyle bir istisna hükmünün varlığı halinde, anılan koşulları taşımayanlar da m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılırlar⁴⁹.

Ekleyelim ki kişinin m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılması açısından iş sözleşmesi ile çalışması yeterli olup Türk Borçlar Kanunu da dahil hangi iş kanununun kapsamında olduğu önem taşımaz⁵⁰. Bunun gibi iş sözleşmesinin türü de m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olmak açısından önemli değildir⁵¹. Sigortalıya ödenen ücretin türü de sigortalılık sıfatının kazanılmasına etkisi yoktur. Sigortalının zamana göre ya da verime göre ücret alması, parça başı ücretle çalışması veya bahşiş karşılığı çalışması önemli olmadığı gibi, bazı Yargıtay kararlarına konu olduğu üzere bağımlılık unsuru mevcut olduğu sürece vahidi fiyatla çalışması da⁵² onun sigortalılığı açısından önem taşımaz. Bir diğer deyişle sigortalının ücret rejimi sigortalılık sıfatı açısından önemli değildir⁵³.

⁴⁵ Yarg. 10. HD., 27.3.2007, E. 2006/16493, K. 2007/473, (www.legalbank.net).

⁴⁶ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 89; *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 286-287.

⁴⁷ YHGK, 4.3.2021, E. 2016/21-1856, K. 2021/206; aynı yönde YHGK, 11.2.2021, E. 2017/21-2115, K. 2021/70; Yarg. 21. HD., 18.6.2020, E. 2020/1168, K. 2020/2450, (www.kazanci.com).

⁴⁸ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 79.

⁴⁹ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 79.

⁵⁰ *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 284; *Sözer*, Sosyal Sigortalar, 71; *Arıcı*, Sosyal Güvenlik, 222; *Sümer*, Sosyal Güvenlik, 39; *Bulun Tokkaş*, 129.

⁵¹ *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 284; *Sümer*, Sosyal Güvenlik, 39.

⁵² Yarg. 10 HD, 15.2.2016, E. 2014/22488, K. 2016/1895; Yarg. 10 HD., 25.6.2015, E. 2015/5644, K. 2015/12802; Yarg. 21. HD. 4.2.1997, E. 1997/544, K. 1997/573, kararlar için bkz. (www.kazanci.com) .

⁵³ *Sözer*, Sosyal Sigortalar, 71-72; ayrıca bkz. *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 285; *Sümer*, Sosyal Güvenlik, 39.

Sigortalılık niteliğinin kazanılması açısından çalışılan gün sayısının da bir önemi bulunmamaktadır. Bağımlılık ilişkisi bulunduğu sürece bir günlük işlerde de kişinin sigortalı olması gerekir. Örneğin bir organizasyon şirketinde bağımlı bir biçimde bir ya da iki günlük bir organizasyon kapsamında çalıştırılan kişinin de m.4/1, (a) bendine göre sigortalı olması gerekir⁵⁴. Ancak özellikle eser sözleşmesine konu olabilecek tek günlük işlerde bağımlılık ilişkisinin daha özel olarak değerlendirilmesi ve taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine mi yoksa iş sözleşmesine mi dayandığının özenle tespiti de gerekir.

Elçiliklerde iş sözleşmesi ile çalışanlar da m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılırlar (SSİY, m. m.9/1, ç)⁵⁵. Türk karasularında ya da uluslararası sularda olup olmadığına bakılmaksızın Türk bayraklı gemilerde çalışan gemi adamları da m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalıdırlar⁵⁶, fakat buna karşılık yabancı bayraklı gemilerde çalışanlar m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olmazlar⁵⁷.

Yargıtay da verdiği pek çok kararlar kimlerin m.4/1, (a) bendine göre sigortalı olduğunu netleştirmektedir. Yargıtaya göre, profesyonel futbolcu⁵⁸, voleybol antrenörü⁵⁹, basketbolcu⁶⁰, tercüman rehber⁶¹, köy kâtibi⁶², köy bekçiliği ve

⁵⁴ Öğretide Sözer de yevmiyeli yani gündelikle çalışanların da sosyal sigortalının kapsamında olduğunu belirtmektedir, *Sözer*, Sosyal Sigortalar, 73; ayrıca bkz. *Centel*, 143; *Bulun Tokkaş*, 130.

⁵⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. 2013/11 sayılı Kurum Genelgesi, 111; ayrıca bkz. *Sözer*, Sosyal Sigortalar, 75; *Alper*, Sosyal Sigortalar, 69; *Şakar*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 203.

⁵⁶ *Alper*, Sosyal Sigortalar, 71.

⁵⁷ *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 290.

⁵⁸ Yarg. 10 HD., 22.3.2023, E. 2023/2107, K. 2023/3046; Yarg. 10. HD., 9.2.2021, E. 2020/3627, K. 2021/1333; Yarg. 21. HD., 28.5.2015, E. 2014/17443, K. 2015/12198, kararlar için bkz. (www.kazanci.com); Kurumun 2013/11 sayılı Genelgesinde de profesyonel sporcular sigortalı sayılmaktadır, 7.

⁵⁹ Yarg. 21. HD., 3.12.2018, E. 2017/4264, K. 2018/8930, (www.kazanci.com).

⁶⁰ Yargıtaya bu kararında amatör ve profesyonel sporculuk ayırımından ve bağımlılık unsurlarından hareket ederek sonuca ulaşılması gerektiğini belirtmiştir. Yarg. 10 HD., 7.4.2014, E. 2014/450, K. 2014/7914, (www.kazanci.com).

⁶¹ Yarg. HGK, 14.4.1982, 1643/359; Yarg. 10. HD., 5.4.1983, 867/1758, *Güzel/Okur/Canıklıoğlu*, 82

⁶² Yargıtaya göre, "Dosya kapsamındaki kayıt ve belgelerden; davacının, 01.09.2009-30.08.2014 tarihleri arasında davalı işyeri dışında işyerlerinden kesintisiz tam gün bildirimlerinin yapıldığı, davacının davalı işyerinden 31.08.2009 tarihinde mücbir nedenlerden dolayı kendi isteği ile işten ayrılmak istediğini, muhtarlığın köy kararına istinaden akşam 17.30'dan itibaren tam mesai olarak hizmet verebileceğini **Bostanlı Köyü Muhtarlığına bildirdiği, Köy Muhtarlığı tarafından davacının bu şekilde çalışma talebinin kabul edildiği, köy karar defterlerinde davacının köy katibi olarak çalıştığı belirtiltiği, 2009-2014 yılları arasındaki köy karar defterlerinin davacı tarafından yazıldığı, davacının köy katipliği dışında çalıştığına dair beyanların davacının davalı işyeri dışındaki tam gün çalışması da dikkate alındığında olağan olmadığı, davacının köy katibi olarak çalıştı-**

köy çobanlığı yapan kişi⁶³, akademi öğrencilerine çıplak modellik yapan manken⁶⁴, bağımlılık ilişkisi mevcutsa avukat⁶⁵ m. 4/1, (a) bendi uyarınca sigortalıdır. Nihayet Yargıtaya göre vakıf üniversitesinde yüksek lisans ve doktora yaparken üstlendiği taahhütname karşılığı tüm akademik faaliyetlere katılan kişinin sigortalı sayılması gerekir⁶⁶.

Bu konuda 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunundaki bir hükmü de gözden uzak tutmamak gerekir. Zira anılan Kanuna göre, meslek icrasına hak kazanan “serbest muhasebeciler,” “serbest muhasebeci mali müşavirler” bu unvanlarla; “yeminli mali müşavirler” ise bu unvan ve tasdik yetkisiyle, muhasebecilik ve mali müşavirlik mesleğinin konusuna giren işlerin yürütülmesi amacıyla gerçek ve tüzel kişilere tabi ve onların işyerlerine bağlı olarak hizmet akdi ile çalışamazlar (m. 45). Dolayısıyla, anılan kişiler m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmayacaklardır⁶⁷. Bunun gibi Yargıtay kararları dikkate

ğının kabulü ile; katip olarak yaptığı işlerin süresi, yukarıda belirtildiği şekilde kısmi çalışmaya göre belirlenip sonucuna göre karar verilmelidir”, Yarg. 10 HD., 25.12.2017, E. 2015/22981, K. 2017/9204; başka bir karar için bkz. Yarg. 10 HD., 2.6.2011, E. 2009/9002, K. 2011/8129, (www.kazanci.com).

⁶³ Yarg. 10 HD., 1.4.2024, E. 2024/2616, K. 2024/3517, (www.kazanci.com).

⁶⁴ Yarg. 9. HD., 13.11.1980, 10890/11676, *Güzel/Okur/Caniklioglu*, 83.

⁶⁵ Yarg. 10 HD., 16.2.2022, E. 2021/4135, K. 2022/1936, (www.kazanci.com).

⁶⁶ Yarg. 21. HD., 11.02.2008, E. 2008/240, K. 2008/1842, Yılmaz, Halil/Kalemci, Mahmut, Yargıtay’ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara 2014, 699-703; Burs karşılığı doktora yapan öğrencinin sigortalı sayılacağı konusunda bkz. *Yılmaz, Halil: Yargıtay’ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Se-çilmiş Kararları (2014-2015)*, Ankara 2016, 696. Yargıtaya anılan kararına göre, “Davacı yönünden sigortalılık koşullarını değerlendirdiğimizde, taraflar arasında zaman ve bağımlılık unsurlarının da oluştuğu hizmet akdine dayalı bir sözleşmenin bulunduğu, işin görüldüğü işyerinin mevcut olduğu, çalışmanın eylemli olduğu, çalışan kişinin Kanun’un 3. maddesinde gösterilen kişilerden olmadığı, sigortalılığın oluşumu için şart koşul olmamakla birlikte ödemenin de bulunduğu, böylece sigortalılık şartlarının tümüyle oluştuğu, gerek taraflar arasında imzalanan taahhütnameden gerekse dosyadaki diğer delillerden ve tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. **Yalnızca taahhütnamedeki şartlar incelendiğinden dahi sigortalılığın tüm koşullarının mevcut olduğu bu duruma göre taahhütnamenin imza tarihi olan 3.9.2001 tarihinden davacının işiğinin keildiği 10.09.2003 tarihine kadar olan ve doktora eğitimi adı altında gerçekleşen dönemde hizmet akdi ile çalışmanın varlığı açıktır**, öte yandan 1.9.1999-3.9.2001 tarihleri arasındaki yüksek lisans (master) dönemine dair taahhütname getirilmemiş ise de dosyadaki belgelerden davacının bu süreçten geçerek doktora eğitimine devam ettiği ve taahhütnamenin master öğrencileri ile ilgili koşulları da içerdığı görülerek, tanık beyanları, taahhütname, yazılar ve belgelerden bu dönemde de hizmet akdi ile çalışmanın mevcut olduğu sonuç olarak 1.9.1999-10.9.2003 tarihleri arasındaki sürede, istemin kabulünün gerektiği açıktır”.

⁶⁷ *Güzel/Okur/Caniklioglu*, 83; *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 286; 506 sayılı Kanun dönemi-ne ilişkin olarak farklı yöndeki karar için bkz. Yarg. 10. HD., 31.10.1995, E.1995/8571, K.1995/9042, (www.kazanci.com).

alındığında, jockeyler ve 6132 sayılı Kanun kapsamındaki antrenörler⁶⁸, belediye meclisi üyeleri arasından seçilerek atanan başkan yardımcıları⁶⁹, geçici köy korucuları⁷⁰ da, iş sözleşmesine göre çalışmadıkları için m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılamazlar. Ancak önemle ekleyelim ki, geçici köy korucuları (güvenlik korucuları⁷¹) 17.4.2017 tarih ve 690 sayılı KHK'nın 48. maddesiyle 5510 sayılı Kanuna Ek m.15 ile bu Kanun açısından m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılmışlar (Ek m. 15/1), ardından söz konusu hüküm 1.2.2018 tarih ve 7077 sayılı Kanunun 44. maddesi ile aynen kabul edilmiştir.

BAĞIMLILIK UNSURU İLE İLGİLİ YARGITAY KARARLARI:

Yukarıda da belirtildiği gibi m.4/1, (a) bendi açısından sigortalı sayılmak için iş sözleşmesine göre çalışmak gerekmekte olup, iş sözleşmesinin belirleyici unsuru da bağımlılık unsurudur. Yargıtay da verdiği pek çok kararda bu unsurun mevcudiyeti açısından dikkate alınması gereken ölçütleri belirlemiştir.

(1). İnternet sitesi yapımı ve sonrasında internet sitesinin yönetimi işi

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2024 yılında önüne gelen bir uyuşmazlıkta yeni çalışma biçimleri karşısında bağımlılık unsurunun nasıl tespit edilmesi gerektiğine ilişkin bizce de önemli bazı tespitlerde bulunulmuştur. Aşağıda karar öneminden ötürü biraz daha geniş bir şekilde verilecektir.

⁶⁸ Yarg. 10. HD., 13.4.1984, 654/794; 18.2.1985, 29/879. Buna karşılık Yarg. 10. HD., 2016 yılında verdiği bir kararda At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jockeylerin 1.10.2008 tarihinden önceki dönem için m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılabileceği sonucuna ulaşmıştır, (Yarg. 10. HD., 11.2.2016, E.2015/17939, K. 2016/1655, (www.kazanci.com). Yargıtaya göre, 5510 sayılı Kanun m. 4/3 uyarınca At Yarışları Hakkında Kanun kapsamındaki jockey ve antrenörler m. 4/1, (b) bendine göre sigortalı sayıldıkları için sözü edilen kişilerin 1.10.2008 tarihinden önceki dönem için -bağımlılık ilişkisinin var olduğu durumda- m. 4/1, (a) bendine göre, anılan tarihten sonrası için ise m. 4/1, (b) bendine göre sigortalı sayılmaları gerekir.

⁶⁹ Yarg. 10. HD., 10.5.1999, 8704/3066, *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 84.

⁷⁰ Yargıtay 10. HD'ne göre, 1985 yılında kabul edilip yürürlüğe giren 3175 sayılı Kanunla ihdas edilen geçici köy koruculuğu sisteminin asli unsuru niteliğindeki geçici köy korucularının valinin önerisi ve İçişleri Bakanı'nın onayı ile görevlendirilerek, bir anlamda ataması yapılması karşısında istihdam edildikleri İçişleri Bakanlığı ile aralarında hizmet akdi ilişkisi bulunmaz, 18.12.2008, E. 2007/14922, K. 2008/16270, (www.kazanci.com).

⁷¹ 442 sayılı Kanunda düzenlenen korucular daha önce geçici köy korucuları biçiminde isimlendirilirken 3.10.2016 tarihli ve 676 sayılı KHK'nin 8. maddesiyle, Kanunda yer alan "geçici köy" ibareleri "güvenlik", biçiminde değiştirilmiş, daha sonra söz konusu hüküm 1.2.2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanunun 8. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Güvenlik korucuları hakkında geniş bilgi için bkz. *Sözer*, Ali Nazım: Türk Hukukunda Güvenlik Koruculuğu", DEÜHF Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, 2253-2279.

YHGK'nun önüne gelen uyuşmazlıkta davacı, bir gazetede köşe yazarlığı yapan davalının köşe yazılarının yer aldığı kısımda belirtilen elektronik posta adresine gelen yazıları okuyup gerekli görülenlerin incelenmesi ve cevaplanması için hazırlanması, internet ve network ağını organize etme işlerini yaptığını, ardından davalıya ait internet sitesi yapımına başladığını ve davalı adına iki elektronik posta adresi daha oluşturarak gelen yazılardan gerekli görülenleri davalının internet adresine gönderdiğini, ayrıca gelen soruları yanıtladıktan sonra davalıya veya asistanına bilgi verdiğini, davalı adına resmi internet sitesinin açılmasından sonra da editör olarak gece-gündüz evinde çalışmaya başladığını, bu doğrultuda davalının yazılarıyla ilgili editör imzasını kullanarak bazı köşe yazarlarına açıklamalar gönderdiğini, öte yandan ajans ve medya takip merkezlerinden gelen listeye göre davalının adı geçen haber, yorum, köşe yazısı ve video gibi her türlü bilgiye internet sitesinde yer verilmesi, davalı ile ilgili her türlü haberin takip edilmesi, davalının katıldığı televizyon ve radyo programlarının montajını yaparak internet sitesine kaydedilmesi, internet sitesine yapılan yorumların takip edilerek uygun olmayanların kaldırılması, internet sitesinin sürekli olarak yedeklenmesi işlerini yaptığını iddia ile hizmet tespit davası açmıştır.

İlk derece mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararın taraflar ve fer'i müdahil Sosyal Güvenlik Kurumu vekilleri tarafından istinaf edilmesi üzerine bölge adliye mahkemesince istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi kararı davalı ve fer'i müdahil Sosyal Güvenlik Kurumu vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 10. HD'nce ilk derece mahkemesinin verdiği karar, taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olup olmadığının araştırılması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Yargıtay 10. HD'nin Bozma kararı göre;

*“...Gelişen teknoloji, insan ihtiyaçlarındaki çeşitlilik ve artış, insanların geçim kaynağı sağlama konusundaki yeni yaklaşımları, değişen sosyo-ekonomik yapı; yeni istihdam ilişkilerinin doğmasına ve çalışma hayatında atipik sözleşmelerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Anayasa'da temelini bulan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme, sözleşme yapma ve çalışma hakkı karşısında kural olarak taraflar ekonomik menfaatlerinin gerektirdiği şekilde sözleşme yapabilirler. **Yapılan sözleşmelerin nitelendirilmesi; tarafların hak ve borçlarının mevcut hukuk kuralları kapsamında belirlenmesi yönünden önemlidir. Sosyal güvenlik mevzuatının emredici ve kamu düzeni karakterli olması nedeniyle, sosyal güvenlik davalarında, sözleşmelerin nitelendirilmesi daha da önemlidir. Zira sözleşmenin hizmet akdi olarak kabul edilip edilmemesi sigortalılık statüsünün belirlenmesinde farklılık yaratacaktır. Son yıllarda internet üzerinden sadece mal alışverişi olanaklı hale gelmemiş, bunun yanında hizmet alımı veya eser alımı sözleşmeleri de mümkün hale gelmiştir. Söz konusu atipik yeni çalışma modellerinin, teknolojinin süratle gelişmesi karşısında, geleceğin çalışma biçimleri olduğu ileri sürülmektedir. İhtiyacı olan herkes bu yön-***

temle internet üzerinden anlaşma yapıp hizmet veya eser alma imkanına sahiptir. Bu tür atipik ilişkiler gelecekte daha da artarak hayatımızda yerini alacaktır.

Hizmet akdini, konusu iş görme borcu doğuran diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden ayırt etmek bazen oldukça zor olabilmektedir. Bu sözleşmelerde ortak yön, bir iş görme borcunun mevcut olmasıdır. İş Kanunu m.8'de, "...bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir..." diyerek iş sözleşmesini tanımlamıştır. 818 Sayılı BK m.313'de "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona ücret vermediği taahhüt eder..." şeklinde tanımlanmıştır. 1.7.2012'de yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK m.393'de ise "...işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanım yapılmıştır. Bu şekilde hizmet akdinin kanuni unsurları, "iş görme", "ücret" ve "bağımlı çalışma" olarak ortaya çıkmaktadır.

Hizmet akdini, diğer iş görme borcu olan sözleşmelerden ayıran temel unsur "bağımlılık" unsurudur. Bağımlılık; işçinin, işverenin talimatına göre ve onun denetiminde çalışmasını ifade eder. İşçinin, işyerinde çalıştığı tüm yönetimin işverence belirlendiği iş ilişkilerinde "bağımlılık" unsurunu tespit etmek daha kolaydır. **Uygulamada şu hallerde bağımlılık unsurunun bulunduğu kabul edilir: a- İşin işyerinde yapıldığı, b- Malzemenin işveren tarafından sağlandığı, c- İş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat aldığı, d- İşin iş sahibi veya yardımcısı tarafından kontrol edildiği e- Sermaye koymadan kendisine ait iş organizasyonu olmadan faaliyet gösterdiği f- Ücretin ödeniş şekli...** Bu durumlarda dahi çalışanın iş yerinde üretim araçlarına sahip olup olmamasına, kar ve zarara katılıp katılmamasına, karar verme özgürlüğüne sahip olup olmamasına göre "bağımlılık" unsurunun somut verilere göre değerlendirilmesi gerekir. "Bağımlılık" unsurunu mutlak ve her hukuki ilişkide birebir aynı ölçütlerde tespit etmek mümkün değildir. Atipik hizmet ilişkilerinde ise "bağımlılık" unsuru değişmiş, esnek çalışmaya dönüşmüştür. Fakat bu ilişkilerde de hizmet akdinde bulunması gereken "bağımlılık" ilişkisinin, esnek de olsa mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu belirleme "işçinin işverene ait iş organizasyonu kapsamında çalışmasına" göre yapılmalıdır.

Freelance çalışmanın kelime karşılığı, "serbest çalışma" veya "serbest meslek" anlamına gelmektedir. Bu yöntemle yazarlık, editörlük, tercümanlık, ders alma, bilgisayar programı yapma v.b internet üzerinden alınabilecek ve/veya yapılabilecek hizmetler "evde çalışma" yöntemiyle görülebilmektedir. Kural olarak bu tarz çalışma biçiminde, taraflar arasında bağımsızlık vardır. İş gören riskleri kendisine ait olmak üzere aldığı işi; istediği yerde, istediği zamanda görebilecektir. İş kabul edip etmemekte serbesttir. İşin yapılmasını isteyen ile arasında bağımlılık ilişkisi zayıftır. İşverenin denetim ve talimat yetkisi oldukça sınırlı düzeydedir. Kısa süreli

bir ilişki olup işini yapmakla aradaki ilişki sona erecektir. Kendisine ait organizasyonun kapsamında çalışacaktır. Bu çalışma biçiminde kural olarak çalışan, kendi adına bağımsız olarak iş gören durumundadır. **Fakat yeni tip sözleşmeler hakkında yorum yapılırken, taraflar arasındaki ilişkinin özelliklerine ve mahiyetine göre, değerlendirme yapılmalı, ilişkinin “kendi adına bağımsız çalışmayı” aşan ve “işverene hizmet sözleşmesi ile bağımlı” çalışma niteliği kazanıp kazanmadığı belirlenmelidir.** Bu konuda peşin hüküm vermek mümkün değildir. Sayısız şekilde ortaya çıkabilecek ilişkiler; her somut olayda, taraflar arasındaki ilişkilere, olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmeli ve mevcut mevzuat hükümlerine göre nitelendirilmelidir. Bu nedenle ilişkinin niteliği araştırılıp, kendi adına bağımsız çalışmayı aşan hizmet akdi boyutu kazanan bir ilişki olup olmadığı incelenmelidir.../...

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında davalı işverenin iş organizasyonunun niteliği ve faaliyet alanı esas alınmak suretiyle; davacıdan iddiasına konu çalışmayla ilgili hizmet alınmasıyla ilgili olarak bir sözleşme olup olmadığı; verilen işin spesifik bir iş yapımı (eser) hakkında mı yoksa düzenli olarak işverenin faaliyeti ile ilgili rutin işleri hakkında mı olduğu; işin kontrol ve denetiminin nasıl yapıldığı, işverence beğenilmeyen çalışmalar olduğunda düzeltmenin nasıl sağlandığı, çalışanın bilgi ve cevap verme hükümlüğü olup olmadığı; işin teslimi/yapılması için sürenin nasıl belirlendiği, süresinde teslim edilmemesi/yapılmaması halinde yaptırımının ne olduğu; çalışmanın düzenli olarak her gün yapılıp yapılmadığı, günde kaç saat çalışıldığı; ilişkinin sona erme sebebinin ne olduğu; iş görenin başka kişilere de aynı yöntemle hizmet verip vermediği; evden çalışma şeklinde de olsa kendisine ait bir iş organizasyonu olup olmadığı, iş görenin başkasını çalıştırıp çalıştırmadığı; ilişkilerin bozulmasına dair bir risk söz konusu olmadan verilen işi reddedip edemeyeceği; ücretin nasıl belirlendiği, telif ücreti mi, aylık mı olduğu, ekstra ödeme yapılıp yapılmadığı konuları araştırılmalıdır. Bu konuda yeteri kadar işyeri ve taraf tanıkları da dinlenmelidir. Bu sebeplerle tüm deliller birlikte değerlendirilerek ilişkinin kendi adına bağımsız çalışma mı yoksa hizmet akdi ile davalı işverene bağımlı bir çalışma mı olduğu belirlenerek sonucuna göre karar verilmelidir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmadan mahkemece verilen hüküm usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”.

İlk derece mahkemesinin bozma kararına direnmesi üzerine YHG'nun kararı:

“3. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, mülga 506 Sayılı Kanun ve halen yürürlükte olan 5510 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları başlıca üç başlık altında toplanmaktadır.

4. Bunlar: a) Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet sözleşmesine dayanması, b) işin işverene ait işyerinde ya da işyerinden sayılan yerlerde iş organizasyonu içe-

risinde yapılması, c) çalışanın 506 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde (5510 Sayılı Kanun'un 6. maddesi) belirtilen istisnalardan olmaması şeklinde sıralanabilir. Sigortalı olabilmek için bu koşulların bir arada bulunması zorunludur.

5. Dolayısıyla sigortalı olarak çalışabilmenin temel koşulu, hizmet sözleşmesine dayalı çalışmanın bulunmasıdır. Bu anlamda bir sözleşme, hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmediğinde sigortalılıktan söz edilmesi de mümkün olmayacaktır.../...

10. İş Kanunu ve 6098 Sayılı Kanun'da yer alan tanımlar dikkate alındığında hizmet akdinin unsurlarını iş görme, ücret ve bağımlılık oluşturmaktadır. Belirtilen unsurlar aynı zamanda söz konusu sözleşmenin ayırt edici özellikleri olup sözleşmenin taraflarının kararlaştırmış oldukları ilişkinin iş ilişkisi olarak tasnif edilip edilemeyeceği noktasında önem taşımaktadır.../...

14. Nihayet hizmet akdinin varlığı için gerekli olan üçüncü unsur bağımlılık unsuru olup hizmet akdinde işçi, üstlendiği iş görme edimini az veya çok olmakla birlikte işverenine bağlı olarak yani onun gözetim ve denetimi altında yapmaktadır.

15. Hizmet akdinin belirlenmesinde bağımlılık unsurunun varlığı zorunlu bulunmakla birlikte bunun ne tür bir bağımlılık olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Hizmet akdinde bağımlılık ilişkisini bir ekonomik veya teknik bağımlılık olarak değil kişisel/hukuki bağımlılık olarak anlamak uygun olur. Çünkü işverenin otoritesi altında çalışan, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda olan işçinin hizmet akdinde bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgilidir. Başka bir deyişle hizmet akdinin özünde diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak bir otorite/bağımlılık ilişkisi vardır ve işveren işçinin kişiliği üzerinde başka sözleşmelerde bulunmayan bazı yetkilere sahiptir. İşçi işgücünü işverenin yararlanmasına sunar. İşçinin işgücü ise onun kişiliğinin bir unsuru ve ayrılmaz parçasıdır (Süzek, s.225).

16. İşçi işgörme edimini işverenin gözetim ve denetimi altında, onun vereceği talimatlar doğrultusunda yerine getirir. Başka bir ifadeyle işçi, işverenin yönetim, denetim ve gözetimi altındadır. İşçi iş görme edimini yerine getirirken işverenin çalışma yeri, saatleri ve çalışma biçimi konularında vereceği talimatlara uyma yükümlülüğü mevcut olup bu, işçinin işverene kişisel bağımlılığını ortaya koymaktadır.

17. Bu durumda işçinin hizmet akdi ile üstlendiği edimin iş görme edimi olması, bu edimini işverenin gözetim ve denetimi altında, onun verdiği emir ve talimatlar doğrultusunda yerine getirmesi, kural olarak çalışılan yerin, çalışma saatlerinin işveren tarafından belirlenmesi, üretim araç ve gereçlerinin, mamul ve yarı mamul maddelerin işveren tarafından temin edilmesi karşısında iş sözleşmesinde ekonomik riskin işveren üzerinde olduğu açıktır. Başka bir deyişle işverenin iş sözleşmesinde egemen olması, işçinin iş görme edimi nedeni ile ekonomik risk altına girmemesini gerektirir. Ekonomik riskin işverende olması, yapılan işin sonucunun işçiyi etkilememesi, işveren zarar etmiş olsa bile işçinin çalışmasının, yerine getirdiği iş görme ediminin karşılığı olan ücreti isteyebilmesi, işin kar ve zararının işveren

üzerinde olması, işveren zarar etmiş olsa bile işçiye ücretini ödemesi anlamına gelmektedir.

18. Bugün bağımlılık, hizmet akdinin karakteristik bir unsuru olarak değerlendirilmekle ve hatta bu sözleşmenin *sina qua non* unsuru kabul edilmekle birlikte işletme içinde işgal edilen mevki, taahhüt edilen işin niteliği gibi faktörlere göre her iş ilişkisinde farklı yoğunluğa sahip, bu nedenle de kapsamı ve derecesi bakımından göreceli bir kavramdır (H. Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, İş Hukuku, Ankara, Beşinci Baskı, 2012, s.311).

19. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucu sanayi toplumunun yerini bilgi toplumunun alması iş hukukunu ve işçi kavramını etkilemekte, bazı yasal kuralların esnekleştirilmesini zorunlu hale getirmekte ve yeni istihdam türlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Buna rağmen hizmet akdini belirleyen bağımlılık ilişkisinin geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir. Ancak bağımlılık ilişkisinin ortaya konulmasında bu gelişmelere uygun bazı esaslardan yararlanmak gerekir (Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canpolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 28.Baskı, 2015, s.118).../...

21. Gelinen noktada isimsiz/atipik sözleşme ve freelance (serbest çalışma) ile ilgili kavramlara kısaca değinilmesinde yarar bulunmaktadır.

22. Türk Borçlar Kanunu'nda ya da özel bir kanunda düzenlenmiş sözleşmelere isimli/tipik sözleşmeler adı verilirken, Türk Borçlar Kanunu'nda ya da özel kanunlarda düzenlenmemiş sözleşmelere isimsiz/atipik sözleşmeler denilmektedir. Bir sözleşmenin tipik olarak nitelendirilebilmesi için bu sözleşmenin sadece ismen mevzuatta belirtilmiş olması yeterli olmayıp, sözleşmenin objektif esaslı unsurları ile hüküm ve sonuçlarının da düzenlenmiş bulunması gerekmektedir.

23. Gelişen teknoloji, insan ihtiyaçlarındaki çeşitlilik, geçim kaynağının sağlanmasına yönelik yeni yaklaşımlar, değişen sosyal ve ekonomik yapı yeni istihdam ilişkilerinin doğmasına ve çalışma hayatında atipik sözleşmelerin çalışma şekilleri veya ilişkilerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Son yıllarda internet üzerinden sadece mal alışverişi olanaklı hale gelmemiş, hizmet veya eser alımı da mümkün hale gelmiştir.

24. Freelance çalışma herhangi bir işveren ya da şirkete uzun vadeli sözleşmelerle bağlı olmayan, sürekli olarak istihdam edilmeyen belirli görev ya da hizmetler için iş gören kişilerin yaptığı çalışma biçimi olarak tanımlanmaktadır (Ekrem Erdoğan, Serpil Çiğdem, "Gig Ekonomisi ve Freelance İşgücünün Yükselişi Freelance Com Üzerinden Bir Değerlendirme", Sakarya Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Seçme Yazılar II, Sakarya 2018, s. 243).

25. Bu çalışma yöntemiyle internet üzerinden yapılabilecek hizmetler yazarlık, editörlük, tercümanlık, ders verme ve bilgisayar programcılığı olarak sayılabilir.

26. *Freelance çalışmada iş gören işi kabul edip etmemekte serbest olmakla birlikte işi kabul ettiği takdirde riskler kendisine ait olmak üzere iş görme edimini istediği yerde ve zamanda kendisine ait organizasyon kapsamında yerine getirmesiyle iş ilişkisi sona erebilmektedir. **Görüldüğü üzere bu çalışma biçiminde iş sahibi ile iş gören arasındaki bağımlılık ilişkisi oldukça zayıf olup hizmet alanın denetim ve talimat verme yetkisi sınırlı düzeydedir.***

27. *Bu durumda atipik sözleşme niteliğinde olan freelance çalışmanın taraflar arasındaki ilişkinin özelliğine ve mahiyetine göre değerlendirme yapılarak kendi adına bağımsız çalışmayı aşan işverene hizmet sözleşmesiyle bağımlı çalışma niteliği kazanıp kazanmadığı belirlenmelidir. Bu belirleme esnasında hizmet akdinde bulunması gereken bağımlılık unsurunun esnek de olsa mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. O halde her somut olaya göre taraflar arasındaki ilişki ve olayın özelliği esas alınarak değerlendirme ve yasal düzenlemeler gözetilerek nitelendirme yapılmalıdır.../...*

38. *Somut olayda İlk Derece Mahkemesince davacının 01.12.2005-06.08.2015 tarihleri arasında hizmet akdine dayalı olarak çalıştığının tespitine, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilen eldeki davada davacının 2005 yılının Mart ayından itibaren davalıya ait internet sitesi yapımıyla ilgilendiğini ve 23.01.2006 tarihinde resmi internet sitesinin açılmasından hizmet akdinin feshedildiği tarihe kadar editör olarak gece-gündüz evinde çalıştığını iddia ettiği, hizmet cetveline göre 11.12.2006-08.10.2013 tarihleri arasında isteğe bağlı sigortalılığının bulunduğu, davacı adına davalı işveren tarafından Kuruma hizmet bildirim yapılmadığı, davacı tanıklarının davacının davalıya ait elektronik posta hesaplarını kontrol ettiğini ve internet sitesinin editörü olarak çalıştığını, davalı tanıklarının ise davalının işlerinin ihbar olunan Ko-Medya A.Ş.'nin çalışanı tarafından yapıldığını işler yetişmediği takdirde davacıdan destek alındığını, karşılığının da ihbar olunan şirket tarafından ödendiğini beyan ettikleri, uyuşmazlık konusu çalışma döneminde tarafların kendi arasında ve ihbar olunan şirket çalışanıyla elektronik posta aracılığıyla görüşmeler yaptığı, davalının köşe yazılarında davacıyı internet uzmanı olarak nitelendirerek internet sitesinin kurulumu aşamasına değindiği, 25.01.2018 tarihli bilirkişi heyet raporuna göre davalıya ait internet sitesi yönetimi için yetkilendirilenler arasında davacının adının bulunduğu, 09.11.2018 ve 28.01.2019 tarihli bilirkişi raporlarına göre de davalıya ait internet sitesinin profesyonel olarak yönetilmesi gerektiği, site içeriğinde davalıya ait eserlerden başka farklı kaynaklardan gelen haber ve görsellerin olduğu, davacının siteye uzaktan erişim izni bulunduğu, hemen hemen her gün bilgi girişi yapıldığı ancak bilgi girişinin kim tarafından yapıldığının anlaşılamadığı, davacının işten ayrıldığını belirttiği tarihten sonra veri tabanında hareket bulunmadığı, davacıya ihbar olunan Ko-Medya A.Ş. tarafından banka aracılığıyla 10.05.2004-11.01.2015 tarihleri arasında ödemeler yapıldığı anlaşılmıştır.*

39. *Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde davalı işverenin iş organizasyonunun niteliği ve faaliyet alanı esas alınmak suretiyle davacının iddia ettiği çalışmayla ilgili olarak*

tarafklar arasında bir sözleşme bulunup bulunmadığı, yapılan işin spesifik bir iş yapımı yani eser mi yoksa davalının faaliyeti ile ilgili düzenli olarak yapılan rutin işler kapsamında mı olduğu, kontrol ve denetiminin nasıl yapıldığı, davalı işverence beğenilmeyen çalışmalar olduğu takdirde düzeltmenin nasıl sağlandığı, davacının bilgi ve cevap verme yükümlülüğünün olup olmadığı, taraflar arasında işin yapılması ve teslimi için sürenin nasıl belirlendiği, süresinde yapılmaması veya teslim edilmemesi durumunda yaptırımın bulunup bulunmadığı, davacının her gün düzenli olarak çalışıp çalışmadığı ve günde kaç saat çalıştığı, taraflar arasındaki ilişkinin sona erme sebebinin ne olduğu, davacının uyumsuzluk konusu dönemde dava dışı kişilere aynı çalışma şekliyle hizmet verip vermediği, evden çalışma şeklinde de olsa kendisine ait bir iş organizasyonu olup olmadığı, başkasını çalıştırıp çalıştırmadığı, ilişkilerin bozulmasına dair bir risk olmadan verilen işi reddedip edemeyeceği, taraflar arasında ücretin nasıl belirlendiği, belirlenen ücret telif ücreti mi yoksa aylık ücret mi olduğu, belirlenen ücret dışında ayrıca ödeme yapılıp yapılmadığı araştırılarak açıklığa kavuşturulmalı, ayrıca belirtilen hususlar gözetilerek taraf tanıkları ve işyeri tanıkları dinlenmeli, olduğu takdirde tanık beyanları arasındaki çelişki giderilmeli ve sonrasında dosya kapsamı birlikte değerlendirilip taraflar arasındaki ilişkinin kendi adına bağımsız çalışma mı yoksa hizmet akdi ile davalı işverene bağımlı bir çalışma mı olduğu belirlenerek sonucuna göre infaza elverişli bir karar verilmelidir.” (YHGK, 7.2.2024, E. 2022/10-1252, K. 2024/72).

(2) Bazı yapımların kurgu işinin yapılması:

Yargıtay 10 HD'nin önüne gelen bir uyumsuzlukta davacı işyerinde “kurgucu” olarak çalıştığını iddia etmiş, davalı taraf davacının sunduğu hizmetin iş sözleşmesine dayanmadığı, hizmetin serbest meslek olarak sunulduğu savunmasında bulunmuştur. Yargıtay ise verdiği kararda, mahkemece yapılacak araştırmada dikkate alınması gereken ölçütleri ortaya koyarak buna göre yeterli inceleme yapılmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur.

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında davalı şirketin iş organizasyonunun niteliği ve faaliyet alanı esas alınmak suretiyle; davacıdan iddiasına konu çalışmayla ilgili hizmet alınmasıyla ilgili olarak bir sözleşme olup olmadığı; verilen işin spesifik bir iş yapımı (eser) hakkında mı yoksa düzenli olarak şirketin faaliyeti ile ilgili rutin işleri hakkında mı olduğu; işin kontrol ve denetiminin nasıl yapıldığı, işverence beğenilmeyen çalışmalar olduğunda düzeltmenin nasıl sağlandığı, çalışanın bilgi ve cevap verme Yükümlüğü olup olmadığı; işin teslimi için sürenin nasıl belirlendiği, süresinde teslim edilmemesi halinde yaptırımının ne olduğu; çalışmanın düzenli

olarak her gün yapılıp yapılmadığı, günde kaç saat çalışıldığı; ilişkinin sona erme sebebinin ne olduğu; iş görenin başka kişilere de aynı yöntemle hizmet verip vermediği; evden çalışma şeklinde de olsa kendisine ait bir iş organizasyonu olup olmadığı, iş görenin başkasını çalıştırıp çalıştırmadığı; ilişkilerin bozulmasına dair bir risk söz konusu olmadan verilen işi reddedip edemeyeceği; ücretin nasıl belirlendiği, telif ücreti mi, aylık mı olduğu, ekstra ödeme yapılıp yapılmadığı konuları araştırılmalıdır. Freelance çalışma olup olmadığı konusunda yeteri kadar bordro tanığı dinlenmelidir. Bu sebeplerle tüm deliller birlikte değerlendirilerek ilişkinin hizmet akdi ile davalı işverene bağımlı çalışma mı olduğu belirlenmeli, hizmet akdine tâbi çalışma olduğu belirlenirse çalışmanın süresi ve niteliği ile prime esas kazanç da tespit edilerek sonucuna göre karar verilmelidir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmadan mahkemece verilen hüküm usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”, (Yarg. 10 HD., 18.4.2022, E. 2022/2473, K. 2022/5773).

(3) Metin yazarlığı- iş sözleşmesi mi bağımsız çalışma mı olduğunun araştırılması gerektiği

Yargıtay 10 HD’ye göre;

“Somut olayda, metin yazarlığı konusunda bir hizmetin görülmesini isteyen davalı; bu konuda işiyle ilgili bazı metinlerin yazılmasını veya içeriklerin doldurulması işini freelance yöntemiyle internet üzerinden anlaşılıp davacıdan hizmet almıştır. Taraflar arasında metin yazarlığı konusunda freelance modeli çalışma ilişkisinin kurulduğu e-mail yazışmalarından anlaşılmaktadır. Bu ilişki 1.3.2011-22.3.2012 tarihleri arasında sürmüştür. Tanık beyanlarından da davalı şirkette yazılacak metinlerin çok olduğu, bu nedenle dışarıdan hizmet alındığı belirtilmiştir. Olayda prime esas kazancın tespiti konusunda dayanak bir belge bulunmamıştır. Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında **davalı şirketin iş organizasyonunun niteliği ve faaliyet alanı esas alınmak suretiyle; davacıdan metin yazarlığı konusunda hizmet alınmasıyla ilgili olarak bir sözleşme olup olmadığı; verilen işin spesifik bir iş yapımı (eser) hakkında mı yoksa düzenli olarak şirketin faaliyeti ile ilgili rutin işleri hakkında mı olduğu; işin kontrol ve denetiminin nasıl yapıldığı, beğenilmeyen ifadeler olduğunda düzeltmenin nasıl sağlandığı, çalışmanın bilgi ve cevap verme hükümlüğü olup olmadığı; işin teslimi için sürenin nasıl belirlendiği, süresinde teslim edilmemesi halinde yaptırımının ne olduğu; çalışmanın düzenli olarak her gün yapılıp yapılmadığı, günde kaç saat çalışıldığı; ilişkinin sona erme sebebinin ne olduğu; iş görenin başka kişilere de aynı yöntemle hizmet verip vermediği; evden çalışma şeklinde de olsa kendisine ait bir iş organizasyonu olup olmadığı, iş görenin başkasını çalıştırıp çalıştırmadığı; ilişkilerin bozulmasına dair bir risk söz konusu olmadan verilen işi reddedip edemeyeceği; ücretin nasıl belirlendiği, telif ücreti mi, aylık mı olduğu, ekstra ödeme yapılıp**

yapılmadığı konuları araştırılmalıdır. Bu konuda işyeri ve taraf tanıkları dinlenmelidir. Davacının yazdığı metinler ve bilgisayar kayıtları üzerinde de inceleme yapılmalıdır. Tüm deliller birlikte değerlendirilerek ilişkinin kendi adına bağımsız çalışma mı yoksa hizmet akdi ile davalı işverene bağımlı çalışma mı olduğu belirlenmeli, hizmet akdine tâbi çalışma olduğu belirlenirse prime esas kazanç da tespit edilerek sonucuna göre karar verilmelidir”, (Yarg. 10 HD., 24.5.2021, E. 2019/1184, K. 2021/6935).

(4) Yayın Grafik tasarım ve ölçme değerlendirme biriminde çalışmanın iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığı

Yargıtay 10. Hukuk Dairesine göre;

“6. Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında davalı işverenin iş organizasyonunun niteliği ve faaliyet alanı, davacının bir dönem dava dışı bir şirketin ortağı olduğuna dair kayıtlar, davalı dışında da hizmet verdiği iş yerlerinin bulunması ile sabit bir mesaisinin bulunmadığına dair tanık beyanları ve bilhassa kurum denetmeninin davacının bir kısım çalışmalarıyla ilgili yapmış olduğu, çalışmanın süreklilik arz etmediği ve dışarıdan hizmet verildiğine dair tespiti de göz önünde bulundurulmak suretiyle; davacıdan iddiasına konu çalışmayla ilgili hizmet alınmasıyla ilgili olarak bir sözleşme olup olmadığı; verilen işin spesifik bir iş yapımı (eser) hakkında mı yoksa düzenli olarak işverenin faaliyeti ile ilgili rutin işleri hakkında mı olduğu; işin kontrol ve denetiminin nasıl yapıldığı, işverence beğenilmeyen çalışmalar olduğunda düzeltmenin nasıl sağlandığı, çalışanın bilgi ve cevap verme yükümlüğü olup olmadığı; işin teslimi/yapılması için sürenin nasıl belirlendiği, süresinde teslim edilme/yapılmaması halinde yaptırımının ne olduğu; çalışmanın düzenli olarak her gün yapılıp yapılmadığı, günde kaç saat çalışıldığı; ilişkinin sona erme sebebinin ne olduğu; iş görenin başka kişilere de aynı yöntemle hizmet verip vermediği; evden çalışma şeklinde de olsa kendisine ait bir iş organizasyonu olup olmadığı, iş görenin başkasını çalıştırıp çalıştırmadığı; ilişkilerin bozulmasına dair bir risk söz konusu olmadan verilen işi reddedip edemeyeceği; ücretin nasıl belirlendiği, telif ücreti mi, aylık mı olduğu, ekstra ödeme yapılıp yapılmadığı konuları araştırılmalıdır. Bu konuda yeteri kadar işyeri ve taraf tanıkları da dinlenmelidir. Bu sebeplerle tüm deliller birlikte değerlendirilerek ilişkinin kendi adına bağımsız çalışma mı yoksa hizmet akdi ile davalı işverene bağımlı bir çalışma mı olduğu belirlenerek sonucuna göre karar verilmelidir. Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmadan Mahkemece verilen hüküm usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”, (Yarg. 10 HD., 7.12.2023, E. 2023/11282, K. 2023/12585).

(5) Kendi aracıyla posta dağıtım personelinin taşınması işini yapan kişinin iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı

Yargıtay 10. HD'ye göre;

“Olayda, davacının davalı işverene ait personel taşımacılığı iş yerinden herhangi bir sigorta bildirimi bulunmamaktadır. Davalı işverenin PTT Başmüdürlüğü adresinde posta dağıtım işi yaptığı anlaşılmaktadır. **Davacı kendisine ait araçla davalı adına posta dağıtım personelinin taşınması işini yaptığını iddia etmektedir.** Davacının işverene ait iş yerinde hizmet akdinin unsurlarından olan bağımlılık koşulu gerçekleşecek biçimde çalışıp çalışmadığı, giderek hizmet akdinin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu yeterince incelenmemiştir.

Öncelikle davacı asılın beyanına başvurularak davalı ile arasında herhangi bir yazılı sözleşme bulunup bulunmadığı, mesaisinin tümünü PTT dağıtım işine hasredip hasretmediği, başka servis ve taşımacılık işi yapıp yapmadığı, kiminle yazılı ya da sözlü sözleşme yaptığı, kimden ve ne kadar ücret aldığı sorulmalıdır. Davalı ile PTT arasında akdedilen taşımacılık sözleşmeleri, davacının aracına ilişkin trafik tescil kayıtları, davacı adına tutulan trafik ceza tutanakları, varsa davacının vergi kaydı getirilmelidir. Ayrıca dönem bordrolarında yer alan ve aynı dönemde çalışan kişiler saptanarak bilgi ve görgülerine başvurulmalıdır. Böylece bu konuda gerekli tüm soruşturma yapılarak hizmet akdinin unsurlarının oluşup oluşmadığı ve davacının çalışma süresi hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir”, (Yarg. 10 HD., 13.11.2023, E. 2023/9514, K. 2023/11121).

(6) Yüzde 50 kar ortaklığı olduğu iddiası- araştırılması gerektiği

Davacı vekili, davacının davalıya ait ... Erkek Kuaförü isimli iş yerinde 01/04/2013-01/11/2013 ve 01/07/2015-17/09/2017 tarihleri arasında beraber olarak çalıştığını, ancak sigorta bildirimini yapılmadığını ileri sürerek, anılan tarih aralıklarındaki çalışmalarının tespitini istemiş; 16.07.2018 tarihli dilekçesi ile davacının düzenli bir ücretinin olmadığını, kuaförde yaptığı işlerin yarısının kendisine yarısının işverene ait olacak şekilde ücret aldığını, bunun da aylık 3.500-4.000 TL'ye denk geldiğini, davacının yaptığı işlerden gelen paranın % 50'si kendisinde kalırken, gerisinin ise işveren ... hesabına yatırıldığını beyan etmiştir.

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“İnceleme konusu eldeki davada, davacı davalı işveren yanında 01/04/2013-01/11/2013 ve 01/07/2015-17/09/2017 tarihleri arasında çalıştığının tespitini talep etmiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, hüküm eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır.

Mahkemece yapılması gereken iş, talep konusu her iki dönem yönünden tüm bordrolar Kurumdan getirilmeli, kayıtlı tanıkların ifadeleri alınmalı, Sosyal Güvenlik

Kurumu, zabıta, vergi dairesi aracılığı ve muhtarlık marifetiyle işyerine ihtilaf konusu dönemde komşu olan diğer işyerlerinde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu işyeri çalışanları tespit edilip davacının fiili çalışmasına yönelik bilgi ve görgülerine başvurulmalı, taraflar arasında imzalanan 10.02.2016 tarihli özel sözleşme değerlendirilmeli, davacının sözleşme öncesi ve sonrasındaki çalışmasının hizmet akdine dayanan bir işçi-işveren ilişkisi mi, yoksa ortaklığa dayanan ticaret ilişkisi mi olduğu hususu tartışılmalı, bu bağlamda hizmet akdinin gereklerinden olan bağımlılık unsurunun davacı yönünden gerçekleşip gerçekleşmediği etraflıca tanık beyanları ile ortaya konulmalı, böylelikle uyumsuzluk konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip, deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek, davacının çalışması ve çalışmanın şekli tereddüt-süz belirlenerek, varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir”, (Yarg. 10 HD., 10.5.2022, E. 2022/4137, K. 2022/6835).

(7) Kar ortaklığı olduğu iddiası- bağımlılık olup olmadığının araştırılması gerektiği

Yargıtay 10 HD’ye göre;

“Adi şirketin dayanağı iki veya daha fazla kimsenin müşterek bir amaca ulaşmak için emeklerini ve mallarını birleştirmeyi kabul ettikleri bir sözleşmedir (BK. Madde 520) Adi şirketler, bir ticari girişimi işletmek üzere, kanuna ve ahlâka aykırı olmamak ve “İktisadi Amaç” “Kâr Elde Etmek” üzere her türlü konuda kurulabilir. Ortak amacın gerçekleşmesine elverişli olmak üzere kanuna, ahlâk ve adaba aykırı bulunmayan her şey adi şirketlere sermaye olarak konulabilir. Örneğin; Para, alacak, kıymetli evrak ve menkul şeyler,

İmtiyaz, ihtira beratları ve alameti farika ruhsatları gibi sınai haklar,

Her çeşit taşınmazlar,

Menkul ve gayrimenkul malların faydalanma hakları,

Şahsi emek,

Ticari itibar,

Ticari işletme,

Telif hakları, maden ruhsatları gibi iktisadi değeri olan haklar.

Ortakların sermaye olarak koydukları maddi mal niteliğindeki sermaye payları hakkında iştirak halinde mülkiyet hükümleri uygulanır. Ortaklar sözleşme ile müşterek mülkiyet şeklini kabul edebilirler. Adi ortaklıklarda kar zararın paylaşımı 522’nci madde de “Karın Taksimi” ve 523’ncü maddede de “ Kar Zarara Katılma” olarak iki ayrı madde de düzenlenmiştir. 522’nci madde uyarınca “Şerikler, mahiyeti icabınca şirkete ait olan bütün kazançları aralarında taksim ile mükelleftir.” Kar zarara katılma ise 523’ncü madde de hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Ortaklık sözleşmesinde her hangi bir şekil kararlaştırılmamış ise kâr ve zarar yasada belirtilen şekilde paylaşılacaktır. Yasada,

kâr ve zararın paylaşılmasına dair bazı esaslar belirlenmiştir. Buna göre; kâr ve zarar, bir yıllık hesap dönemi sonunda yapılacak bilanço ile belirlenir. Bu sürenin uzatılmasına ilişkin sözleşmede yer alan hüküm batıldır. Ortaklar bütün kârı aralarında bölüşmek zorundadırlar. Aksine hüküm bulunmadığı takdirde, kâr ve zarardan hisse, sermaye katılım payı değişik de olsa, eşit olarak bölüşülür. Ortaklar sözleşme ile farklı esaslar belirleyebilirler. Ortaklardan biri şirkete sermaye olarak emeğini koymuşsa, bu ortağın zarara iştirak etmeyeceği şeklinde sözleşmeye hüküm konulabilir. Bunun dışında ortakların bazılarının kâra veya zarara iştirak etmeyecekleri şeklinde sözleşmeye konulan hükümler batıldır. (Adi Şirketler Genel Hükümler Ve Adi Şirketlerin Borçlar Kanunu Ve Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu – Necati Perçin-Gelirler Başkontrolörü Anadaolu Kurumlar Vergi Dairesi Başkanı)

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda somut olay değerlendirildiğinde; davalılardan K.. U.'un 12.07.1996 – 30.11.2006 yılları arasında diğer davalı U. Harita Plan Proje Kadastro İşleri San. Tic. Ltd. Şti. nin ortağı olduğu ve sonrasında kendi nam ve hesabına emlak komisyon işi yaptığı tespit edilmiştir. Mahkemece, yerinde olarak hizmet akdinin bağımlılık unsuru üzerinden bir değerlendirme yapılmış, ancak bağımlılık unsurunun bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Ne var ki; davalı K.. U.'un şirket ortağı olduğu 30.11.2006 tarihi öncesinde davacının da şirket ortağı olduğuna dair kayıt bulunmamaktadır. Söz konusu tarih sonrasında işyerine ilişkin tüm resmi kayıt ve belgelerden işyerinin davalı K.. U. adına kayıt ve tescilli olduğu anlaşılmaktadır. Davacının çakışan 01.02.2006 – 30.04.2006 tarihleri arasındaki başka işyerinden yapılan bildirimleri Cebeci Köyü'nde yer alan dava dışı gerçek kişiye ait bir bina inşaatı niteliğinde olup davacının anılan işyerinde çalıştığına ilişkin bildirim dışında delil ve bildirge bulunmamaktadır. Üstelik tanık olarak dinlenen bordro tanıkları ile komşu işyeri çalışan ve işverenleri ve özellikle davalı K.. U.'un oğlu tanık K.. U.; vergi ve diğer tüm işyeri giderlerinin davalı tarafından ödendiğine ilişkin beyanları nazara alındığında, çalışma koşul ve esasları ile yapılacak işin davalı tarafından belirlendiği anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak taraflar arasında bağımlılık unsurunun oluşmasıyla hizmet akdi bulunduğu ve dolayısıyla davacının davalılar nezdinde 506 sayılı Kanun kapsamında hizmet akdine dayalı olarak çalıştığı kabulü gerekirken; Mahkemece, eksik inceleme ve yamılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”, (Yarg. 10 , HD., 6.11.2014E. 2014/17843, K. 2014/22890).

(8) Figüran - iş sözleşmesine göre çalışma- sigortalı olması gerektiği

Yargıtay HGK'ya göre;

“Davacı müvekkilinin davalı M... Ajans'a bağlı olarak çalışan oyuncu olduğunu, çeşitli televizyon dizilerinde figürosyon hizmeti verdiğini, en son Tims Yapım Şirketinin yapımcısı olduğu Muhteşem Yüzyıl adlı televizyon dizisinde iki bölüm rol

aldığını, rolü gereği at üzerinde padişah muhafızı olarak görev yapmakta iken at-tan düşerek kaza geçirdiğini, davalılar tarafından sigortasız çalıştırıldığını ve iş güvenliği açısından yeterince önlem alınmadığını, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yaşadığı iş kazası sebebiyle iş göremezlik oranının %11.30 olarak tespit edilip sürekli iş göremezlik geliri bağlandığını iddia ederek fazlaya ve manevi tazminat taleplerine dair dava ve talep hakkı saklı kalmak kaydıyla 500,00 TL maddi tazminatın davalı işverenlerden müştereken ve müteselsilen tahsilini istemiştir.

Davalı T... Yapım Medya Film Prodüksiyon San. Tic. A.Ş. vekili davacının iddia ettiği kazanın 16.05.2011 tarihinde meydana geldiğini, müvekkil şirketin ise 01.10.2012 tarihinde kurulduğunu, bu sebeple öncelikle davanın sıfat yokluğundan reddi gerektiğini ayrıca davaya bakmakla görevli mahkemenin İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri olduğunu; esasa yönelik olarak ise zamanaşımının dolduğunu belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Davalı M... Uluslararası Model ve Casting Ajansı Ltd. Şti. vekili davaya bakmakla görevli mahkemenin İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri olduğunu, görev nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerektiğini, kabul anlamına gelmemek şartıyla esasa yönelik olarak ise zamanaşımının dolduğunu ve davacının müvekkil şirkette figüran olarak tabir edilen yardımcı oyuncu statüsünde olduğunu, davacının sözleşmedeki beyanlarından mesleğinin koruma olduğunun anlaşıldığını, davacının at binicisi olarak sete götürülmediğini, kazanın yaşandığı tarihte sehven davacının sigorta girişinin yapılmadığını ve bundan dolayı SGK'ya idari para cezası ödendiğini, kazanın meydana gelmesinde tüm kusurun davacıda bulunduğunu belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece televizyonda yayınlanan dizide rol alan oyuncu ile yapımcı firma arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesi gereği davaya konu çekişmenin çözümünde İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin görevli ve yetkili olduğu gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine, görevli ve yetkili mahkemenin İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olduğuna karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davacı vekili temyize getirmektedir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, televizyonda yayınlanan dizide rol alan davacı oyuncu ile davalılar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi mi iş sözleşmesi mi olduğu buradan varılacak sonuca göre görevli mahkemenin "Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi" mi yoksa "İş Mahkemesi" mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, işin esasının incelenmesinden önce davacı vekilinin dava dilekçesinde müvekkilinin maddi yönden zarara uğ-

radığı iddiasıyla fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 500,00 TL tazminatın tahsilini istediği ve yerel mahkemece “mahkemenin görevsizliğine” dair direnme kararının verildiği 06.05.2014 tarihinde temyiz (kesinlik) sınırının 1.890,-TL olması karşısında, davacı vekili tarafından temyize konu edilen kararın miktar itibari ile temyizi kabil nitelikte olup olmadığı hususu ön sorun olarak tartışılmış ve dosyanın temyizi kabil nitelikte olduğu konusu kabul edilerek önsorun, oy çokluğu ile aşılacak suretiyle işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümü noktasında davacı ile davalılar arasındaki sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İş sözleşmesi bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. 4857 Sayılı İş Kanununun 8. maddesi;

“İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir...”

şeklinde düzenlenmiştir.

Kaza tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde hizmet sözleşmesi “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder. Ücret, zaman itibariyle olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi işçi muayyen veya gayri muayyen bir zaman için alınmış veya çalışmış oldukça, hizmet akdi yine mevcuttur; buna parça üzerine hizmet veya götürü hizmet denir.” ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde hizmet sözleşmesi “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmış ve İş Kanunundan farklı olarak iş görme ve ücret unsurunun alt unsurları vurgulanarak açıklanmıştır.

4857 Sayılı İş Kanunu ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan tanımlar dikkate alındığında iş sözleşmesinin unsurlarını “iş”, “ücret” ve “bağımlılık” oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin belirtilen unsurları, aynı zamanda söz konusu sözleşmenin ayırt edici özellikleri olup, sözleşmenin taraflarının kararlaştırmış oldukları ilişkinin iş ilişkisi olarak tasnif edilip edilemeyeceği noktasında önem taşımaktadır.

İş sözleşmesini belirleyen ölçüt, hukuki-kişisel bağımlılıktır. İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden nokta, gerek Türk hukukunda gerek Kita Avrupası'nda işçinin işverene bağımlı olarak işini görmesi, işverenin iş organizasyonu içinde hiyerarşik bir bağ ile çalışması olarak ifade edilmektedir ve iş hukukunu da çembere alan ekonomik-teknolojik gelişmeler bağımlılık kavramını belirsizleştirmektedir (Doğan, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, İzmir 2016, s. 19). Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki

talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılabilir, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder.

Bağımlılık unsuru olarak nitelendirilen bu ilişki ile işçi işverenin emrinde hizmet etmek durumundadır. Oysa ki diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde bu şekilde bir ilişki bulunmadığından, diğer iş görme sözleşmelerinde de iş sözleşmesinde olduğu kadar yoğun bir etki ve derecede bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Bir iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun tespit edilmesinin iki önemli sonucu vardır. Bunlardan birincisi bir kimsenin hizmet ya da iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığını tespit etmeye yaraması, ikincisi ise iş hukukunun kapsamının sınırlarını belirlemektir.

Ayrıca iş sözleşmesinde belirleyici olan bağımlılık unsurunun görünüş biçimlerine mutlaka değinmek gerekir. Bağımlılık unsuru tespit edilirken ekonomik bağımlılık, kişisel-hukuki bağımlılık ve teknik bağımlılık şeklinde ölçülere dikkat etmek gereklidir.

Diğer taraftan iş sözleşmesinin çok önemli özelliklerinden biri ekonomik riskin, bir başka deyişle kâr ve zararın işverene ait olmasıdır. İş sözleşmesini bağımsız çalışanlardan ayıran en önemli farklılıklardan birisi de budur (A. Güzel: “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı...” İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 1997, s. 21-22). İşçi, işyeri veya işletmede ekonomik riski taşımaz.

Atipik iş sözleşmeleri; esas (açık ve anlamlı olarak düzenlenmeli) ve şekil (yazılı yapılmalı) bakımından özel kurallara tabi olan, ya iş sözleşmesinin süresinin kısaltıldığı (belirlendiği) ya da iş sürelerinin esnekleştirildiği sözleşmelerdir (Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin: İş Hukuku 4. Bası, Ankara 2011, s. 420, Yeşilyurt, Çiğdem: Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Ankara 2008, s. 22).

Atipik iş sözleşmelerinde; İş görme ediminin işverene ait iş yeri dışında yerine getirildiği (evde hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, tele çalışma, uzaktan çalışma), devamlılık unsurunun gerçekleşmediği (kısmi çalışma, çağrı usulü çalışma, mevsimlik çalışma, kampanya usulü çalışma, aralıklı çalışma) veya bağımlılık, talimat verme, yönetim hakkı unsurunun zayıfladığı (pazarlamacılık sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesi, uzaktan çalışma) bir olgu söz konusudur.

İşçi niteliğinin belirlenmesinde, çalışan kişinin işverene ait bir organizasyon kapsamında iş görme borcunu yerine getirip getirmediği önem taşımaktadır (Süzek, Sarper: İş Hukuku, 12. Bası, İstanbul, s. 251-252).

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında, sanatsal faaliyet yürüten çalışanların işçi sayılıp sayılmayacağına tespitinde belirleyici unsur

bağımlılık unsuru olacaktır. Figüran olarak çalışan davacının sete geliştiği saatlerinin yönetmen veya yönetmen yardımcısı tarafından ayarlanması, nasıl bir kostüm giyeceği ve nasıl makyaj yapacağı, çekim sırasında nasıl bir rol üstlenip duruş sergileyeceği konusunda bütün yetki yönetmen veya yönetmen yardımcısında bulunacağından bağımlılık unsurunun olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

Yerel mahkemenin gerekçesinde dayandığı eser sözleşmesi ise somut olayda bulunmamaktadır. Eser sözleşmesine dair açıklamalar 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 470. maddesinde mevcuttur. Söz konusu maddeye göre eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olup, bu sözleşmede yüklenici ayrı bir iş organizasyonuna sahiptir ve iş sahibine karşı yalnızca işin sonucunu üstlenen bağımsız bir çalışandır. İş sözleşmesinin aksine eser sözleşmesinde asıl olan işin sonucudur ve yüklenici bir eser meydana getirmekle yükümlüdür. Başka bir deyişle eser sözleşmesinin amacı önceden belirlenmiş olan ve bir bütün teşkil eden bir iş, emek sonucunun meydana getirilmesidir (Tandoğan, Haluk; Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, s. 36,). Dava konusu olayda ise yönetmenin talimatlarıyla sıkı sıkıya bağlı olan ve tek görevinin figüran oyuncu olarak belirli sahnelerde rol almak olan davacıyı, kendine ait bir iş organizasyonu bulunmadığı ve çekilen sahnelerle ilgili sonuç kısmının bağlamadığı hâlde eser sözleşmesi kapsamına almak hukuka uygun değildir.

Kaldı ki figüran oyuncuların sosyal güvenlik hukuku bakımından sigortalılıkları değerlendirildiğinde, kanun koyucunun da figüran oyuncuları hizmet akdi kapsamına alarak işçi kabul ettiği anlaşılmaktadır. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4. maddesi:

“Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından;

a-) Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar,

...

2-) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 86. maddesi uyarınca açıktan vekil atananlar, sigortalı sayılırlar.

Birinci fıkranın (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara dair hükümler;

a-) İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler,

b-) Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar...” şeklinde düzenlenerek figüran oyuncuların 5510 Sayılı Kanun’un 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı olduğu ve hizmet akdi ile çalıştığı kanun koyucunun

iradesi ile ortaya konmuştur. Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün 22.02.2013 tarihli ve 2013/11 Sayılı sigortalılık işlemleri konulu genelgesinde de özellikle figüran oyuncuların hizmet akdi kapsamında çalıştığı ve 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı olduğu vurgulanmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, talep edilen iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davasında, davacının televizyon dizisinde figüran oyuncu olarak işverenin direktifi altında sahnelediği oyunculunun eser akdi olarak kabul edilemeyeceği, kaldı ki davacının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında herhangi bir hak iddiasının dahi bulunmadığı göz önüne alınarak ve hizmet akdi kapsamında çalışan işçi ve sigortalı olduğu kabul edilerek, davaya "İş Mahkemesi" sıfatıyla bakılarak işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir.", (YHGK, 21.2.2018, E. 2015/21-139, K. 2018/316).

Sanatçıların sosyal güvenliğine ilişkin bir başka bir Yargıtay kararına göre;

"Çalışanın sigortalı sayılabilmesi, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasası gereğince, işverene hizmet sözleşmesi ile bağlı bulunması ve edimini işverenin işyerinde görmesi koşullarının gerçekleşmesine bağlanmıştır. Şu halde, öncelikle, işveren davacı şirket ile çalıştırdığı kişiler arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin ve özellikle, bu sözleşmenin bir hizmet sözleşmesinin hukuki niteliğinin ve özellikle, bu sözleşmenin bir hizmet sözleşmesi olup olmadığının saptanması gerekecektir.

Çalışan, Borçlar Kanununun 313 üncü maddesinin öngördüğü çerçevede içinde ve "zaman", ile "bağımlılık" unsurlarını gerçekleştirecek biçimde çalışmaktaysa aradaki çalışma ilişkisi hizmet akdine dayanıyor demektir. Bilindiği üzere zaman unsuru, çalışanın işgücünü, belirli ya da belirli olmayan bir süre içinde, işverenin buyruğunda bulundurmasını kapsar. Hiç kuşkusuz, çalışan, bu süre içinde, işveren veya vekilinin buyruğu ve denetimi altında (bağımlı olarak) edimini yerine getirecektir. Burada söz konusu olan bağımlılık ise, her an ve durumda çalışana denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Bununla birlikte sigortalı sayılabilmek için bunlardan ayrı olarak hizmet sözleşmesinin öngördüğü edimin işverene ait işlerin de görülmesi koşulunun da gerçekleşmiş bulunması gerekir. Bu suretle, özellikle bağımlı çalışma unsurunun işveren için kolayca uygulanma olanağı sağlanmıştır. Başka bir deyişle, sigortalı sayılabilmek için, hizmet sözleşmesindeki bağımlılığın üstünde, gerçekleştirilmesi mümkün gerçek bağımlı çalışma koşulu aranacaktır. Yok, eğer, çalışan, işgücünü, belirli, ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işverenin buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi, Borçlar Kanununun 355 nci maddesi gereği istisna akdine dayanıyor demektir.

Davada, bir sinema filminin yapımında, artist, figüran, dublajcı, kameraman, teknik eleman, rejisör, prodüksiyon amiri gibi değişik edimleri gören çalışanlar söz konusudur. Çalışanlar, işverenin stüdyosunda veya uygun göreceği yerde, başka bir anlatımla, işverenin işlerinde edimlerini göreceklerdir. Bu durum, bir bağımlılık ortamı yaratma amacından çok, teknik ve doğal olanaklardan yararlanabilme gereğidir. İşverenin, belirli amacına varabilmesi için, işverence sanatçıya yapılacak müdahaleler, sanatçının bağımlı çalıştığı sonucunun çıkarılabileceği nitelikte görülmeyebilir. **Örneğin, bir film artistinin bir kişiliği canlandırması söz konusu olduğunda, dekor ve kostüm yönüyle işyerindeki olanaklardan yararlanabilmek için işlerinde çalışması, işveren vekili olarak nitelenebilmek rejisörün genel direktifi ve denetimi altında edimini ifa etmesi, sigortalı sayılması için yeterli sayılamaz. Meydana getirilen filmin o sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştireceği, bağımlı olmadan yaptığı iş oranının bağımlı işlere üstün bulunduğu cihetle, işverenle aralarındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğu söylenemez. Eserin sanat yönü veya mesajı ile ilgili olmayan, başka bir anlatımla kendilerine bir sonuç bağlanmayan hizmetler ile işveren veya vekilinin direktifi altında sanat gücü kullanılmadan yapılan işlerin ise, istisna akdi olarak nitelenebileceği de açıktır.**

Mahkemece yukarıda belirtilen biçimde bir inceleme yapılmamış çalışanların sadece artist, figüran ve dublaj sanatçıları olduğu yolunda dosyadaki belgelere aykırı bir kabulde bulunulmuş, çalışanlardan kimlerin hangi işi yaptığı araştırılmamış, olayda, çalıştırılan kimselerin tümünün çalışmalarının dayandığı sözleşme ilişkisini belirliyecek bilgiler toplanmamıştır.

Bu nedenlerle, bu kimselerin tümünün sigortalı sayılmayarak davanın kabulü yolunda karar verilmesi isabetli sayılamaz. Mahkemece yapılacak iş, yukarıdaki hukuki esaslar çevresinde, işverence çalıştırılan ve ölçümlemeye gidilmesi nedeni olan kimselerin çalışma durumlarını, yaptıkları iş ve aldıkları ücret ile birlikte, saptamak, aradaki sözleşme ilişkisinin mahiyeti ve özellikle taraflara yüklediği borçları tespit etmek ve sonucuna göre bir karar vermektir ibarettir.

Bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın davanın kabulü usule ve yasa aykırı olup, bu yönü hedef tutan temyiz itirazları yerindedir”, (Yarg. 10 HD., 1.7.1974, E. 1974/3612, K. 1974/4738).

(9) Sıva İşi- Eser Sözleşmesi Olduğu

YHGK'ya göre;

“29. Bir sözleşme ilişkisinin eser sözleşmesi mi yoksa hizmet sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesine gelince; TBK'nın 393. maddesinde hizmet sözleşmesi emek ağırlıklı iken, eser sözleşmesi beceriye dayalı sonuç ağırlıklıdır. Hizmet sözleşmesinde ortaya konan emek nedeniyle ücrete hak kazanılır. Eser sözleşmesinde ise

ortaya konan beceri ile oluşturulan eser nedeniyle ücret alınır. Hizmet sözleşmesinde; zamana bağlı süreç ağırlıklı çalışma söz konusu iken eser sözleşmesinde sonuca bağlı çalışma esastır.

30. Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinin istemi üzerine kural olarak bir şey meydana getirmeyi ve bedel karşılığında teslim etmeyi üstlenmektedir.

31. Sözleşmede beceriye dayalı sonuç unsuru yerine emek verilmesi üstün ise eser sözleşmesi değil, hizmet sözleşmesi söz konusu olacaktır.../...

Davalı ...'ün beyanı ile tanık anlatımları, 16.12.2013 tarihli müfettiş inceleme raporunda olayın iş kazası olarak kabul edilmesi ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde yapılan siva işinde zaman ve bağımlılık unsurlarının ağır bastığı, davalı ... ile dava dışı sigortalı müteveffa ... arasında hizmet sözleşmesine dayanan bir ilişki bulunduğu kabul edilmelidir.

38. Bu nedenle hizmet sözleşmesinin varlığı dikkate alınarak tarafların kusur durumu incelenmeli, gerek görüldüğü takdirde iş kazasıyla ilgili davahlar ... ve ... hakkında taksirle ölüme neden olma suçundan açılan ... 12. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/116 E. sayılı dosyası da dikkate alınarak kusur durumu ve oranlarının belirlenmesi için uzman kişilerden oluşan bilirkişi kurulundan raporu alınmalı ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.

39. **Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında; davalı ...'ün kendisine ait binanın sıvasını yapması için dava dışı ... ve kardeşleriyle anlaştığı, işin yapımında kullanılacak malzemenin davalı tarafından; siva işine ilişkin işçiliğin ise dava dışı müteveffa ... ve kardeşleri tarafından karşılandığı, davalının işin yapıldığı sırada işi yapanların başında olup olmamasının aradaki ilişkinin niteliğini etkilemeyeceği, zaman ve bağımlılık unsurunun bulunmadığı, yapılan işin niteliği dikkate alındığında davalı ... ile dava dışı ... arasında eser sözleşmesi bulunduğu açık olduğu, bu itibarla direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir** (YHGK, 15.12.2022, E. 2021/10-303, K. 2022/1761, (www.kazanci.com).

(10) Çatı mantolama- eser sözleşmesi

Yargıtay 10 HD'ye göre;

"1.Dosya içindeki belgelerden, Kurum Denetmeni tarafından hazırlanan rapor ile "...alınan ifadelerden...", yapılacak olan çatı tadilatı mantolama işini her ne kadar ...'la tek başına anlaşarak almış olsa da alınan ifadelerden ve yapılan tespitlerden ...'ı da içine alacak şekilde şifai olan sözleşmeyi ikisi adına aldığı ve belirtilen çatı tadilatı mantolama işini ortak olarak yapacakları sonucu anlaşılmaktadır. Bu durumdan ötü-

rü... ve ...çatı tadilatı mantolama işinin eser sözleşmesi yüklenicisi durumuna gelmektedir. Bu durumda buradaki sözleşme şekli de bağımlılık unsurunun yokluğu sebebiyle hizmet akti olarak nitelendirilemeyeceğinden... ve ... birlikte eser sözleşmesi yüklenicileri kapsamında değerlendirileceğinden aralarında işçi işveren ilişkisi kurulamamıştır, (Yarg. 10 HD., 14.6.2023, E. 2023/6131, K. 2023/6852).

(11) Vahidi fiyat usulüyle tarımsal kalkınma kooperatif üyelerinin kendi aralarında kurayla belirledikleri işin yapılması- eser sözleşmesi olduğu

YHGK'na göre;

*“vahidi fiyat usulüyle ile orman köylülerinin üyesi olduğu Tarımsal Kalkınma Kooperatifi arasında düzenlenen orman envalinin kesimi, sürütme ve taşıma işlerinin yapılması amacıyla düzenlenen sözleşme gereğince Orman İdaresi tarafından yapılacak iş ve koşulları belirlendiği, kooperatif üyesi olan orman köylülerinin kendi aralarında sözleşme şartlarına göre yapılacak işe dair kura ile görev dağılımı yaparak Orman İdaresine teslim etmek üzere orman envalinin kesimi, sürütme ve taşıma işlerini yerine getirdiği gözetildiğinde sözleşme gereğini yerine getirmek üzere kooperatif üyelerinin aralarında yaptığı görev dağılımına ilişkin kura gereğince 19.08.2015 tarihinde kendisine ait traktör ile kesilen tomrukları çekmek isterken traktörün devrilmesi sonucunda vefat eden davacıların murisinin yaptığı **işte zaman ve bağımlılık unsurlarının bulunmadığı, bu nedenle eser sözleşmesi kapsamında çalıştığı ve 19.08.2015 tarihinde meydana gelen kazanın iş kazası olmadığı kabul edilmelidir**” (YHGK, 8.12.2022, E. 2021/10-87, K. 2022/1681, (www.kazanci.com).*

(12) Ticari Taksi- taraflar arasındaki ilişkinin hasılat kirası mı hizmet akdi mi olduğu

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“Uygulamada ticari taksi sahiplerinin taksi plâkalarını altı ay veya bir yıllığına kiraya verdikleri, ticari taksinin işletilmesinin tamamen aracı kiralayan kişiye bıraktıkları görülmektedir. Bu durumda taraflar arasındaki ilişkinin hâsılat kirası olduğunda kuşku yoktur. Bir diğer uygulama ise, taksi sahibi esas olarak kendisi çalışmakta, günün belli bir diliminde (12 saatliğine veya 24 saatliğine) aracı başka bir şoföre tahsis etmektedir. Bunun karşılığında, elde edilen gelir ne olursa olsun sabit bir miktar taksi sahibine ödenmekte veya taraflar arasındaki güven ilişkisinin niteliğine göre elde edilen gelirin belli bir oranı ticari taksi sahibine verilmektedir. Bu durumda, taraflar arasındaki ilişkinin hâsılat kirası mı, yoksa bağımlılık, zaman ve ücret unsurunu içerecek şekilde hizmet akdi mi olduğu hususu uyuşmazlık konusudur. Dairemizin ve 9. Hukuk Dairesi (19.06.2006 tarih ve 2006/13004 E. 2006/17679 K.)'nin içtihatlarına göre, ikinci uygulamadaki gibi çalışan şoförlerin çalışmaları, hizmet akdine dayalı çalışma olarak nitelendirilmiştir. Zira, hasılat kirasının unsurlarını taşıyacak nitelikte taksinin işletilme-

si tamamen şoföre bırakılmamakta, zorunlu nedenlerle, taksi sahibinin devamlı olarak çalışmasının fiilen imkansız olması nedeniyle, kısa bir süre için tahsis edilmektedir. İşverenin vardiyalı çalışmayı düzenleme yetkisinin bulunması ve yazılı bir kira sözleşmesinin bulunmaması nedeniyle taraflar arasında bağımlılık ilişkisinin varlığı kabul edilmekte, aksinin bunu iddia eden tarafından, yeterli delillerle ispatlanması gerekmektedir.

Eldeki davada ise, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular ışığında, ihtilaf konusu dönemde davacının davalı adına tescilli ticari araçta öncelikle çalışma şekilleri irdelenmeli ve hâsılat kirası mı yoksa hizmet akdi ile çalışmanın varlığı olgusu belirlenmeli, bu kapsamda davacının çalışma iddiasına konu edilen 35 AH 856 plakalı araca ait vergi kayıtları getirtilerek vergi ödemelerinin kim ya da kimler tarafından yapıldığı tespit edilmeli, ticari aracın işletilmesine ilişkin ekonomik riskin kime ait olduğu, aracın davalılar murisine veya davalılara bırakılıp bırakılmadığı hususları araştırılmalı, dosyada mevcut mahkemeye hitaben “belge” başlığıyla verilen dilekçede ismi geçen E. Ü., C. E., E. D., M. K: isimli kişilerin davacı yanından bildirimleri bulunup bulunmadığı araştırılmalı, çalışılan taksinin bağlı bulunduğu taksi durağındaki çalışan ve çalışma ilişkisini bilebilecek durumda olan şoför ve taksi sahipleri resen’em tespit edilerek dinlenilmeli ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.02.2019 tarih ve E. 2015/10-2908, K. 2019/192 Sayılı ilamı da dikkate alınarak yukarıda belirtilen araştırmalar ile dosyada bulunan diğer deliller birlikte değerlendirilerek davacı ile davalı arasındaki ilişkinin, hasılat kirasına ya da hizmet akdine dayanıp dayanmadığı, hizmet akdine dayanması halinde ise çalışmanın niteliği, sürekli olup olmadığı hususu soruşturulmalı, bu konuda yeterli ve gerekli tüm araştırma yapılarak uyumsuzluk konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip, takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz ardı edilerek eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davalılar ve feri müdahil Kurum vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin istinaf başvurularının esastan reddine ilişkin kararı kaldırılarak İlk Derece Mahkemesince verilen hüküm bozulmalıdır” (Yarg. 10 HD., 11.5.2022, E. 2022/3421, K. 2022/6931, www.kazanci.com).

(13) Kapıcı- Bağımlı çalışma mı? Eşine yardım mı?

Yargıtay 2024 yılında verdiği bir kararda kapıcının eşinin çalışmasının bağımlı bir çalışma mı olduğunun yoksa sadece eşe yardım kapsamında mı bir çalışma yapıldığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay 10 HD’ye göre;

“... davacının şikayeti üzerine işyerinde Kurum denetmeni tarafından yapılan denetimde gider pusulalarının son 6 yılında ...’e ödeme yapılması ve apartman kararları gerekçe gösterilerek 2008 - 2016 tarihleri arasında ...’in kapıcı olarak çalıştığının tespitine karar verildiği, üstelik bir kısım tanıkların davacının değil eşinin kapıcı olarak çalıştıklarına ilişkin beyanda buldukları dikkate alınmaksızın davacının iddiasını doğrulayan bir kısım tanık beyanları esas alınarak davanın kısmen kabulü yönünde karar verilmesi hatalıdır.

4. Mahkemece; davalı işyerinin kapıcılık hizmetleri yürütülen apartman olduğu nazara alınarak davacının eşi ...’in çakışan çalışmasının kapıcılık hizmetlerini de yürütmesine engel olup olmadığını ve davacının çalışmasının eşe yardım niteliğinde olup olmadığını belirlenmesi ile işyerinde çalışanın kim olduğu hususunda tanık beyanları arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla komşu işyeri ve kat maliki olmayan apartman sakinleri yöntemince saptanarak tanık sıfatıyla dinlenmeli, davacının, kabule konu dönemde fiili çalışma olgusu hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek, varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir”, (Yarg. 10 HD., 12.2.2024, E. 2023/13741, K. 2024/1041).

(14) Piyasa hamalı olup olmadığı- bağımlı çalışıp çalışmadığı

Uygulamada sıkça yaşanan uyumsuzlıklardan birini de çalışanın serbest hamallık mı yaptığı yoksa bağımlılık ilişkisi içinde mi faaliyet gösterdiği oluşturmaktadır.

Yargıtay 10 HD’ye göre;

“... Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 06.05.2014 tarih ve 2013/9557 Esas - 2014/9838 Karar sayılı kararında;

Mahkemece yapılacak iş; davalı işyerinin aktif olduğu dönemin tespit edilmesi, davacının yaptığı işin hamallık olduğu anlaşılma ile birlikte, piyasa hamalının sigortalı olamayacağı açık olup, davalılara ait işyerinin bakliyat işi yapan bir işyeri olduğu anlaşılma ile, işin şirkete bağlı sürekli hamallarla mı yoksa piyasa hamallarıyla mı yapıldığı hususunun gerekirse mahallinde keşif yapılarak işyeri kapasitesi belirlenerek, her gün hamala ihtiyaç olup olmadığı, davacıya her gün iş verilip verilmediği ödenen ücretler miktarı ve nasıl ödendiği (günlük, haftalık, aylık) hususlarını belirleyerek ve ihtilaflı dönemin tamamında çalışması bulunan bordro tanıkları dinlenerek bunların ifadeleri ile yetinilmemesi halinde Belediye ve zabıta aracılığıyla, aynı işi yapan komşu iş yerlerinin işveren ve çalışanları tespit edilip ifadelerine başvurularak tüm deliller birlikte değerlendirmek, çalışmalarında kesinti olup olmadığını araştırmak, bildirilen çalışmalara göre hak düşümü sürelerinin dolup dolmadığını araştırmak ve sonucuna göre karar vermektir gerekçesiyle söz konusu karar bozulmuştur.

B. Mahkemece Bozmayaya Uyularak Verilen Karar

Mahkemenin 29.06.2016 tarihli ve 2014/247 Esas - 2016/532 Karar sayılı kararı ile "davacının sürekli çalışan hamal olmadığı, çağırı usuliyile çalıştığı, dava açtığı süre yönünden bağımlılık unsuru olmadığı, sigortalı gösterildiği sürenin dışında çalıştığının ispatlanamadığı" gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir.

C. 2. Bozma Kararı

1.Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

Dairenin 18.04.2017 tarih ve 2016/18456 Esas - 2017/3289 Karar sayılı kararında; Mahkemece, bozmaya uyulduğu halde, bozma gerekleri yerine getirilmemiştir. 09.05.1960 gün ve 21/9 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bozma kararına uyan mahkeme artık bozma kararı gereğince işlem yapmak ve hüküm vermek zorundadır.

Yapılacak iş, öncelikle davacıya davalıya ait hangi depo ya da depolarda çalıştığını açıklattırmak, davalı işyerinden nizalı döneme ait sevk irsaliyelerini getirterek ve gerektiğinde keşif yapılmak suretiyle ihtilaflı dönemde bu depoların kapasitesinin ne olduğu, kapasitesine göre her gün hamala ihtiyaç olup olmadığı hususunda bilirkişi raporu almak, ihtilaflı dönemin tamamında çalışması bulunan bordro tamlıkları dinlenerek bunların ifadeleri ile yetinilmemesi halinde Belediye ve zabıta aracılığıyla, aynı işi yapan komşu iş yerlerinin işveren ve çalışanları tespit edilip ifadelerine başvurularak davacının kısmi bildirimini olduğunu ve hak düşürücü süreyi de göz önünde bulundurarak gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde ortaya koyduktan sonra sonucuna göre karar vermekten ibarettir gerekçesiyle Mahkemece verilen karar bozulmuştur.

D. Mahkemece Bozmaya Uyularak Verilen Karar

Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile davanın kısmen kabulüne,

"a-Davacının davalı Şirket adına kayıtlı işyerinde 18.06.1996 - 15.05.2006 tarihleri arasında Kuruma bildirilen süreler dışında asgari ücretle sürekli ve kesintisiz çalıştığının tespitine, davacının diğer hizmetleri ile birleştirilmesine,

b-)Davacının fazlaya ilişkin talebin reddine"" karar verilmiştir.../...

3. Değerlendirme

Eldeki dava, davacının, davalı şirkete ait işyerlerinde, 30.09.1991 - 30.09.2009 tarihleri arasında tarihleri arasında çalıştığının tespiti istemine ilişkin olup, Mahkemece, davacının 18.06.1996 - 15.05.2006 tarihleri arasında çalıştığına dair kısmen kabul kararı verilmiş ise de verilen hükmün eksik inceleme ve yanlışlıklarla değerlendirilmeye dayalı olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemece bozma kapsamında yapılan araştırma sonucunda Mahkemece icra edilen keşifte gösterdiği işyerlerinde kapsam ve kapasite itibarıyla yükleme - bo-

şaltma işçilerine ihtiyaç olduğu anlaşılacakla birlikte yapılan araştırma, davacının bu işyerinde sürekli çalıştığına yönelik olarak hüküm kurmaya yeterli değildir.

Davacı keşif sırasında, “Mersin Karacailyas Evren mah.100.yıl Cad.No:2 ...” adresindeki depolardan bir tanesinde 1991-1995 yılları arasında;

“Karaduvar Mahallesi Serbest Bölge Bulvarı Torunlar İş Merkezi No:5/11 ...” adresinde bulunan depoda 1995-2000 yılları arasında; “Mersin Sarı İbrahimi Mah. Kızılyaka Mevki No:21/B Akdeniz-Mersin” adresindeki pirinç üretim fabrikasında 2004-2009 yılları arasında çalıştığını beyan etmiştir. Duruşmada alınan beyanında ise, Bandırma, İstanbul Haramidere ile İzmit ve Kocaeli Dilovası’nda bulunan depolarda; 2000-2009 yılları arasında Huzurkent’de bulunan depoda çalıştığını ileri sürmüştür. Mahkemece davacının beyanları üzerinde durulmadan, herhangi bir araştırma yapılmaksızın kesinleşen işçilik alacak davasında kabul edilen süreler kadar hüküm verilmesi isabetli görülmemiştir.

HMK 31. maddesi kapsamında davacıya **davasını somutlaştırması yükümlülüğü çerçevesinde hangi tarihte, hangi adreste, kimlerle çalıştığı, hangi işi yaptığı, çalışmasının sürekli olup olmadığı, işe ara verip vermediği hususları yeniden sorulmalı, hangi bankadan ücret aldığı da sorularak dekont varsa ibraz etmesi ve ilgili Bankaya müzekkere yazılmalı; bildirim dışı kalan dönemlerde birlikte çalıştığını söylediği kişiler tanık olarak dinlenilmeli, davacının beyanında geçen işyerleri tespit edilerek her bir işyeri ile ilgili işyeri sicil dosyaları, dönem bordroları getirilmeli, bu bordrolarda tespit edilen bordro tanıkları ayrıntılı olarak dinlenip tanık beyanları arasında çelişki oluşursa giderilmeli, dinlenen tanıkların hizmet döküm cetvelleri getirilmeli, bu konuda yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapılarak eylemler çalışmanın var olup olmadığı, eğer fiili çalışma varsa kesintisiz olup olmadığı tespit edilmeli, eğer fiili çalışma var ve kesintisiz yani blok çalışma niteliğinde ise hak düşürücü sürenin oluşmayacağı göz önünde bulundurularak, davanın nitelikçe kamu düzenini ilgilendirdiği nazara alınıp araştırma genişletilerek hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek, varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir” (Yarg. 10 HD., 8.11.2023, E. 2023/8000, K. 2023/10988).**

4. Geçersiz İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sigortalılığı

İş sözleşmesinin geçersizliğinin sosyal sigorta ilişkisine etkisi de üzerinde durulması gereken konulardan birisidir. Bizim de katıldığımız görüşe göre geçerli olmayan bir iş sözleşmesine dayanarak çalışanlar geçersizliğin tespit

edildiği tarihe kadar sigortalı sayılırlar^{72, 73}. Esasında bu yaklaşım İş Hukuku öğretisinde kabul edilen ve TBK m. 394/3 ile pozitif bir temele kavuşmuş olan geçersiz iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkili olması görüşünün⁷⁴ sosyal güvenlik hukukundaki yansımasıdır⁷⁵.

Bilindiği gibi, TBK m. 394/3 uyarınca, “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”. Her ne kadar sosyal sigorta ilişkisi kamu düzenine ilişkin olup emredici nitelik taşısa da özel hukuktaki kabul edilen bu esasın sigortalılık ilişkisi açısından da benimsenmesi gerekir. Aksinin kabulü kanuna aykırı davranan işvereni korumak anlamına geleceği gibi eylemli olarak çalışan adına Kuruma gerekli primleri ödenen sigortalının sosyal güvencesiz bırakılmasına da neden olacaktır.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, kanundaki iş sözleşmesi deyimini geniş yorumlamak, çalışanların çıkarlarının korunması açısından fiili ilişkileri de (örneğin hukuken geçersiz hizmet ilişkilerine dayanan) içine alacak biçimde bunu hizmet ilişkisi olarak anlamak kanunun amacına uygun olur⁷⁶. Ancak aynı görüşe göre, emredici kanun hükümlerine veya ahlâka aykırı bir iş sözleşmesi olması halinde bu yaklaşım benimsenmemeli, buna karşılık böyle bir durum yoksa iş sözleşmesi geçersiz olsa dahi geçersizliğin belirlendiği tarihe kadar çalışan sigortalı sayılmalıdır⁷⁷.

Öğretide bir başka görüş de, “kurulan bir iş ilişkisine dayalı çalışma ilişkisi kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı bir nitelik taşımakta ise sigorta ilişkisi de aynı nedenle kabul edilebilir nitelikte sayılmayacaktır. Örneğin, kaçakçılık, hırsızlık, kalpazanlık, vatana ihanet gibi konularda kurulan iş sözleşmesine dayalı iş ilişki-

⁷² Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 85; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 96; Şakar, Müjdat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, İstanbul 2024, 202; Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 288; Alper, Sosyal Sigortalar, 67-68; Uşan, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, 80; Sümer, Sosyal Güvenlik, 40; Bulun Tokkaş, 129-130; iş sözleşmesinin geçersizliği hakkında ayrıca bkz. YİBK., 18.6.1958, 20/9, (RG, 30.9.1958).

⁷³ Öğretide Uğur, Avusturya’da İdare Mahkemesi’nde görülen bir davada iş ilişkisi yasadışı olduğundan böyle bir iş ilişkisinden sigortalılık haklarının elde edilemeyeceğinin ileri sürüldüğü bir davada mahkemece, önemli olanın kişinin istihdam edilmesi olduğu, iş ilişkisinin yasal olmayışının fiili durumu değiştirmeyeceği, bu nedenle kişilerin sigortalı kabul edilmesi gerektiği yönünde karar verildiğini, İspanya Yüksek Mahkemesi tarafından da benzer yönde iki karar verildiğini belirtmekte ve kararların isabetli olduğuna vurgu yapmaktadır, Uğur, 213-214. Yazara göre, çalışma izni olmaksızın çalışılmamasına ilişkin hüküm kamu düzeni ile ilişkilidir ve sözleşme kesin hükümsüzdür, ancak bu durum sigortalılık haklarından yararlanamama sonucunu doğurmamalıdır, Uğur, 214

⁷⁴ Bu konuda bkz. Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, 295 vd.; Süzek, 346; Senyen Kaplan, 222-223.

⁷⁵ Sözer, Sosyal Sigortalar, 30.

⁷⁶ Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 288.

⁷⁷ Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 288.

si geçersiz olduğu gibi, onun üzerine kurulan sigorta ilişkisi de geçersiz olacaktır. Muvazaalı olan, yabancılar için çalışma iznine dayanmayan iş ilişkileri bakımından da aynı değerlendirme geçerlidir” biçimindedir⁷⁸. Aynı yöndeki bir başka görüş de konuyu geçici koruma altına alınanlar açısından ele almakta ve söz konusu kişilerin yabancılar yasak iste çalışmaları ya da çalışma izni almadan çalışmaları halinde hüküm kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle iş sözleşmesinin, bunun sonucunda da sigortalılık ilişkisinin baştan itibaren geçersiz olacağını kabul etmektedir⁷⁹. Yazara göre böyle bir durumda haksız ve hukuka aykırı sonuç elde etmek amacıyla ödenen primlerin iadesi de söz konusu olmayacaktır⁸⁰.

Konu hukukumuzda daha ziyade çalışma izni bakımından önem taşımakta, öğretide bizim de katıldığımız görüş çalışma izni olmayan kişinin de sigortalılık hakkından yararlanması gerektiğini belirtmektedir⁸¹.

Yargıtayın ise iş sözleşmesinin geçersizliğinin sosyal sigorta ilişkisine etkisi konusunda verdiği kararların istikrarlı olduğundan söz etmek mümkün değildir. Yarg. 10. HD.’nin 1984 tarihli bir kararında, iş sözleşmesinin salt 5953 sayılı Kanunun 4. maddesinde öngörüldüğü biçimde yazılı olarak yapılmamış bulunmasının, basın işyerinde gazeteci olarak çalıştığı tespit edilen kişinin sigortalı sayılmasını engellemeyeceği belirtilmektedir⁸². Yargıtayın aynı doğrultudaki başka bir kararında da, “Bir kimsenin çalıştırılması yasak olan bir işte çalıştırılmış bulunması, bir başka anlatımla, aradaki sözleşmenin geçersiz olması, o kimsenin çalıştığı sürece sigortalı sayılmasına engel değildir” denilerek iş sözleşmesinin geçersiz olduğu dönemde de sigortalılık ilişkisinin gerçekleştiği kabul edilmiştir⁸³.

Buna karşılık Yargıtay 2014 yılında verdiği bir kararda, yabancıların çalışmasını yasaklayan hükümlerin “kamu düzeni hükmü” niteliği taşımaları sebebiyle bunlara aykırılık durumunda bu sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağını ve kesin hükümsüz olan bir sözleşmeye dayanılarak çalışılmış olmasının sözleşmeyi geçerli hale getirmeyeceğini; yabancıların çalışmasında engel bulunmayan işlerde izinsiz çalışma veya çalışma izni bittikten sonra çalışmaya devam edilmesi halinde bu sözleşmelerin kesin hükümsüz olmayacakları, dolayısıyla izinsiz çalışan işçinin sigortalılık hakkından yararlandırılması gerektiği kabul edilmiştir⁸⁴.

⁷⁸ Sözer, Sosyal Sigortalar, 30.

⁷⁹ Öztürk Yılmaz, Berna: Türkiye’de Geçici Koruma Statüsüne Sahip Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarını İlişkin Bir Değerlendirme, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Özel Sayı, 494 vd.

⁸⁰ Öztürk Yılmaz, 494 vd.

⁸¹ Sümer, Sosyal Güvenlik, 40; aynı yönde Bulun Toktaş, 131.

⁸² Yarg. 10. HD., 15.5.1984, 2597/2680, karar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 85.

⁸³ Karar ve karara ilişkin görüş için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 85.

⁸⁴ Yarg. 10. HD., 16.1.2014, E. 2013/14038, K. 2014/327, (www.kazanci.com).

İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ- İLGİLİ YARGITAY KARARLARI:

(1) Yabancıların Türk vatandaşlarına mahsus bir işte çalışıp çalışmadığı- kesin hükümsüz sözleşmenin sigortalılık niteliği tanımadığı- çalışma izni almadan yapılan çalışmanın sigortalılığı etkilemeyeceği

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“Diğer taraftan, yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri için, yapacakları işin kanunlarla sadece Türk vatandaşlarına saklı tutulmaması da gerekir.

Ayrıca, vatandaşlardan farklı olarak, yabancılar kanunla kendilerine yasaklanmamış işlerde çalışabilmek için, Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, çalışma vizesi, çalışma izni ve ikamet izni almak zorunda olup, yabancıların çalışma izin işlemleri 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ve bu Kanunun uygulama yönetmeliği hükümleri çerçevesinde yürütülmektedir.

Yabancı uyruklu kişilerin Türk vatandaşlarına saklı tutulmuş bir işte veya çalışma izni almadan çalışmaları durumunda sigortalı sayılıp sayılmayacakları hususunda yasal mevzuat çerçevesinde konu incelenecek olursa;

Anayasa’nın 48. maddesine göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.

Anayasa’nın 60. maddesine göre, herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Anayasa’nın 16. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Yabancıların Türkiye’de bazı iş veya mesleklerde (örneğin 1219 sayılı Tababet ve Şuâbatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 3. vd. maddeleri uyarınca yabancıların Türkiye’de dış tabipliği, dişçilik, ebelik, hastabakıcılık; 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun’un 2. maddesi uyarınca eczacılık, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun’un 2. maddesi uyarınca veterinerlik, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 3. maddesi uyarınca avukatlık, 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca noterlik, 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun’un 16. maddesi uyarınca özel veya kamu kuruluşlarında güvenlik görevlisi, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu’nun 9. maddesi uyarınca sorumlu müdürlük, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 227. maddesi uyarınca gümrük müşavirliği ve 815 sayılı Kabotaj Kanunu uyarınca da kara suları dahilinde balık, istiridye, midye, sünger, inci, mercan ihracı, dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, kaptanlık, çarkçılık, katiplik, tayfalık gibi işlerde) çalışmaları kanunlarla yasaklanmıştır.

01.07.2012 tarihinden önceki dönemde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun “Butlan” başlıklı 20 nci maddesinde “Bir akdın mevzuu gayri müm-

kün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.” hükümü öngörülmüştür.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Kesin hükümsüzlük" başlıklı 27'nci maddesi de benzer bir düzenlemeye gitmiş olup, Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Doktrinde "mutlak butlan", "butlan", "bozukluk", "çürüklük" gibi isimlerle anılan kesin hükümsüzlük hallerinde, akit ölü doğmuştur ve sonradan geçerlilik kazanamaz. (Prof. Dr. Ercan Akyiğit, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, sh. 5)

Yabancıların bazı işlerde çalışmasını yasaklayan hükümler "kamu düzeni hükmü" niteliği taşırlar ve bunlara aykırılık durumunda iş sözleşmesi 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesindeki tanımıyla kesin olarak hükümsüz (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesine göre batıl) olacaktır. Kesin hükümsüz olan bir sözleşmeye dayanılarak çalışılmış olması, sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Buna göre, kesin hükümsüz sayılan iş sözleşmesine dayanarak çalışmış olan yabancı, "işçi" sayılamaz ve bu kişi işçilikle ilgili herhangi bir haktan (örneğin; ücret, sigortalılık) yararlanamaz. Sadece, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kurallarına dayanarak bazı taleplerde bulunabilir. (Yrd. Doç. Dr. Mustafa Cin, 2005, Kamu-İş, C:8; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Esaslar, sh. 84; Tunçomağ/Centel, sh. 76 ve sh. 79; Prof. Dr. Ahmet Münir Ekonomi, sh. 161; Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu, sh.153; Prof. Dr. Seza Reisoglu, Hizmet Akdi, 135; Mustafa Çenberci, sh. 107)

Buna karşın, yabancıların çalışmasında engel bulunmayan işlerde izinsiz çalışan veya çalışma izni bittikten sonra çalışmaya devam eden işçilerle kurulan hizmet sözleşmeleri, çalışma izni zorunluluğu getiren hükümlerin kamu düzenine ilişkin olmamaları nedeniyle, kesin hükümsüz olmazlar. Bu sebeple, bahse konu işler yönünden çalışma izni alınmadan bir sözleşme yapılmış ve fiilen bir süre çalışılmış ise, işçinin sigortalılık hakkından yararlanması sağlanmalıdır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut olayın değerlendirilmesinde, Ürdün uyruklu olan davacının, Türk vatandaşı veya Türk soylu olduğu iddia ve ispat da edilmediğinden, dava konusu 30.08.2005-23.01.2012 döneminde yabancı statüsünde olduğu belirgin olup, mahkemece yapılan araştırma ve inceleme, hüküm kurmaya yeterli ve elverişli değildir.

Mahkemece yapılacak iş; davanın kamu düzenini ilgilendirir bir dava olduğu, bu tür davalarda re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu gözetilerek, öncelikle davacının çalışma iddiasına konu olan işin kanunlarla sadece Türk vatandaşlarına saklı tutulmuş bir iş niteliğinde olup olmadığı araştırılmalı, yabancıların çalışmasında engel bulunmayan bir iş niteliğinde olduğunun tespiti halinde, 30.08.2005-30.09.2008 dönemi yönünden 506 sayılı Kanunun 3/G maddesi uyarınca, 01.10.2008-23.01.2012 dönemi yönünden ise 5510 sayılı Kanunun 4/2-c ve 6/e

maddeleri uyarınca davacının sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığı belirlenmeli, sigortalılık koşulları varsa, davacının Türkiye’de çalışma izninin bulunup bulunmadığı ve Türkiye’ye giriş-çıkış tarihleri araştırılmalı, işçilik alacaklarına ilişkin dava dosyası celbedilmeli ve işçilik hakları davasında dinlenen tanıkların anlatımları ile bu dosyada bilgi ve görgülerine başvuru tanıkların anlatımları karşılaştırılmalı, varsa çelişkiler giderilmeli, davacının kayıtlarda görünmeyen çalışmalarının hangi nedenlerle kayıtlara geçmediği ya da bildirim dışı kaldığı hususu, çalışmanın varlığı ve kesintili olup olmadığı yöntemince araştırılmalı, toplanan tüm kanıtlar birlikte değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre bir karar verilmelidir.

Mahkemece, açıklanan bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, ek-sik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” (Yarg. 10. HD., 16.1.2014, E. 2013/14038, K. 2014/327).

(2) Çalışma izni olmaması- sigortalılık niteliği kazanılamayacağı

Yargıtay 10 HD’nin bir kararına göre;

“Mahkemece, bozmaya uyularak ilâmında belirtildiği şekilde davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR : Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, Üye ...’ın muhalefetine karşı; Başkan ... ile Üyeler ..., ... ve ...’nin oyları ve oyçokluğuyla, 26/05/2022 gününde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

1. **Çoğunluk ile aradaki temel uyumsuzluk “yabancı uyruklu olup çalışma izni olmayan kişinin hizmet tespiti davası açıp açmayacağı, bu yönde verilen bozma kararına uyulmasının usulü kazanılmış hak olup olmaya-cağı” noktasındadır.**

2. Kurumun ferî müdahil olduğu, Suriye vatandaşı yabancı uyruklu davacı tarafından davalı işveren aleyhine açılan hizmet tespiti davasında verilen kısmen kabul kararının temyizi üzerine **Dairece “4817 Sayılı Yasayı yürürlükten kaldıran ve 4817 Sayılı yasa gibi yabancıların Türkiye’de çalışma izni usul ve esaslarını düzenleyen 6735 Sayılı Uluslararası İşgücü Kanununun 6/2. Maddesinde “Bu kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışmaları veya çalıştırılmalarının yasak” olduğu düzenlenmiştir. Davacının, davalı işverene ait işyerinde 12.04.2017**

tarihinde asgari ücretle bir gün çalıştığıının tespitine karar verilmiştir. Dava dosyası incelendiğinde davacının ilgili makamlara başvurarak çalışma izni aldığına ilişkin bir bilgi ve belge yoktur. Davacının Türkiye’de çalışma izninin bulunup bulunmadığı araştırılarak bu doğrultuda yapılacak inceleme ve değerlendirme sonucunda karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirmeyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” gerekçesi ile bozulmasına karar verilmiştir.

3. Bozma sonrası mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda davacının “herhangi bir çalışma izni bulunmadığı” gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, kararın temyizi üzerine ise çoğunluk görüşü ile kararın onanmasına karar verilmiştir.

4. Öncelikle sosyal güvenlik hakkı temel vazgeçilmez bir hak olup, kamu düzenindedir. Hizmet tespiti davası da resen araştırma ilkesi kapsamında açılan bir davadır. Usulü müktesep hakkın istisnalarından biri de kamu düzenidir. Bu nedenle hizmet tespiti davasında bozmaya uyulmuş olması usulü müktesep hak teşkil etmeyecektir.

5. Belirtmek gerekir ki 6735 Sayılı Uluslararası İşgücü Kanununun “Bildirim ve sosyal güvenlik yükümlülüğü” başlıklı 22. maddesinde; “Yabancı çalıştıran işverenler ile süresiz veya bağımsız çalışma izni bulunan yabancılar, çalışma izninin veya çalışma izni muafiyeti kapsamında çalışmanın başlaması ve sona ermesi durumu ile çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin iptalini gerektirecek hâlleri on beş gün içinde Bakanlığa bildirmekle yükümlü oldukları, Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini kanuni süresi içinde 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine göre yerine getirecekleri, Türkiye’nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümlerinin saklı olduğu” öngörülmüştür.

6. 5510 Sayılı Kanun’un “sigortalı sayılmayanlar” başlıklı 6. maddesinde “Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla; yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye’ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanların sigortalı ayılmayacağı” belirtilmiştir. Buna göre, müteakibiyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, hizmet akdi ile çalışan yabancı uyruklu kişiler 5510 Sayılı Kanun’un 4 (a) bendi hükümlerine göre sigortalı sayılmaktadır.

7. 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 91. maddesi gereğince ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilmekte olup, bu kişilerin ülkemize kabulü, ülkemizde kalışı, hak ve yükümlülükleri ile çıkışları Bakanlar Kurulu tara-

ından düzenlenmektedir. Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik'in 4. maddesiyle geçici koruma sağlanan yabancıların çalışma izni olmaksızın ülkemizde çalışamayacağı ve çalıştırılmayacağı, çalışma izni olmayan yabancılar ve bunları çalıştıranlar hakkında 6735 Sayılı Kanun hükümlerine göre idari para cezası uygulanacağı; 5. maddesinde geçici koruma sağlanan yabancıların geçici koruma kayıt tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurabileceği, mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak yabancıların çalışma izni muafiyeti kapsamında olduğu, muafiyet başvurularının valiliklere yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

8. Sosyal güvenlik hakkının çekirdeğini oluşturan İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 22'inci maddesinde; herkesin, toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenliğe hakkı olduğu, ayrıca, onuru ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesine de hakkının bulunduğu belirtilmiştir.

9. 04.06.2003 tarih ve 4867 Sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, 10.7.2003 tarih ve 2003/5923 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 9'uncu maddesinde; bu sözleşmeye taraf devletlerin herkesin sosyal sigorta da dahil olmak üzere sosyal güvenlik hakkını tanyacakları ifade edilmiştir.

10. Uluslararası toplum açısından önemli sorun doğuran iltica ve mülteci sorunlarını çözebilmek amacıyla Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan "Mültecilerin Hukuku Durumuna dair Sözleşme" Cenevre'de, 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye bu sözleşmeyi, 29.8.1961 tarih ve 359 Sayılı Kanunla onaylamıştır. Sözleşmede çalışma koşulları ve sosyal sigorta bakımından da vatandaşla mülteci arasında eşitlik esası benimsenmiştir. Sözleşmenin "çalışma mevzuatı ve sosyal sigorta" başlıklı 24'üncü maddesinde; Sözleşmenin taraflarının ülkelerinde, devamlı surette ikamet eden mültecilere şu konularda vatandaşlara yapılan muamelelerin aynısını yapacakları ifade edilmiştir.

11. 29.07.1971 tarih ve 1451 Sayılı Kanunla uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunun 01.04.1974 tarih ve 7/7964 Sayılı kararıyla onaylanan Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 Sayılı İLO Sözleşmesinin 1. maddesinde "işçi ve hizmetlilere uygulanan primli sosyal güvenlik sistemlerinde, sözleşmenin ilgili bölümündeki yükümlülükleri kabul etmiş bulunan diğer bir üye devletin uyuğunda olan korunan kimselerin, mezkur bölüm uygulamasında vatandaşlarla aynı haklara sahip olacakları" kabul edilmiş, keza Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit İşlem Yapılması Hakkında 108 Sayılı Sözleşmesinde de "bu sözleşmeyi uygulayan her üye devletin sözleşme mükellefiyetlerini kabul ettiği sosyal güvenlik dallarında, ülkesinde, bu sözleşmeyi uygulayan diğer üye devletler vatandaşlarına, sosyal güvenliğe tabi olma ve yardımlardan yararlanmağa hak kazanma bakımlarından kendi vatandaşlarıyla eşit işlem yapacağı, ölüm yardımları bahis konusu olduğunda, eşit işlemin, sözleşmeyi tasdik eden diğer bir üye devlet vatandaşının hak sahibi kimselerine bu kimselerin vatandaşlık

durumuna bakılmaksızın sağlanacağı, ancak, Sözleşmeye taraf bir devletin, herhangi bir sosyal güvenlik dalında bir mevzuata sahip olmakla beraber bu mevzuatın uygulanmasında o taraf devletin vatandaşlarına kendi vatandaşlarıyla eşit işlem yapmayan diğer bir üye devletin vatandaşları hakkında, söz konusu sosyal güvenlik dalı bakımından bu maddenin yukarıdaki hükümlerini uygulamayabileceği” ifade edilmiştir.(Onaylanması 29.07.1971 tarih ve 1453 Sayılı Kanunla uygun görülen bu sözleşme, Bakanlar Kurulunun 5.4.1973 tarih ve 7/6217 Sayılı Kararıyla onaylanmıştır).

12. Diğer taraftan 6098 Sayılı TBK.’un 394/son maddesi uyarınca “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”. Çalışma izni alınmadan çalıştırılan yabancı uyruklu işçi, çalıştırılmış ise bu çalışması geçerli kabul edilmeli ve hakkında bireysel iş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku kuralları uygulanmalıdır.

13. Gerek kabul edilen uluslararası sözleşmeler ve gerekse 5510 Sayılı kanun hükümleri dikkate alındığında, sosyal güvenlik hakkı yönünden vatandaş ve yabancı uyruklu arasında bir ayrıma gidilmediği açıktır. **Yabancı uyruklu kişinin çalışma izni koşuluna bağlanması, hizmet tespitini engelleyen bir geçerlilik şartı değildir. Kaldı ki Türk vatandaşı tarafından 5510 Sayılı Kanun’un 86. Maddesi kapsamında açılan hizmet tespiti isteminde de işverenin kanuna aykırı bir çalışma yaptırdığı iddia edilmektedir. Yabancı uyruklu çalışan da kanuna aykırı çalıştırıldığı iddia ederek hizmet tespiti istemektedir. Yukarıda açıklanan mevzuat hükümlerine göre çalışma izni alınmadan çalıştırma idari para cezasını gerektirmektedir.**

14. **Sonuç itibari ile yabancı uyruklu çalışan açısından çalışma izninin sigortalılık hakkı kapsamında aranması uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk kurallarına uygun değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekirken, çalışma izni aranması ve ayrıca bozmaya uyulduğu gerekçesi ile kararın onanması isabetsizdir. Açıklanan gerekçe ile onama görüşüne katılmamıştır”,** (Yarg. 10 HD., 26.5.2022, E. 2022/5942, K. 2022/7922, www.kazanci.com).

(3) Parti Yetkili Organının İzni Olmadan Bağlılanan Sözleşme İle Çalışma- Sigortalılık niteliğinin kazanılacağı

Yargıtay 10 HD’ye göre;

“1-) Hizmet sözleşmesinin, “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermediği taahhüt eder” şeklindeki bağımlılık unsuruna yer vermeyen mülga 818 Sayılı Borçlar Kanununun 313/1.maddesindeki tanımı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 393/1 maddesiyle “Hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya

yapılan ise göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde bağımlılık unsuru da kabul edilerek, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 8. maddesindeki tanıma benzer düzenleme yapılmıştır. **Ayrıca, 6098 Sayılı Kanun’un 394/son maddesiyle de “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur” düzenlemesi ile hizmet sözleşmesinin geçersiz olarak kurulmuş olması halinde, geçersizliği ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı benimsendiği, ayrıca 2820 Sayılı Kanun’un 71.maddesi; “Mali Hükümler” başlığı altında, partilerin giderlerinin yapılmasındaki usul ve esaslar ile mali sorumluluk hallerini düzenleyen hükümler olup, anılan maddelerin taraflar arasındaki işçi işveren ilişkisi nedeni ile davaya konu olayda uygulanabilirliğinin bulunmadığının da kabulü gerekmektedir.** (HGK 10.04.2013 Tarih ve 12/9-1134/E- 13/467 K sayılı karar)

Hukuk Genel Kurulu kararı ile hizmet sözleşmesini ilgilendiren işlemlerde Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulu dışında alt kademe organlarının yaptıkları sözleşmeler ve giriştikleri yükümlülüklerden dolayı parti tüzel kişiliğinin sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, incelenen dava dosyasında;

Mahkeme gerekçesinde 2820 Sayılı Kanun’un 71. maddesine göre siyasi partilerin tüzüklerine göre merkez karar ve yönetim kurulunca önceden yazılı yetki verilmediği veya sonradan bir kararla onaylanmadığı takdirde, partinin teşkilat kademelerinde yaptıkları sözleşme ve giriştikleri yükümlülüklerden parti tüzel kişiliğinin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiş ise de, siyasi partilerin kurulmaları, teşkilatlanmaları, faaliyetleri, görev, yetki ve sorumlulukları, mal edinimleri ile gelir ve giderleri, denetlenmeleri, kapanma ve kapatılmalarıyla ilgili hükümleri düzenleyen 2820 Sayılı ...Kanunu’nun 3.maddesi hükmü, siyasi partilerin ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olduğunu, 7. maddesi hükmü; Siyasi partilerin teşkilatının; merkez organları ile il, ilçe ve belde teşkilatlarından... Grubu ile İl genel meclisi ve belediye meclisi gruplarından ibaret olduğunu düzenlerken; aynı Kanun’un 70. ve 71.maddeleri ise; “Mali Hükümler” başlığı altında, partilerin giderlerinin yapılmasındaki usul ve esaslar ile mali sorumluluk hallerini düzenleyen hükümler olup, anılan maddelerin davaya konu olayda uygulanabilirliği bulunmadığından davalı Genel Merkezin işverenlik sıfatını ortadan kaldırmayacaktır.

...

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz ardı edilerek eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” (Yarg. 10 HD., 11.6.2015, E. 2015/6467, K. 2015/11670; aynı yönde Yarg. 10 HD., 6.4.2015, E. 2015/1922, K. 2015/6455).

(4) Yasaca geçersiz hizmet akdine dayanılarak sigortalı niteliğini edinilemeyeceği

Yargıtay 10. HD'nin eski tarihli bir kararına göre;

"506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2 nci maddesi hükmüne göre, bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi, temel koşul olarak, çalışma ilişkisinin hizmet aktine dayanmış bulunmasına bağlıdır. Şüphesiz madde hükmünün öngördüğü hizmet akdi, yasaca geçerli bulunan hizmet akdidir; hiç değilse, kural olarak, bu böyledir.

(Davalı-davacı) A.G.'nin sigortalı işte çalıştığı sırada eczane sahibi bulunduğu yönü olayda uyumsuzluk konusu teşkil etmemektedir.

Öbür yandan, 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 19 ncu maddesi hükmüne göre, (bir eczane sahibi eczanesi dışında ilaç tertip edemeyeceği ve mesleki dışında bizzat ticaret yapmayacağı gibi öğretmenlikten ve seçimle elde edilen vazifelerden başka bir iş de kabul edemez.)

Bu hükmün özellikle toplum sağlığı ile ilgili hayati önemdeki belli nedenlerden ötürü Yasaya konulduğu ve şu suretle, kamu düzenine ilişkin bulunduğu söz götürmez. Açık olan yön, bu hükmün eczane sahibi yararına Yasaya konulmamış bulunduğuudur. Bu doğrultuda kamu düzenine ilişkin ve mutlak buyurucu nitelikteki hukuk kurallarına aykırı olarak yapılmış sözleşmeler ise, yasaca geçersizdir.

A. G. çalışma ilişkisinin yasaca geçersiz hizmet akdine dayanması karşısında sigortalı niteliğini edinmiş bulunduğu söylenemez.

Bundan başka, A.G.'nin sigortalı sayılamayacağına göre, SSK.nun sağladığı yaşlılık aylığı gibi uzun vadeli Sosyal Sigorta yardımlarından yararlanması hukukça olanaksızdır. Bu durumda, Kurumun yanlış işlemi sonunda A.G.'nin yararına kazanılmış bir hakkın doğmuş olması hali de söz konusu değildir. Burada, 18/06/1958 tarihli ve E. 20, K. 9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı da uygulama alanı bulamaz. Zira, anılan karar, sigortalı işçiyi koruma düşüncesi çevresinde, hizmet akdinin hükümsüz olmasını gerekli kılan bir hukuk kuralının sözleşmenin hükümsüz sayılmasıyla korunması istenilen kimsenin aleyhine sonuçlar verecek şekilde uygulanmasını önleme amacına yöneliktir. Oysa, olayda, sözleşmeyi geçersiz kılan 6197 sayılı Yasa'nın 19 ncu maddesi, -az önce de belirtildiği üzere- eczane sahipleri yararına değil, toplum yararına öngörülmüştür, ve bu bakımdan, ortada Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararıyla bir bağdaşmazlık söz konusu değildir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı düşüncelerle Kurumun davasının reddi, a.G.'nin davasının ise kabulü yolunda karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir", (Yarg. 10 HD., 8.11.1974, E. 1974/5122, K. 1974/6530).

5. Sahte Sigortalılık

Sigortalılık niteliği, kural olarak, iş sözleşmesinin yapıldığı tarihte değil, *fiilen işe başlama* tarihinde kazanılır⁸⁵. Yargıtayın yerleşik içtihadı da bu yöndedir. Gerçekten Yargıtay 10. Hukuk Dairesine göre, “*Sigortalı statüsünde olmayan, sigortalı niteliği taşımayan bir kimsenin sigortalılık süresinden söz etme olanağı bulunmamaktadır. Olağan olarak sigortalılık niteliği, taraflar arasında iş sözleşmesi ilişkisinin kurulması ve çalışmaya/çalıştırılmaya başlanması ile kazanılmakta olup, yazılı olarak düzenlenen/ veya sözlü olarak benimsenen sözleşme ile birlikte, sigortalılığın oluşumu yönünden eylemli (fiili = gerçek) çalışma olgusunun varlığının da kanıtlanması gerekmektedir*”⁸⁶.

Yargıtay vermiş olduğu başka kararlarda da sigortalılığın başlangıcı açısından önemli olanın çalışma olgusu olduğunu, yoksa işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş ya da gönderiliş tarihi olmadığını belirtmektedir⁸⁷. Buna karşılık, eylemli olarak çalışmaya başlamamakla birlikte çalışmak üzere işverenin emrinde hazır bulunmak, bazı koşullarla, sigortalılığın başlangıç anı olarak yeterli görülebilir⁸⁸.

Sigortalılık niteliğini kazanma açısından, “işverene ait bir işte çalışma” olgusu, pozitif dayanağını 5510 sayılı Kanunun 7. maddesinde bulmaktadır. Anılan maddeye göre, “*Sigorta hak ve yükümlülükleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; ... (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî ve teknik eğitime, meslekî ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimine, staja veya bursiyer olarak göreve başladıkları tarihten*” itibaren başlar (m.7/1, a), Görüldüğü gibi, maddede sigortalılığın *çalışmaya başlama* tarihinden itibaren başlayacağı açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında, primleri düzenleyen maddeler ile sigortalı hizmetlerin hükmen tespitini öngören 86. madde de aynı şekilde fiili çalışma olgusunu esas almaktadır.

Sigortalılık niteliğinin kazanılabilmesi için eylemli çalışmanın şart olmasına rağmen ülkemizde kayıtdışı yani Kuruma bildirim yapmadan sigortalı çalıştırmanın yanında, “sahte sigortalılık”, *bir başka deyişle* “hayali sigortalılık” olgusu da oldukça yaygındır⁸⁹. Gerçekten uygulamada kanunun sigortalıla-

⁸⁵ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 86; *Sözer*, Sigorta İlişkisi, 30 vd.; *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 151, 288; *Şakar*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 202; *Sümer*, Sosyal Güvenlik, 40; *Arıcı*, 285; *Öztürk Yılmaz*, .

⁸⁶ Yarg. 10 HD., 8.6.2022, E. 2022/5581, K. 2022/8752; aynı yönde, Yarg. 10 HD., 13.1.2022, E. 2021/11085, K. 2022/333; Yarg. 10 HD., 1.7.2021, E. 2020/10686, K. 2021/9498, (www.kazanci.com).

⁸⁷ Yarg. 10 HD., 24.4.2024, E. 2024/3936, K. 2024/4398; Yarg. 10 HD., 4.3.2024, E. 2023/14245, K. 2024/2149; Yarg. 10 HD., 27.10.2015, E. 2015/18398, K. 2015/17889; YHGK, 27.01.2010, E.2009/10-578, K.2010/37; kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

⁸⁸ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 86; *Akyiğit*, Ercan: İşverenin İşi Kabulde Temerrüdünün 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, Çimento İŞv. D., Mayıs 1995, 18 vd.

⁸⁹ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 87.

ra sağladığı haklardan yararlanabilmek için, bir işyerinde fiilen çalışmadığı halde ya işveren tarafından çalışıyormuş gibi sigortalı işe giriş bildirgesi verilmekte ya da sigortalının kendisi tarafından "hayali tespit davası" açılabilmektedir⁹⁰. Yargıtay da verdiği kararlarda, yukarıda da belirtildiği gibi, bir kişinin sigortalı sayılabilmesi için işe giriş bildirgesinin varlığının yeterli olmadığını, aynı zamanda onun eylemli olarak çalışmış olmasının şart olduğunu belirtmektedir.

Yargıtayın bu yönde istikrar kazanmış içtihadına göre, işyerinde gerçek çalışma olgusu, işe giriş bildirgesinin dayanağı olan bilgi ve belgeler ile ücret ödemelerine ilişkin işyeri kayıtlarınca doğrulanmalıdır⁹¹. Çalışmayı ortaya koyan belgeler ise, işe giriş bildirgesi ile birlikte, 86. maddede öngörülen ve sigortalının çalışma gün ve sayısını, kazanç durumunu, çalışma tarihlerini ispatlayıcı belgelerdir⁹².

Yargıtaya göre yöntemince düzenlenen işe giriş bildirgesi, işe alınmayı göstermekle birlikte çalışmanın mevcudiyeti yönünden yalnız başına yeterli kabul edilemez⁹³.

Yargıtay 21. HD'nin bu yöndeki bir kararına göre, "... davacı; sigortalı olarak çalışmaya başladığı iddia edilen tarihte henüz 15 yaşında ve 1965 doğumlu bir kimsedir. Çalıştığı ileri sürülen trikotaj işyerinin tüm kayıtlarının yazılı ve usulüne uygun olarak yürütüldüğü bir işyeri olduğu gözükmemektedir. Öte yandan, davacının gördüğü işin montaj işi olduğu kimi tanıklarca belirtilmiştir. Henüz çocuk denecek yaşta ve montaj gibi özellik isteyen bir işte deneyimsiz ve geçmişte bu tür bir işte çalışmadığı belirlenen bu kimsenin bir ay kadar anılan işyerinde çalıştığı'nın kabulü hayat deneyimleri ile bağdaşmaz. Dolayısıyla gerçek anlamda bir çalışma olmadığı belirlenen bu gibi durumlarda salt işe giriş bildirgesine geçerlilik tanınmaz"⁹⁴.

⁹⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 87.

⁹¹ Yarg. 10 HD., 23.5.2024, E. 2024/3215, K. 2024/5814; Yarg. 10 HD., 25.4.2024, E. 2024/3871, K. 2024/4481, kararlar için bkz. (www.kazanci.com); YHGK, 27.01.2010, E. 2009/10-578, K. 2010/37, (www.legalbank.net); Yarg. 21. HD., 18.04.2011, E. 2010/2865, K. 2011/3625, (www.legalbank.net); YHGK, 23.11.2011, E. 2011/21-575, K. 2011/697, (www.legalbank.net).

⁹² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 87.

⁹³ Yarg. HGK, 6.7.2005, E. 2005/21-437, K. 2005/448, (www.kazanci.com); Yarg. 10. HD., 22.06.2009, E. 2008/19645, K. 2009/11164, (www.legalbank.net).

⁹⁴ Yarg. 21. HD., 10.6.2002, E. 2002/3862, 2002/5501; 21.11.2002, 7260/9956; Yargıtaya göre, "Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin 506 Sayılı Yasanın 2. maddesinin belirlediği biçimde eylemli olarak çalışması da koşuldur. Bu yön özellikle Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.6.1999 gün ve 1999/21-549 Esas 1999/555 sayılı kararında da vurgulanmıştır. Bu bakımdan davacının işyerinde eylemli olarak çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması gerektiği ortadadır", Yarg. 21. HD., 27.1.2004, E. 2003/11267, K. 2004/826, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

Sahte sigortalılığın yaptırımını sigortalı tescil kaydının iptal edilmesidir⁹⁵. Öğretide de sahte sigortalılığın geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁹⁶. Ayrıca bu hukuki sonuç Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde⁹⁷ açıkça belirtildiği gibi (m. 19) Yargıtay da bu yönde karar vermektedir. Yargıtaya göre, “Kurumun sigortalılık tescilini iptal etme yetkisi vardır ve davacıların çocuğunun, “bir hizmet akdine dayanarak işveren tarafından çalıştırılan kişi” konumunda yer alıp almadığı ve giderek 506 sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı kabul edilip edilmeyeceği, özellikle çalışmanın gerçekleştiği ileri sürülen tarih itibarıyla (10) aylık olması da dikkate alınarak irdelenmelidir”⁹⁸,

Yargıtayın bir başka kararına göre, sigortalı üç yaşında olup katalog çekimi amacıyla yapılan sözleşmeye ve sigortalı adına Kuruma verilen aylık prim ve hizmet belgesine rağmen Kurumca yapılan denetimde eylemli olarak çalışmayı ortaya koyan kanıtların sunulmaması halinde sigortalılığın iptali gerekir⁹⁹.

Ekleyelim ki, Kurum sahte sigortalı bildirim yapan işverenler hakkında nite-likli dolandırıcılık sebebiyle suç duyurusunda bulunmaktadır¹⁰⁰.

İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

(1) Sahte sigortalılık- iptal kararları

Yarg. 10 HD’ye göre;

“2-) Dosya kapsamından, davacının 1977-2004 yılları arasında 1479 Sayılı Kanun kapsamında 9600 gün hizmetinin bulunduğu, 506 Sayılı Kanun kapsamında 1969 ile Bağ-Kur’a giriş tarihi arasında 769 gün hizmetinin bulunduğu. Bağ-Kur sonrasında ise, 10.07.2004-31.08.2004 tarihleri arasında 1099986.06 sicil sayılı işyerinden 52 gün, 01.09.2004-01.03.2005 tarihleri arasında 1104910.06 sicil sayılı işyerinden 181 gün, **02.03.2005-30.07.2005 tarihleri arasında ve**

⁹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 87; Şakar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 202; Erener Yılmaz/Ars- lan Durmuş, 644.

⁹⁶ Sümer, Sosyal Güvenlik, 40.

⁹⁷ RG., 12.05.2010, 27579.

⁹⁸ Yarg. 10. HD., 08.07.2010, E. 2010/6609, K. 2010/10574, www.legalbank.net); aynı yön- de bir başka karar için bkz. Yarg. 10. HD., 08.07.2010, E. 2010/6613, K. 2010/10578, (www.legalbank.net)..

⁹⁹ Yarg. 10. HD., 23.03.2015, E. 2014/10674, K. 2015/5411, karar ve kararı yerinde bulan değerlendirme için bkz. Aydın, Ufuk: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Kasım 2017, İstanbul 2015 Yılı Kararları, 567.

¹⁰⁰ Konuya ilişkin bazı Yargıtay kararları için bkz. 13 yaşındaki çocuğun apartman görevlisi olarak gösterilmesi hakkında, Yarg. 15. CD., 2.2.2015, E. 2013/15316, K. 2015/1661; Do- ğum ve sağlık yardımları alması için bir lokantada çalışılıyormuş gibi gösterme hakkında, Yarg. 15. CD., 25.2.2015, E. 2013/8237, K. 2015/21463; Asgari işçilik uygulaması sebe- byle yapılan bildirim hakkında, Yarg. 15. CD., 31.3.2015, E. 2013/10091, K. 2015/22708, (www.kazanci.com).

02.09.2005-20.04.2006 tarihleri arasında 1080704.06 sicil sayılı Edip Reklam Tan. Tas. İç ve Dış Tic. Ltd. Şti. işyerinden 378 gün, 21.04.2006 31.07.2006 tarihleri arasında 1091967.06 sicil sayılı işyerinden 100 gün, 02.08.2006-27.03.2008 tarihleri arasında 1082897.06 sicil sayılı işyerinden 597 gün olmak üzere 4/b hizmeti sonrası toplam 1308 gün prim ödemiş olduğu, tahsis talebi üzerine davacının 2829 Sayılı Kanun gereği son fiili yedi yıl içinde yarıdan fazla (en az 1260 gün) hizmetinin 506 Sayılı Kanun kapsamında gerçekleştiği kabul edilerek davacıya 01.04.2008 den geçerli olmak üzere aylık aylığı bağlanmış olduğu, **davacı adına hizmet bildirilmiş olan 1091967.06 Sayılı işyeri ile ilgili düzenlenen 13.8.2010 tarihli durum tespit raporunda bu işyerinden yapılan bildirimlerin sahte olduğu belirlenirken bu işyerinden adına hizmet bildirilen kimselerin bir çoğunun başka şirketlerden de hizmetlerinin bildirilmiş olduğu, bu işyerleri arasında 1080704.06 sicil sayılı davacı adına hizmet bildirimini yapan Edip Reklam Ltd. Şti. işyerinin de bulunduğu, Edip Reklam işyeri ortağı ve sahibi olduğunu beyan eden Edip Uludağ'ın da başka bir işyerinden hizmetinin bildirilmiş olduğu, bu kişinin 06.05.2010 tarihinde Kuruma verdiği beyanında işyerini 2005 yılı Ocak ayından itibaren kapattığını beyan etmiş olduğu, Kurum tarafından bir çok işyeri ile beraber 1080704.06 sicil sayılı Edip şirketi işyerinden yapılan bildirimlerin de iptaline karar verildiği, bu iptal sonrası davacının 1479 Sayılı Kanun hizmeti sonrası son fiili yedi yıldaki hizmetinin 1308 günden 930 güne düşmesi nedeniyle 506 Sayılı Kanun kapsamında bağlanan aylığın iptal edilerek ödenen aylıkların 5510 Sayılı Kanun'un 96/1-a madde hükmü kapsamında davacı adına borç kaydedildiği, ... 19. İcra Müdürlüğü'nün 2013/15383 Esas sayılı dosyasının incelenmesinde Kurum tarafından davacı hakkında 31.209,62 TL yersiz ödeme ve faiz yönünden takip başlatıldığı ve borcun davacı tarafından 21.10.2013 tarihinde ödenmiş olduğu anlaşılmaktadır.**

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde somut olaya dönüldüğünde; davacı sigortalının sahte sigortalılığa dayalı 506 Sayılı Kanun kapsamındaki bir kısım çalışmalarının fiili olmadığına anlaşılması karşısında, davalı Kurumun sahte sigortalılığa dayalı iptal işlemi yerinde olup buna dair mahkeme kabulü de isabetlidir, (Yarg. 10 HD., 25.10.2023, E. 2023/7664, K. 2023/10221).

(2) Köy katibinin başkası olduğu- eylemli çalışma olmadığı

Yargıtay 21. HD'ye göre;

“Dosya içerisinde bulunan Köy Karar Defterinin fotokopisinde davacının 1.8.1984 tarihinde Köy Katibi olarak aylık 20.000 TL ücretle tayin edildiği ücretlerinin zaman zaman artırıldığı görülmektedir. Davacıya yapılan ödemeleri gösteren (5) adet Köy masrafı senedi ve ita emri başlıklı makbuzlarda, davacı imzasının birbirinden çok farklı olduğu gözle yapılan incelemeden anlaşılmaktadır. 8.8.1984 tarihli vekalet başlığını taşıyan ve muhtarlıkça onaylanan belgede davacının eşi

Mehmet Karaya ücretlerini almak ve imzasını kullanmak üzere yetki verdiği kayıtlarının yazılı olduğu görülmektedir.

Bir kimsenin sigortalı olabilmesi için işe alınması yeterli değildir. O kimsenin 506 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin belirlediği biçimde eylemli olarak çalışması koşuldur. Bu yönü özellikle 506 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde vurgulanmıştır.

Dinlenen davacı tanıklarından Şükrü Özkanın dışında dinlenen davacı tanıkları ile davalı tanıkları davacının köy katipliğinde çalıştığını hiç görmediklerini, çalışmasının olmadığını eşinin Çanakkaleye tayininin çıkması nedeniyle Mehmet Karanın Cumartesi Pazar günleri köye gelerek katiplik işlerine baktığını beyan etmişlerdir. Dinlenen bu tanıkların birbirini doğrulayan açıklamaları karşısında davacı tanığı Şükrü Özkanın davacının katiplik işinde çalıştığı şeklindeki yeterli olmayan açıklamaların geçerli kabul olanağı yoktur.

Köy katipliğinde Yasa'nın aradığı anlamda eylemli olarak çalışan kişinin davacının eşi öğretmen Mehmet Karanın olduğu, davacının çalışmasının olmadığı, hiç çalışmadan Sosyal Güvenlik hakkından faydalanmak istediği düzenlenişi ve içeriği mevzuata uygun olmayan vekalet ile bu yola başvurduğu açıkça ortadadır. Bu husus tanık Mehmet Camtezin ifadesinden anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davanın reddine karar vermek gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır” (Yarg. 21 HD., 29.4.2002, E. 2002/2174, K. 2002/3501).

III. m. 4/1, (a) Bendine Göre Sigortalı Sayılanlar

1. Genel Olarak

506 sayılı Kanunda olduğu gibi, 5510 sayılı Kanuna konulan bazı hükümlerle, iş sözleşmesine göre çalışıp çalışmadıkları konusunda tereddüt olan ya da bir iş sözleşmesine göre çalışmadıkları açık olan bazı kişiler de m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılmışlar (m. 4/2), böylece sosyal güvencenin kapsamı genişletilmiştir. Aşağıda bu kategorideki sigortalılar üzerinde durulacaktır.

2. İşçi Sendikası Başkan ve Yönetim Kurulu Üyeleri

İşçi sendikası başkan ve yöneticileri eğer işyerlerinden ayrılmadan bir diğer deyişle iş sözleşmesini feshetmeden sendika yöneticiliği görevlerini sürdürürlerse bu çalışmalarından dolayı zaten sigortalı olurlar¹⁰¹. Dolayısıyla bu kapsamdaki kişiler açısından genel kural uygulanır. Buna karşılık, -uygulamada sıklıkla olduğu gibi- iş sözleşmesini feshedip işten ayrılarak profesyonel sendika yöneticiliği yaparlarsa işte bu durumda söz konusu kişilerin sigortalılıkları sona erer. Bu kişilerin sosyal sigortanın kapsamına girmeleri

¹⁰¹ Çolak, Mahmut: 6356 Sayılı Kanun Kapsamında Sendika Yöneticileri ve İşyeri Temsilcileri, E-Yaklaşım Dergisi, Mart 2022, S. 351, www.yaklasim.com/yaklasim-dergisi.; ayrıca bkz. 2013/11 s.lı Genelge, 5.

açısından özel bir hüküm gerekir. Zira sendika yönetim kurulu üyeleri ile sendika arasındaki ilişki iş sözleşmesine değil, vekâlet sözleşmesine dayanır¹⁰². Vekâlet sözleşmesine dayanarak iş görme ise sigortalılık ilişkisi yaratmaz.

Belirtelim ki konuyu İş Hukuku açısından ele alan Yargıtay 9. HD de profesyonel sendika yöneticisi ile sendika arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığını belirtmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, “Mahkemece profesyonel sendikacının iş sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilerek, görevden alındığı tarih ile alınma kararının iptali nedeniyle kararın kesinleştiği tarihe kadar alması gereken haklar hesaplanarak hüküm altına alınmıştır.../... **Öncelikle profesyonel sendika yöneticiliği yapan davacı ile davalı sendika arasında iş ilişkisi değil, vekalet ilişkisi bulunmaktadır.** Uyuşmazlık dava tarihindeki 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’ndan doğduğu için iş mahkemesi görevlidir. Ancak uyuşmazlıkta Borçlar Kanunu’nun vekalet sözleşmesine hükümleri yanında Sendika Tüzük hükümleri uygulanacaktır”¹⁰³.

Yargıtay 9. HD’nin yukarıda belirtilen kararındaki görüş dikkate alındığında söz konusu kişilerin m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılmaları mümkün olmayacaktır. Çalışma hayatı açısından böylesine önemli görev üstlenen bu kişilerin salt bu görevleri sebebiyle sosyal güvencenin kapsamı dışında kalmaları ise bu konuda özel bir düzenleme yapılmasını gerekli kılar. Kanun koyucu da bu olumsuz durumu engellemek ve bu görevin üstlenilmesini bir anlamda teşvik etmek¹⁰⁴, kolaylaştırmak amacıyla 5510 sayılı Kanun m. 4/2, (a) bendinde öngördüğü özel bir hükümle söz konusu kişileri sosyal güvencenin kapsamına almış ve anılan kişileri m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı saymıştır.

Yukarıda yapılan açıklamaların da gösterdiği gibi işçi sendikası başkan ve yöneticileri ile sendika arasında bir iş sözleşmesi olmadığından sendika tüzel kişiliği, sendika başkan ve yönetim kurulu üyelerinin işvereni sayılamaz. Ancak bu kişiler m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayıldıkları için işverene ait yükümlülüklerin işveren sayılan bir kişi tarafından yerine getirilmesi de şarttır. Nitekim konu 2013/11 sayılı Genelgeye konulan özel bir hükümle düzenlenmiş ve 5510 sayılı Kanun uyarınca yerine getirilmesi gereken işveren yükümlülüklerinin ilgili işçi sendikası ya da konfederasyonunca yerine getirileceği belirtilmiştir, (2013/11 s.lı G., 5).

Son olarak eklemek gerekir ki, bu kişiler 5510 sayılı Kanunun kapsamına alındıkları için bu Kanundaki tüm sosyal sigorta edimlerinden yararlanabilecekler. Buna karşılık 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda iş sözleşmesine göre çalışma kuralı esas olduğu ve sendika başkan ve yönetim kurulu üyeleri

¹⁰² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 91; Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 292; Uğur, 215; Günler, 54.

¹⁰³ Yarg. 9. HD., 03.11.2015, E. 2015/25708, K. 2015/31010, Çalışma ve Toplum, 2016/2, 919-922.

¹⁰⁴ Günler, 54.

için bu konuda özel bir hüküm bulunmadığından işsizlik sigortası yardımlarından yararlanamayacaklardır¹⁰⁵.

3. Sanatçı, Yazar ve Düşünürler

a) Genel olarak

1982 Anayasasının “Sanatın ve sanatçının korunması” başlıklı 64. maddesi uyarınca, “Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır”.

Sanatçıların¹⁰⁶ korunması gerekliliğinin Anayasada özel olarak düzenlenmiş olmasına karşın, bu korumanın en önemli ayağını oluşturan sanatçıların sosyal güvenliğinin sağlanması uygulamada çok da mümkün olamamıştır¹⁰⁷. Geçmişte sanatsal faaliyette bulunanların bir sosyal güvence kapsamına alınmamasının yarattığı olumsuz sonuçlara şahit olunmuş, ünlü oldukları dönemde çok kazanan bazı sanatçıların yaşlılıklarında geçimlerini sağlayamayacak duruma düşmeleri ve sokakta kalmaları nedeniyle darülacezede koruma altına alındığı örnekler yaşanmıştır. Bu gibi örnekler sebebiyle sanatçıların sosyal güvenliklerinin sağlanması için özel düzenlemelere ihtiyaç hissedilmiş ve bu yönde yasal bir düzenleme yapılmıştır.

Bu kapsamda olmak üzere sanatçıların sosyal güvenliğine ilişkin olarak 11.7.1978 tarih ve 2167 sayılı Kanunla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa bir hüküm eklenmiş (Ek m.10/2) ve böylece sanatçılar, yazarlar ile düşünürler ilk defa sosyal sigortanın kapsamına alınmışlardır. Ardından 506 sayılı Kanun büyük bölümü itibarıyla yürürlükten kaldırılarak yerine 5510 sayılı Kanun çıkarılınca aynı hükme Kanunun m. 4/2, (b) bendinde tekrar yer verilmiştir.

Ancak önemle ekleyelim ki, tüm bu gelişmelere rağmen uygulamada istenen amaca yine de ulaşılamamıştır. Bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi 506 sayılı Kanunun ilgili hükmü ölü doğmuş, istenen sonuç çok da elde edilememiştir. Gerçekten Yargıtay 10. HD’ye göre; “... uygulamada Ek madde 10 işlerlik kazanmamıştır. Sanki ölü doğmuş bir madde gibidir...”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Günler, 54.

¹⁰⁶ Sanatçı kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Köme Akpulat, Ayşe: Sanatçıların Sosyal Sigortalılığı, İÜHFEM, S. LXXIV, Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, II. Cilt, 1187 vd.

¹⁰⁷ Öğretide Şakar, sanatçı ve yazarların, işverenlerinin gerekli işlemleri yapmamları sebebiyle fiilen sigortasız kaldıklarını, esasında bu kişilerin 506 sayılı Kanuna (şimdi 5510 sayılı Kanuna) değil, Bağ-Kur Kanunu’na tâbi tutulmalarının daha doğru olacağını belirtmektedir, Şakar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 204.

¹⁰⁸ Yarg. 10. HD., 27.06.2001, E. 2001/3653 K. 2001/5041, (www.kazanci.com).

b) Sanatçıların sosyal güvenliğine ilişkin yasal düzenlemeler

5510 sayılı Kanun m. 4/2, (b)'ye göre; “Bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları, müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar, düşünür ve yazarlar” m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar¹⁰⁹. 5510 sayılı Kanundaki sanatçılarla ilgili düzenleme sadece m. 4/2, (b)'deki hükümden ibaret değildir. Kanun Ek m. 6'da da sanatçıların sosyal güvenliğine ilişkin özel hükümler bulunmaktadır.

Kanunda bu iki hüküm arasında tam bir ilişki kurulamamış, Ek m.6'da “4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sigortalılıkları bu madde kapsamında kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanır.” denilerek m. 4/2, (b) bendi kapsamındaki sigortalılardan bir ay içinde 10 günden az çalışanların ek 6. madde kapsamında olduğu belirtilmiştir. Fakat bu düzenlemeden sanatçılar hakkında hangi durumda hangi madde hükümlerinin uygulanacağı, kanaatimize göre, tam olarak ortaya konulamamıştır.

c) Sanatçıların sosyal güvenliği açısından en önemli sorun: Sanatçıların işçi olup olamayacakları ve sanatsal faaliyetlerin dayandığı sözleşme tipinin tespiti

Kanunda birden fazla maddede düzenlenmiş olsa da sanatçıların sosyal güvenliği bugün için dahi çözülmesi gereken önemli sorunları içinde barındırmaktadır¹¹⁰. Bunun sebebini, sanatçıların diğer çalışanlardan daha farklı çalışma koşullarına tabi olmaları, bağımlılık ilişkisinin tespitinin bir fabrika ya da büroda çalışan sigortalılar kadar kolay belirlenememesi, sanatçıların genel olarak kendilerinin dahi bir işçi/sigortalı oldukları bilinciyle hareket etmemeleri, genellikle serbest meslek makbuzu ile çalışmalarını, icra edilen faaliyetlerin bazen çok kısa sürmesi gibi olgularda görmek mümkündür¹¹¹. Gerçekten sanatın pek çok dalı olup, sanatsal faaliyetlerin yerine getirilişi biçimi sanatsal faaliyetin türüne göre birbirinden farklı özellikler arz etmektedir. Bazı sanatsal faaliyetlerde bağımlılık ilişkisi daha zayıf olmakta, buna karşılık bazı sanatsal faaliyetlerde bağımlılık ilişkisi belirgin biçimde ortaya çıkabilmektedir.

¹⁰⁹ Bu kapsamda sigortalı sayılanlar 11.7.1978 tarihinde 2167 s.lı Kanunla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen bir hükümlerle sosyal sigortanın kapsamına alınmışlardır.

¹¹⁰ Caniklioğlu/Özkaraca, 638.

¹¹¹ Caniklioğlu/Özkaraca, 638; ayrıca bkz. Güllü, Aysel: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Oyuncu, İstanbul 2021, 243.

Bunun dışında iş bulma, sektörde tanınma ve belli bir çevre edinme gibi amaçlarla özellikle sektöre yeni girenler, bağımlı çalışma ilişkisi olan hallerde dahi kayıt dışı çalıştırılmaya ses çıkaramamakta ya da kendilerini serbest meslek erbabı olarak hareket etme ve bağımsız çalışan gibi makbuz düzenlemek zorunda hissede bilmektedirler¹¹².

Yukarıda belirtilen sebeplerin yanında bir sanatın icrası o kişinin sanatsal yorumuna doğrudan bağlı olduğu için bir işveren/iş sahibi adına faaliyet icra edildiğinde bu gibi faaliyetlerde bağımlılık ilişkisinin mevcut olamayacağı gibi bir algı da sorunu daha karmaşık hale getirmektedir. Yargı kararları incelendiğinde bu yaklaşım belirgin biçimde ortaya çıkmakta, bu açıdan oyun-culuğun daha özel bir önem arz ettiği de görülmektedir. Gerçekten büyük bir sektörü ifade eden sinema ya da dizi oyuncularının iş sözleşmesine mi yoksa eser sözleşmesine göre mi çalıştıkları gittikçe daha fazla uyuşmazlık konusu olmakta¹¹³, Yargıtayın verdiği kararlar bu konudaki duraksamayı daha da artırmaktadır.

d) Sinema/dizi oyuncularına ilişkin Yargıtay kararları

aa) Sinema/dizi oyuncularının iş sözleşmesi ile çalışmadıkları yönündeki kararlar

Yargıtayın ilkesel olarak bir sinema ya da dizi oyuncusunun iş sözleşmesi ile çalışmadığını kabul eden kararları olduğu gibi somut olayın araştırılarak sonuca ulaşılması gerektiğine ilişkin kararları da bulunmaktadır. Bunlardan ilkesel nitelikte olan kararlar tereddüt yaratacak niteliktedir.

Yargıtayın 2014 yılında verdiği bir karara göre; “*Davacı, dublaj sanatçısı ve yönetmeni olarak çalıştığını iddia etmekte olup, anılan sektörde çalışanlar, işverenin stüdyosunda veya uygun göreceği yerde, başka bir anlatımla, işverenin işlerinde edimlerini göreceklerdir. Bu durum, bir bağımlılık ortamı yaratma amacından çok, teknik ve doğal olanaklardan yararlanabilme gereğidir. İşverenin, belirli amacına varabilmesi için, işverence sanatçıya yapılacak müdahaleler, sanatçının bağımlı çalıştığı sonucunun çıkarılabileceği nitelikte görülmeyebilir. Örneğin, bir film sanatçısının bir kişiliği canlandırması söz konusu olduğunda, dekor ve kostüm yönüyle işyerindeki olanaklardan yararlanabilmek için işlerinde çalışması, işveren vekili olarak nitelenebilecek rejisörün genel direktifi ve denetimi altında edimini ifa etmesi, sigortalı sayılması için yeterli sayılamaz. Meydana getirilen filmin o sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştireceği, bağımlı olmadan yaptığı iş oranının bağımlı işlere üstün bulunduğu cihetle, işverenle aralarındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğu söylenemez. Eserin sanat yönü veya mesajıyla ilgili olmayan, başka bir anlatımla kendilerine bir sonuç bağlanmayan hizmetlerle işveren veya vekilinin direktifi altında **sanat gücü kullanılmadan yapılan iş-***

¹¹² Bkz. ve karşı. Gülle, 244.

¹¹³ Bu konuda açıklamalar için bkz. Gülle, 46 vd.

lerin ise, istisna akdi olarak nitelenemeyeceği de açıktır" (Yarg. 10 HD., 7.3.2014, E. 2014/2665, K. 2014/5044).

Yargıtayın daha eski tarihli bir kararında da benzer görüşler ortaya konulmuştur. Yargıtaya göre; "Davada, bir sinema filminin yapımında, artist, figüran, dublajcı, kameraman, teknik eleman, rejisör, prodüksiyon amiri gibi değişik edimleri gören çalışanlar söz konusudur. Çalışanlar, işverenin stüdyosunda veya uygun göreceği yerde, başka bir anlatımla, işverenin işlerinde edimlerini göreceklerdir. Bu durum, bir bağımlılık ortamı yaratma amacından çok, teknik ve doğal olanaklardan yararlanabilme gereğidir. İşverenin, belirli amacına varabilmesi için, işverence sanatçıya yapılacak **müdahaleler, sanatçının bağımlı çalıştığı sonucunun çıkarılabileceği nitelikte görülmebilir. Örneğin, bir film artistinin bir kişiliği canlandırması söz konusu olduğunda, dekor ve kostüm yönüyle işyerindeki olanaklardan yararlanabilmek için işlerinde çalışması, işveren vekili olarak nitelenebilmek rejisörün genel direktifi ve denetimi altında edimini ifa etmesi, sigortalı sayılması için yeterli sayılmaz. Meydana getirilen filmin o sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştireceği, bağımlı olmadan yaptığı iş oranının bağımlı işlere üstün bulunduğu cihetle, işverenle aralarındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğu söylenemez. Eserin sanat yönü veya mesajı ile ilgili olmayan, başka bir anlatımla kendilerine bir sonuç bağlanmayan hizmetler ile işveren veya vekilinin direktifi altında **sanat gücü kullanılmadan yapılan işlerin ise, istisna akdi olarak nitelenemeyeceği de açıktır.../... Mahkemece yukarıda belirtilen biçimde bir inceleme yapılmamış çalışanların sadece artist, figüran ve dublaj sanatçıları olduğu yolunda dosyadaki belgelere aykırı bir kabulde bulunmuş, çalışanlardan kimlerin hangi işi yaptığı araştırılmamış, olayda, çalıştırılan kimselerin tümünün çalışmalarının dayandığı sözleşme ilişkisini belirliyecek bilgiler toplanmamıştır.**" (Yarg. 10 HD., 1.7.1974, E. 1974/3612, K. 1974/4738).**

Görüldüğü üzere Yargıtay, hem çok eski tarihli kararında hem de yeni sayılabilecek bir başka kararında aynı ifadelerle, **kendi sanat gücünü ortaya çıkardığı işlerde bağımlılık ilişkisinin olamayacağı gerekçesine dayanmakta, bu kişilerin sanat gücü kullanılmadan yaptıkları işlerin ise istisna (eser) sözleşmesi olamayacağını belirterek, bir anlamda sanatçıların iş sözleşmesi (hizmet akdi) ile çalışmalarının mümkün olmadığı gibi bir görüş ortaya koymaktadır.**

Yargıtay 9. HD de konuya ilişkin olarak benzer bir görüş ortaya koymuştur. Gerçekten Yargıtay 9. HD'nin 2015 tarihli bir kararına göre; "Özellikle bir hizmetin tamamlanması için işi üstlenen ile bu işin belirli bir bölümünü tamamlaması için üçüncü kişiye devredenler arasında imzalanan sözleşmenin eser veya iş sözleşmesi olup olmadığı tartışma konusu olabilir. **Bu tür bir ilişkide tarafların meslekleri ve nitelikleri, işin niteliği, tarafların anlaşma şartları dikkate alınarak yorum yapılmalı ve iradeleri ortaya konmalıdır.** Tarafların gerçek iradelerinin tespitinde sözleşme hükümleri dikkate alınmalıdır.../... Somut olayda; **taraflar davacının "Nefes-Vatan Sağolsun" adlı sinema**

filminde oyuncu olarak çalışması karşılığında belirli bir ücret ödeneceği hususunda anlaşmış olup, bu film ile sınırlı ve bu filmin meydana getirilmesi neticesine bağlı bir ilişkidir. Taraflar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesine dayanmaktadır. Eser sözleşmesine dayalı alacağa dair yargılama görevi İş Mahkemesine ait olmayıp genel mahkemeler görevli olduğundan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken esasa girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Yarg. 9 HD., 6.5.2015, E. 2014/21286, K. 2015/16588).

Bize göre ise, bu açıdan kategorik bir yaklaşım isabet taşımamaktadır. Her somut olayın özelliğine göre, taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyıp taşımadığının araştırılması gerekir. Esasında dizi ya da sinema oyunculuğunun bağımlılık ilişkisi olmadan icrasının mümkün olmayacağı da göz ardı edilmemelidir. Gerçekten oyunculuk, ister başrol olsun ister yan roller olsun, bir yönetmenin denetim ve gözetiminde, onun emir ve talimatları altında, istenildiği zamanda sette olacak şekilde, hangi rol hangi biçimde icra edilecek, rolüne uygun nasıl giyilecek, diğer oyuncuların rolleri ile uyum nasıl yakalanacak, tüm bunlar tam bir orkestra şefi gibi yönetmenin idaresinde gerçekleşmekte, bu durum da tam bir bağımlılık ilişkisini ortaya koymaktadır. Bu süreçte oyuncunun sanatsal yeteneğini kullanması, rolünün hakkını vererek izleyicinin anı yaşamasını sağlaması onun bağımsızlığını değil rolün gereğini yaptığını gösterir. Bu durum onu çok iyi bir sanatçı yapar, ama onu bağımsız çalışan haline getirmez.

bb) Sinema/dizi oyuncularının iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadıklarının bağımlılık unsuru açısından araştırılması gerektiğine ilişkin kararlar

Yargıtay 10. HD ile YHGK'nın sinema/dizi oyuncularının iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadıklarının araştırılması gerektiği yönünde kararları da bulunmaktadır.

Yargıtay 10. HD'nin bir kararına göre;

“Davalı Cast ajansı yönünden; yapılan oyuncu sözleşmesi içeriği, dinlenen tanık beyanları, dosyadaki bilgi ve belgelerden Mahkemece, cast ajansının, davacı oyuncu ile yapımçı şirketleri buluşturma ve bu konuda aracılık etme yükümlülüğünün bulunduğu, davacının iş görme edimini cast ajansına sunmadığı, bağımlılık unsurunun bulunmadığı, davacı oyuncunun edimini ifa ederken cast ajansının talimat verme hakkının olmadığı, edimin davalının gözetimi ve denetimi altında ifa edilmediği gerekçesi ile, davacı ile davalı Cast 33 Sumru Onat arasında akdedilen sözleşmenin hizmet akdi niteliğinde olmadığı kabul edilerek, davalı Cast 33 Sumru Onat yönünden davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamıştır.

Ancak; davalı yapımçı şirket yönünden, dinlenen tanık anlatımları ve dosya kapsamına göre; davacının, önceden verilen senaryolar gereği, yapımçı şirket tarafından belirlenen zaman ve mekanda yapılan çekimlerde oyuncu olarak çalıştığı,

davalı yapımçı şirketin buyruk ve denetimi altında (bağımlılık) iş görme edimini yerine getirdiği, ücretini de yapımçı şirketin ödediği anlaşılmalı, işverenin davalı yapımçı şirket olduğu, aradaki ilişkinin hizmet akdi niteliğinde olduğu gözetilerek karar verilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı biçimde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır” (Yarg. 10. HD., 1.7.2014, E. 2013/13002, K. 2014/16232).

Hukuk Genel Kurulu da önüne gelen bir uyuşmazlıkta konuyu değerlendirmiş ve figüran oyuncunun iş sözleşmesine ile çalıştığına karar vermiştir. YHGK'nın kararına göre;

“Somut olayda, davacı, davalılardan Mayadrom Ajans'a kayıtlı olarak çalışan figüran oyuncu olduğunu ve en son diğer davalı Tims Yapım şirketinin yapımçısı olduğu dizi çekimlerinde attan düşerek meydana gelen iş kazası sonucu yaralandığını iddia etmekte olup davacının sigortalı çalışmalarının Kuruma bildirilmemiş olması başlı başına davacının kaza anında iş sözleşmesi ile çalışmadığı ve olayın iş kazası olmadığı sonucunu doğurmaz. Dosyada bulunan 02.08.2012 tarihli Sosyal Güvenlik Denetmen Raporunda yapılan inceleme sonucu ...'in 5510 Sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında sigortalı olması gerektiği ve 16.05.2011 tarihinde yaşadığı olayın 5510 Sayılı Kanun'un 13. maddesinin a -c bendleri gereğince iş kazası olduğu belirtilmektedir. SGK nun 18.02.2013 tarihli meslekte kazanma gücü kaybı oranı tespitine dair sağlık kurulu kararına göre davacının sürekli iş göremezlik derecesi % 11,30 olarak belirlenmiştir. Yine SGK nun 30.04.2013 tarihli yazısı ile davacıya 16.05.2011 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu, istirahatlı kaldığı tarihler için geçici iş göremezlik ödeneği ödendiği, sigortalıya 11.03.2013 tarihli gelir bağlama kararı ile Unkapamı Sosyal Güvenlik Merkezince gelir bağlandığı bildirilmektedir.

Davacının iş sözleşmesi ile çalışmakta olduğu esnada iş kazası geçirdiği anlaşıldığından iş kazası sebebiyle oluşan maddi zararın giderilmesine yönelik eldeki davaya İş Mahkemesince bakılması gerektiği gözetilerek işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilerek dosyanın Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesine gönderilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...” gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir”. Diyen kararını üzerine YHGK, “**Uyuşmazlığın çözümü noktasında davacı ile davalılar arasındaki sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.../... somut olaya bakıldığında, sanatsal faaliyet yürüten çalışanların işçi sayılıp sayılmayacağının tespitinde belirleyici unsur bağımlılık unsuru olacaktır. Figüran olarak çalışan davacının sete geliş gidiş saatlerinin yönetmen veya yönetmen yardımcısı tarafından ayarlanması, nasıl bir kostüm giyeceği ve nasıl makyaj yapacağı, çekim sırasında**

nasıl bir rol üstlenip duruş sergileyeceği konusunda bütün yetki yönetmen veya yönetmen yardımcısında bulunacağından bağımlılık unsurunun olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.../... Kaldı ki figüran oyuncuların sosyal güvenlik hukuku bakımından sigortalılıkları değerlendirildiğinde, kanun koyucunun da figüran oyuncuları hizmet akdi kapsamına alarak işçi kabul ettiği anlaşılmaktadır. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4. maddesi:

“Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından;

a-) Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar,

...

Birinci fıkranın (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara dair hükümler;

...

b-) Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar...” şeklinde düzenlenerek figüran oyuncuların 5510 Sayılı Kanun’un 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı olduğu ve hizmet akdi ile çalıştığı kanun koyucunun iradesi ile ortaya konmuştur. Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü’nün 22.02.2013 tarihli ve 2013/11 Sayılı sigortalılık işlemleri konulu genelgesinde de özellikle figüran oyuncuların hizmet akdi kapsamında çalıştığı ve 5510 Sayılı Kanun’un 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı olduğu vurgulanmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, talep edilen iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davasında, davacının televizyon dizisinde figüran oyuncu olarak işverenin direktifi altında sahnelediği oyunculugun eser akdi olarak kabul edilemeyeceği, kaldı ki davacının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında herhangi bir hak iddiasının dahi bulunmadığı göz önüne alınarak ve hizmet akdi kapsamında çalışan işçi ve sigortalı olduğu kabul edilerek, davaya “İş Mahkemesi” sıfatıyla bakılarak işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir.” (YHGK, 21.2.2018, E. 2015/21-139, K. 2018/316).

e) Sayıştay’ın 2012 yılı SGK denetim raporundaki sanatçıların sosyal güvenliğine ilişkin tespiti

Sayıştay’ın da uygulamanın isabetsizliğine dikkat çektiği bir kararı bulunmaktadır. Sayıştay “Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı 2012 Yılı Denetim Raporu”nda, **“Dizi oyuncularının 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edilmeleleri gerekmektedir. Uygulamada dizi oyuncularının, bir eser sözleşmesinin tarafıymış gibi Serbest Meslek Makbuzu (SMM) düzenledikleri, ya-**

pımcıların SMM karşılığında hizmet satın alıyormuş gibi bu sanatçılar için sigortalı işe giriş bildirgesi vermeyerek, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının a bendi (4-1-a) kapsamında sigortalılık tesis ettirmedikleri, bu kişilerin 5510 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin 1 inci fıkrasının b bendi kapsamında sigortalı oldukları görülmüştür" tespitinde bulunmuştur¹¹⁴.

f) Sanatsal çalışmaların dayandığı hukuki ilişki hakkındaki görüşümüz

Yukarıda da belirttiğimiz gibi sanatsal faaliyet çok farklı şekillerde icra edilebilir. Sanatsal faaliyetin bir iş sözleşmesine tabi olarak yerine getirilmesi mümkün olduğu gibi ürettiği sanatsal ürünleri bir ticari işletme kurarak bu işletme kapsamında pazarlayan ve satan kişi örneğinde olduğu üzere serbest meslek faaliyeti olarak icrası da mümkündür¹¹⁵. Bunun dışında bu faaliyet eser sözleşmesi ya da konusu işgörme olan bir başka sözleşme kapsamında da icra edilebilir. Bir ressamın ya da bir seramik sanatçısının sipariş üzerine resimler ya da seramikten objeler yapması veya bir şarkıcının bir organizatörün talebi üzerine konser vermesi, bir güfteci ya da bestecinin bir şarkı yazması ya da bestelemesi eser sözleşmesi kapsamında bir faaliyet olacaktır. Hatta bir yazarın yazdığı öykü, masal, roman vs. gibi eserlerini yayın sözleşmesi kapsamında bir yayınevine satması örneğinde olduğu gibi sigortalılık ilişkisi yaratmayacak şekilde yayın sözleşmesine göre sanatsal faaliyette de bulunulabilecektir.

Sanatçıların hangi hukuki ilişki içinde üstlendikleri işi yerine getirdiklerinin her somut olayda özel olarak ele alınması ve taraflar arasındaki ilişkinin özenli bir biçimde tespiti gerekir. Bu açıdan bir filmin başrol oyuncusunun iş sözleşmesi ile çalışmayacağı gibi bir kabul, kanaatimize göre bağımlılık ilişkisinin gösterdiği özellikler ile bağdaşmamaktadır. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, başrol oyuncularının, diğer oyuncularında gibi, ne zaman film setine (işyerine) geleceği, ne zaman işe başlayacağı, ne zaman dinleneceği ne zaman o gün için işe son verileceği yapımcı/işveren tarafından belirlenecek, ne zaman nasıl bir role bürüneceği, rolün nasıl oynanacağı tamamen yönetmenin (işveren vekilinin) emir ve talimatları ile gerçekleşecektir. Sanatçının rolünü oynarken yeteneklerini kullanıyor olması onun bağımsızlığını değil iş görme edimini yerine getirirken yetkinliğini ve yeteneğini kullanmasını gösterir.

Sonuç olarak, yukarıda da dikkat çektiğimiz gibi, dizi ve film oyuncularının bağımsız bir biçimde çalışmaları hayatın olağan akışı içinde mümkün değildir, bu ilişkide bağımlılık zorunlu olarak vardır ve bu kişilerin işçi olduklarını kabul etmek gerekir. Buna karşılık bir metin verilerek belli bir tarihe kadar

¹¹⁴ <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/LJzgPWVoAp-sosyal-guvenlik-kurumu>

¹¹⁵ Caniklioğlu/Özkaraca, 640; Köme Akpulat, 1191; Uğur, 216-217; Gülle, 248-249.

dublajın gerçekleştirilmesinin istendiği bir işte, somut olayın özelliğine göre eser sözleşmesinden bahsetmek mümkün olabilir. Ancak biraz önce de belirttiğimiz gibi bu durumda dahi bağımlılığın olup olmadığının özenli bir biçimde araştırılması gerekir.

Bu noktada kanun koyucunun m.4/2, (b) bendi ile iş sözleşmesine göre çalışanları mı yoksa konusu iş görme olmakla birlikte iş sözleşmesi dışındaki sözleşmelere dayanan faaliyetleri mi kapsamına almak istediğinin açıklığa kavuşturulması da yararlı olacaktır. 506 sayılı Kanun döneminde bu husus ciddi tartışmalara ve Yargıtayın farklı dairelerinin farklı kararlar vermesine neden olmuştur.

Belirtelim ki bu açıdan m.4/2, (b) bendine ilişkin madde gerekçesinin yol gösterici olduğu söylenmelidir. Zira 5510 sayılı Kanun çıkarılırken bendin ilk halinde, “Birinci fıkranın (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler; ... Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlardan, düşünürlerden ve yazarlardan **hizmet akdi ile çalışanlar** ... hakkında da uygulanır” denilirken 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle metinde yer alan “hizmet akdi ile çalışanlar” ifadesi metinden çıkartılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesine göre, “Madde ile 5510 sayılı Kanunun; A) 4 üncü maddesinin; - İkinci fıkrasının (b) bendinde yapılan düzenleme ile; bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları, müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan **bütün güzel sanat kollarında istihdam edilenler ile düşünürler ve yazarların çalışmalarını hizmet akdine dayanmadığından, “hizmet akdi” ibaresi metinden çıkarılmıştır**” açıklamalarına yer verilmiştir¹¹⁶. Bu açıklamanın da ortaya koyduğu gibi kanun koyucu bu bent ile konusu iş görme olan bütün sözleşmeleri kapsamına almak istemiştir. Kaldı ki, bize göre sanatsal faaliyetin bir iş sözleşmesine dayanması halinde sanatçının iş sözleşmesine göre çalışanlara ilişkin genel kural uyarınca yani m.4/1, (a) bendi uyarınca sigortalı olması gerekir¹¹⁷. Buna karşılık sanatsal faaliyetin işgörme olan diğer sözleşmelere göre icrası halinde ise m. 4/2, (b) bendine göre sigortalı olunmalıdır¹¹⁸.

¹¹⁶ Gerekçe için bkz. *Caniklioglu/Özkaraca*, 639, dn. 6.

¹¹⁷ *Güzel/Okur/Caniklioglu*, 92; *Caniklioglu/Özkaraca*, 641; *Uğur*, 217; *Köme Akpulat*, 1191; *Mutlay*, Faruk Barış: Oyuncuların -Özellikle Ek Madde 6 Kapsamındakilerin- Sosyal Güvenliği, Bilgi Karşılaştırmalı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sahne, Perde, Ekran Oyuncuları” Sempozyumuna sunulan yayınlanmamış tebliğ, 3.

¹¹⁸ Öğretide Şakar da, 2167 sayılı Kanunla getirilen hükümlerle, esasen istisna (eser) sözleşmesine göre çalışan sanatçı ve yazarların sosyal güvenliğe kavuşturulmak istendiğini belirtmekte, bir diğer deyişle iş sözleşmesine göre çalışmanın zorunlu olmadığını ifade etmektedir, *Şakar*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 204.

Daha önce de belirttiğimiz gibi 506 sayılı Kanun döneminde Ek m. 10 çıkarılarak sanatçılar sosyal sigortanın kapsamına alınmışlar, ardından sanatçılara Kanun maddesinin yürürlüğünden önceki dönem için borçlanma hakkı tanınmıştı (geç. m.80). Sanatçıların bu madde uyarınca borçlanabilmesi için sanatsal faaliyetlerinin iş sözleşmesine (hizmet akdine) tabi geçmesi gerekip gerekmediği o dönemde Yargıtayın farklı dairelerinin kararlarında uyuşmazlık konusu olmuştu. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi sanatsal faaliyetin iş sözleşmesine tabi geçmesi gerektiğini kabul ederken 21. Hukuk Dairesi iş sözleşmesine tabi geçmesi gerekmediği yönünde karar vermişti¹¹⁹. Hukuk Genel Kurulu ise görüşünü 21. HD görüşü yönünde ortaya koymuş ve el m.10 uyarınca sanatçının sigortalı olabilmesi için iş sözleşmesine göre çalışmasının gerekmediğine hükmetmişti. Yargıtay 10. HD de daha sonraki kararlarında sanatçıların çalışmalarının iş sözleşmesine dayanması gerekmediği yönünde hükümler vermeye başlayınca bu konudaki görüş ayrılığı giderilmişti.

SANATÇILARLA İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

(1) Sanatçıların Ek m. 10 kapsamında sigortalı sayılması için iş sözleşmesi ile çalışmaları şart değildir

YHGK'nın sanatçının faaliyetinin iş sözleşmesine dayanmasına gerek olmadığına ilişkin isabetli bir kararına göre;

“ Taraflar arasındaki “tespit” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 4.İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 10.10.2001 gün ve 19 E.1777 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 4.2.2002 gün ve 2001/8569 E. 2002/629 K. sayılı ilamıyla (... Davada 4056 Sayılı Kanun’la 506 Sayılı Kanuna eklenen geçici 80.maddeye dayanılarak yapılan sanatçı borçlanmasının geçerli olduğunun tespiti istenmiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de bu sonuç dosya içeriğine, usul ve yasaya uygun değildir.

¹¹⁹ Yarg. 10. HD., sanatçıların borçlanabilmesi için hizmet sözleşmesine dayanarak çalışma koşulunu zorunlu görürken (11.6.1996, 10263/5474; 28.4.1997, 2786-3026; 3.2.1998, 191/395; karş. B. Özdemir, Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri, Çimento İşv. D., Mayıs 1999, 41 vd.), Yarg. 21. HD., istisna sayılabilecek kararları dışında, isabetli olarak hizmet sözleşmesi koşulunu aramamıştır (21.1.1998, 8781/279; 5.3.1998, 617/1542; 16.3.1998, 1475/1825; 19.2.1998, 616/1094). Yarg. HGK'nun içtihadı da bu yönde istikrar kazanmıştır (30.9.1998, 21-644/633, YKD, Aralık 1998, 1763 vd.). Yarg. 10. HD., 27.6.2001 gün ve 3653/5041 sayılı ilke kararında, sanatçıların sigortalı sayılabilmeleri için hizmet sözleşmesine göre çalışmalarının zorunlu olmadığı sonucuna varmış böylece iki özel daire arasındaki içtihat aykırılığı ortadan kalkmıştır (Ayrıntı için bkz. Kılıçoğlu, M., Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara 2002, 1-80, Güzel, 1999 Yılı Kararları, 293 vd.); 5510 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak sanatçı ve işveren arasındaki ilişki hizmet akdine dayanmıyorsa bu madde kapsamında sigortalılığın söz konusu olmayacağı görüşü için bkz. Aslanköylü, 2009 Bası, 191.

506 Sayılı Kanun'un ek 10.maddesinde, sanatçıların bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılması öngörülmüştür. Burada hizmet akdi ilişkisi değil mesleki ilişki söz konusudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve dairemizin uygulamaları da bu doğrultudadır.

Dinlenen tanıklar 1971 yılından beri 8-10 yıl davacının gösterilerde, festivallerde halk dansları sanatçısı olarak çalıştığını ve geçimini bu faaliyetlerden elde ettiği gelirlerle devam ettirdiğini ifade etmiş iseler de tanık anlatımları inandırıcı bulunmamıştır.

Kanun bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan sanatçılardan söz etmiştir. Tanıklar davacının hangi işveren tarafından hizmet akdi aranmaksızın hangi tarihlerde, hangi festivallerde, hangi dernek toplantılarında ne kadar ücretle çalıştırıldığı, ücretlerin nasıl ödendiği ve tüm hayatını sanatsal faaliyetlerden elde ettiği gelirlerle devam ettirdiği yolunda hayatın olağan akışına ve gerçeklerine uygun ifadede bulunmamışlardır. Tanık anlatımla somut olmayıp soyut düzeyde kalmaktadır. Böylece kanıtlanamayan davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır..) gerekmesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, 4056 Sayılı Yasayla 506 Sayılı Yasaya eklenen geçici 80.maddeye dayanılarak yapılan sanatçı borçlanması talebinin geçerli olduğunun tespitinden ibarettir.

Davacı, 1971 ila 1978 yıllarında Divriği Kültür Derneği'ne üye olup, dernekçe yapılan görevlendirme ile çeşitli festival ve etkinliklerde folklor çalışmasında bulunduğunu, sigortasız geçen bu sürelerini borçlanmak için kuruma yaptığı başvurunun reddedildiğini belirterek, borçlanma isteminin geçerli olduğunun tespitini istemiştir.

Mahkemenin, davacının otantik halk oyunları sanatçısı olduğu ve bir işverene bağlı hizmet akdi ile çalışarak değil de, sanatçı olarak katıldığı etkinliklerde bu etkinliği düzenleyenlerce verilen ücretlerle geçimini temin ettiği anlaşılacak, davanın kabulüne ilişkin olarak verdiği karar, özel dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Hemen belirtelim ki, güzel sanat kollarında uğraşanların çalışmaları, genelde doğuştan yetenek ve beceriye bağlıdır. Çalışma alanı ve konuları ile koşulları çok farklılık ve özellik gösterir. Bu nedenle bu çalışmaların bir hizmet akdinde olduğu gibi bir sınırlama veya çerçeve içerisine alınması düşünülemez. Bu çalışmalarda çoğu kez zaman unsuru söz konusu olmadığından, bir veya birden fazla kişi emrinde çalışma unsuru

her zaman gerçekleşmeyebilir. Öyle ki, kimi durumlarda yıllarca bir sanatçının üzerinde çalıştığı bir eserinin değerlendirilmesi, kimi durumlarda ise, bir sanatçının bir günde değişik mekan ve zamanlarda çalışmasının göz önüne alınması zorunlu hale gelir. **Demek ki, bu tür çalışmalar kendine özgü bir biçimde ortaya çıktığından; hizmet akdi çerçevesinde değerlendirmeye tabi olmayacaklarında kuşku ve duraksamaya yer olmadığı açıktır. Bu durumda, sanatçı ile sanatından yararlanan kimse arasındaki akit türü ne olursa olsun, sanatçının sanat yaratırken gösterdiği mesleki çalışması yasa kapsamındadır. Aksine daraltıcı yorum yasanın getiriliş amacına terstir.** (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.9.1998 tarih ve 1998/21-644 E.ve 1998/633 K. sayılı ilamı)

Nitekim, 4056 Sayılı Yasa ile kendilerine borçlanma hakkı tanınan kişiler belirlenirken, 2167 Sayılı Yasada gösterilen biçimde “tüm güzel sanat kollarında uğraşı verenler” olarak tanımlanmış ve gösterilmiştir. 2167 Sayılı Yasa ile 506 Sayılı Yasa eklenen Ek 10.maddeye göre, Sosyal Güvenlik, Kültür ve Turizm Bakanlıkları bir araya gelerek kimlerin bu yasadan yararlanacağını saptayacakları öngörülmüştür. Buna göre ilgili bakanlıkların bir araya gelerek yaptıkları protokolde her bir sanat dalında ve hangi uğraşı alanlarında etkinlik gösterenlerin bu yasadan yararlanacağı belirlenmiş olup, bu protokolün VI nolu bendinde Folklor ve Halk Sanatçıları başlıklı bölümde otantik halk oyunları sanatçıları da gösterilmiştir.

Somut olayda, davacının 1.7.1971 ila 11.5.1978 yılları arasında Divriği Kültür Derneğine üye olup, gerek bu dernek tarafından gerekse bunun dışında çeşitli festivaller, toplantılar, düğün ve etkinliklere katılarak yasada “otantik halk oyunu” olarak adlandırılan folklor gösterilerinde bulunduğu, ücretinin bu etkinlikleri düzenleyenlerce ödendiği, davacının bu biçimde kazandığı ücretlerle geçimini temin ettiği, daha sonraki sigortalı çalışmasında da Ankara’da çeşitli halk eğitim merkezlerinde aynı çalışmasını sürdürdüğü, dernek yazısı, sigorta kayıtları ve tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca davacının yasa kapsamında olan bir uğraşı alanında çalıştığı ve borçlanma isteminin yerinde olduğu anlaşıldığından, direnme kararı yerindedir. Bu nedenle karar onanmalıdır.” (YHGK., 10.7.2002, E. 2002/21-569, K. 2002/603).

YHGK'nın bir başka kararına göre;

“Güzel sanat kollarında uğraşanların çalışmaları, genelde, doğuştan gelen yetenek ve beceriye bağlıdır. Çalışma alanı, konuları ve koşulları çok farklılık ve özellik gösterir. Bu nedenle belirtilen çalışmaların, bir hizmet akdinde olduğu gibi bir sınırlamaya veya çerçeve içerisine alınması düşünülemez

...

Güzel sanatlar kolunda uğraşanların, 506 sayılı yasadan yararlanmaları yönünden, hizmet akdine çalışmaları zorunlu değildir. Sanatçı ile hukuki ilişki içinde bulunan, ya da sanatından yararlanan kimse arasındaki ilişki, akit türü ne olursa olsun sanatçının sanat yaratırken gösterdiği mesleki çalışması 506 sayılı Yasa kapsamındadır .../... Nitekim çırakların, genel ev kadınlarının, köy bekçilerinin hizmet akdiyle çalışmamalarına rağmen 506 sayılı Yasa anlamında sigortalı sayılmaları da 506 sayılı Yasa yönünden mutlak hizmet akdiyle çalışmanın şart olmadığını diğer bir örneklerdir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, güzel sanat kollarında çalışanların, bu dalda faaliyet gösterdiklerinin ve buna bağlı yaşamlarını sürdürdüklerinin saptanması durumunda bunların 506 sayılı yasa kapsamında olduklarının kabulü gerekir. Aksine düşüncelerle "Hizmet Akdi" koşulu aranıp esas alınması usule ve yasanın amacına aykırıdır. Karar bu nedenlerle bozulmalıdır." (YHGK, 30.9.1998, E. 1998/21-619, K. 1998/644; aynı yönde YHGK, 30.9.1998, E. 1998/21-644, K. 1998/633).

Yargıtay 10. HD de, 506 sayılı Kanun döneminde verdiği kararında, yukarıda da belirttiğimiz gibi görüş değiştirerek, sanatçıların iş sözleşmesine göre çalışmasının gerek olmadığını kabul etmiştir.

Yargıtay 10. HD'ye göre;

"Bilindiği gibi sanatçılar, 29.6.1978 tarih ve 2167 sayılı Kanununun 14. maddesiyle Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen Ek birinci madde ile zorunlu Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına alınmışlardır. Ek birinci madde 3520 sayılı Yasa ile sonradan Ek madde 10 olarak numaralandırılmış bulunmaktadır.

*Sanatçıların borçlanma hakkına sahip olup olmadıklarının saptanmasında öncelikle yapılacak iş, Ek 10. madde hükümlerine göre zorunlu sigortalılık koşullarını taşıyıp taşımadıklarının belirlenmesidir. Bu maddede, "Bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları, müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar, düşünür ve yazarlar bu kanun hükümlerine tabidirler denmektedir. **Maddenin açık lafzı karşısında bir sanatçının zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılabilmesi için "bir veya birkaç işveren tarafından" çalıştırılmış olması gerekir. Yasanın lafzı, amacını açıkça ortaya koymuş ise başka bir yorum yoluna gidilemez. Aksi takdirde yargı erki yetkisini aşarak yeni bir hüküm getirmiş olur ki, böyle bir yetkinin tanınması Yasama erkini görevine müdahale sonucunu doğurur. Oysa Yargı erkinin Yasama erkinin görevine müdahale etmiş olması kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş olan Anayasa hükümlerine aykırı düşer.***

Sanatçı ile, kendisini çalıştıran işveren arasındaki hukuksal ilişkinin hizmet akdine dayanmasının gerekip gerekmediği meselesine gelince; bilindiği gibi Sosyal Sigortalar Kanununun 4. maddesinde, işveren şöyle tanımlanmıştır: "Bu Kanunun uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler işveren"dir.

Maddenin lafzından gidilerek yorumlanması halinde, sanatçının zorunlu sigortalı sayılabilmesi için hizmet akdine göre çalışmış olması gerekmektedir. Zira sözü edilen 4. madde ile, Sosyal Sigortalar Kanununun 2. maddesine yollamada bulunulmuştur. 2. maddeye göre zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılabilmek için çalışmanın hizmet akdine dayanması gerekmektedir. Ek 10. madde, yürürlüğe konmamış olsa bile hizmet akdine göre çalışan sanatçılar zaten zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılacaklardı. O halde yasa koyucu, Ek 10. maddeyi, yasalaştırmakla abesle mi iştigal etmiştir? Oysa yasa koyucunun abeste iştigal etmeyeceği temel hukuk kurallarındandır. **Hal böyle olunca, sanatçıların, ülkenin yüz akı oldukları düşünülmüş ve kendilerinin sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmaları istenmiş, özellikle, ömürlerinin sonunda açlığa ve sefalete terkedilmelerinin önlenmesi amaçlanmıştır. Böyle olunca da Ek 10. maddenin, sanatçıların lehine getirilmiş bir hüküm olduğu kabul edilmelidir. Bu maddenin bir başka getirilme nedeni de mahkemelerin ağırlıklı olarak, sanatçıların çalışmalarının istisna akdine dayandırma eğilimine girmeleridir. Anılan maddenin yürürlüğe girmesinden önceki evrede yargı; ağırlıklı olarak sanatçıların, işlerini yaparken bağımsız olduklarını, iş sahibince kendilerine emir verilemeyeceğini, dolayısıyla çalışmalarının istisna akdine dayandığını düşünmekte idi. Aksine kararlar verilmiş ise de uygulamada bu konuda belirsizliklerin yaşandığı yasama belgelerine geçen sözlerden anlaşılmaktadır. İşte yasa koyucu, bu belirsizliklere açıklık getirmek amacıyla sanatçılar için ayrı bir yasal düzenlemeye gerek görmüştür.**

Sözü edilen maddenin lafzı ile amacının çeliştiği açıktır. Yasaların sözü ile amacının çeliştiği hallerde amacına göre yorumlanacağı evrensel hukuk kurallarındandır. Tüm bu nedenlerle, sanatçıların zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılabilmeleri için hizmet aktine göre çalışmalarının şart olmadığı sonucuna varılmıştır. Sânatçının, bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmış olmaları koşuluyla, aradaki ilişki ister istisna, ister vekalet, isterse birbaşka akit türüne dayanmış olsun zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılmaları gerekir. Örnek vermek gerekirse, herhangi bir gazino sahibinin gazinosunda, düğün salonlarında şarkı okuyan ses sanatçısı ile saz heyetinde çalışanlar, film yapımcısının çalıştırdığı film artistleri, gazetelerde çalışan köşe yazarları zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılırlar: Bu örnekler çoğaltılabilir. Her ne kadar Onuncu Hukuk Dairesi uzunca bir süre hizmet akti ile çalışmayı Şart görmüş ise de bu görüşünden dönmüştür. İşveren tarafından çalıştırılıp çalıştırılmama olgusunun belirlenmesinde her somut olayın özellikleri dikkate alınarak sonuca gidilmelidir.

Kendi nam ve hesabına çalışan sanatçıların hukuksal durumlarına gelince; bunların zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılmayacakları ek 10. maddenin açık hükümlerindedir. Yukarıda açıklandığı gibi bunlar bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmamaktadırlar.

Esasen maddede gerekçesinde de kendi nam ve hesabına çalışanların zorunlu sigortalı sayılabilecekleri, istedikleri takdirde topluluk sigortasına girebilecekleri belirtilmiştir.

Anılan maddede, “çalıştırılan” ve “çalışan” deyimine yer verildiği görülmektedir. Bu sözcüklerin anılan maddede girmiş olması nedeniyle bir kısım sanatçılar kendi nam ve hesabına çalışmış olsalar bile sigortalı sayılabilecekleri düşünülebilirse de, maddede sayılan sanatçıları ikiye ayırmak mümkün değildir. Aksi takdirde sanatçılar arasında eşitsiz uygulamaya yer verilmiş olur ki bunun hukuk mantığı açıklanması güçtür. Esasen yasama belgelerinde ortaya konulan gerekçeler böyle bir ayırma gidilmesine olanak sağlamamaktadır.

Borçlanmak isteyen sanatçının çalışmalarını kanıtlaması gerektiği açık seçiktir. Ne var ki, Geçici 80. maddede kimlerin borçlanma belgeleri verebileceği belirtilmiştir. İlgili işveren veya kuruluşların vermiş oldukları belgeler, borçlanma isteminde bulunan sanatçının belgede gösterilen çalışma süresi kadar çalıştığının yasal kanıtıdır. Bu tür davaların kamu düzenini ilgilendirmesi bakımından özel bir itina ve duyarlılıkla araştırılıp incelenmesi gerektiği Dairemizin yerleşmiş görüşlerindedir. Kuşkulu hallerde, mahkemenin çalışmanın gerçek olup olmadığını ve süresini, titizlikle araştırıp incelemesi gerekir. Ne var ki Geçici 80. maddede, borçlanma belgesinin Kurumca kabul edilmesi gerektiği öngörülmektedir. O nedenle mahkemelerce, hizmet belgesinin yok sayılması düşünülemez. Geçici 80. madde, sanatçılara tanınan üçüncü borçlanma yasasıdır. Belirtmeliyiz ki uygulamada Ek madde 10 işlerlik kazanamamıştır. Sanki ölü doğmuş bir madde gibidir. İşte yasa koyucu bu boşluğu doldurmak amacıyla sıkça borçlanma-yasaları çıkarmaktadır. Öte yandan, hizmet belgesinin mutlaka işverence düzenlenmesi de şart değildir. Maddede sayılan diğer kuruluşlarca verilen belgeler dahi geçerli kabul edilmelidir.

Somut olayın irdelenmesine gelince, davacının düğünlerde ve gazinolar-da borçlanılan süre kadar cümbüş, ut ve darbuka çaldığı hizmet belgesini doğrulayan tanık sözlerinden anlaşılmaktadır. Kurum, aksine bir delil getirmediği gibi, davacının çalışmalarının hobi niteliğinde olduğu iddiasını da kanıtlayamamıştır. Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının geçimini sağlamak amacıyla çalışmış olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Öte yandan, davacı, borçlanmadan vazgeçtiğine dair Kuruma yazılı olarak başvurmuş ve borçlanma bedelini almış ise de bu vazgeçmenin serbest iradesiyle gerçekleşmediği, Kurumun borçlanmayı iptal etmesi sonucu manevi cebir altında ortaya çıktığı görülmektedir.

Mahkemece, borçlanmanın geçerliliğine karar verilmesi doğru ise de, borçlanma bedelinin geri alındığı tarihten Kuruma iade edileceği tarihe kadar işleyecek yasal faizi ile birlikte ödendiği taktirde davanın kabulüne şeklinde karar verilmesi gerekirken bu konunun göz ardı edilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (Yarg. 10 HD., 27.6.2001, E. 2001/3653, K. 2001/5041).

Yargıtay 10. HD’nin daha güncel bir kararında da konuya ilişkin olarak şu tespitlerde bulunulmuştur: Yargıtay 10. HD’ye göre;

“...Davacı, 2011 yılı Ocak ayından 2018 yılı Aralık ayına kadar Rize Öğretmenevinde düğün ve nişan organizasyonlarında kemençe çalıp solistlik yapmak suretiyle müzisyen olarak çalıştığının tespitini istemiştir. Dosya içerisinde yer alan bilgi ve belgeler karşısında, dava konusu dönemde davacının davalı işverenlik Rize Öğretmenevi ve Akşam Sanat Okulu Müdürlüğü iş yerinden (.....) herhangi bir bildirimiminin bulunmadığı ve fakat başka iş yerlerinden 4/1-a kapsamında sigortalılık bildirimleri ile 4/1-b kapsamında sigortalılığının olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece Somut olayla ilgili olarak; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.05.2002 gün, E.2002/21-445,K.202/452 Sayılı kararı gereğince o zaman yürürlükte olan 506 Sayılı yasanın 78 ve geçici m.80 gereğince sanatçıların borçlanmasını kabul edilmekteydi. **5510 sayılı yasanın m.4 alt bent 2/b gereğince birden fazla işverenler tarafından çalıştırılan film, tiyatro; sahne gösteri, ses ve saz sanatçıları sigortalı sayılır.** Bu husus sanatçıların sigortalı sayılması 2167 Sayılı yasa yasaya eklenen ek.m10 ile getirilmiştir. 6111 Sayılı Kanun’un 51. maddesiyle eklenen geçici madde ile 1.3.2011 tarihinden itibaren Bakanlığı’nca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne gösteri; ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel dekoratif ve benzeri diğer sanatçıları süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanların kendileri tarafından prim ödemelerine imkanı sağlanmıştır. **Bu sigortalılar kanununun hizmet akdi kapsamında sigortalı say değildir. Kaldı ki sanatçı olarak sigortalılık söz konusu göz önüne alınsa bile davacının anılan yasa Hükümleri içinde 4/a sigortalısı olması yasal olarak mümkün olmadığından açılan davanın reddine karar verilmiş ise de verilen karar eksik araştırma ve incelemeye dayalıdır.**

Mahkemece öncelikle yukarıda açıklanan somutlaştırma yükümlülüğü kapsamında davacının çalışma şekli, ne iş yaptığı ve kimlerle çalıştığı, ücretini kimden aldığı, kimden talimat aldığı hususları açığa kavuşturulmalı, davalı öğretmenevinde gerçekleştirilen düğün, nişan v.b. merasimler konusunda öğretmenevinin organizatör olarak yer alıp almadığı, söz konusu organizasyonları kimin yaptığı hususları belirlenmeli, bu bağlamda gerçek işveren belirlenmeli, işverenin farklı kişi olması halinde de davanın kamu düzenine ilişkin niteliği gereği HMK’nın 124. maddesi uyarınca husumetin doğru işverene yöneltmesi için davacıya mehil verilmeli, davaya usulüne uygun şekilde dahil edilmeli ve davaya dahil edilen işverenin de göstereceği deliller toplanmalı, gerektiğinde resen de araştırma yapılarak davaya konu çalışma hiçbir kuşku ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde belirlenmeli ve oluşacak kanaate göre karar verilmelidir.

Mahkemece; toplanan tüm kanıtlar birlikte değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirir.” (Yarg. 10 HD., 12.10.2022, E. 2022/9072, K. 2022/12295).

Sonuç olarak, bir iş sözleşmesine göre çalışan sanatçılar m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklar ve bu sigortalılara ilişkin genel hükümlere tabi olacaklardır. Bağımsız çalışan sanatçılar ise m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olacaklardır. İş sözleşmesine göre çalışmayıp eser, vekâlet gibi diğer iş görme sözleşmelerine göre çalışan sanatçılar hakkında ise, m.4/2, (b) bendi uyarınca, m.4/1, (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler uygulanacaktır. Sanatçı faaliyetini bir devlet kurumunda icra ediyorsa bu durumda m.4/1, (c) bendine göre sigortalı olacaktır¹²⁰.

Son olarak ekleyelim ki, bu bent uyarınca sigortalılık ilişkisi doğuran faaliyetin bir iş sözleşmesine dayanmasa da, eser veya vekâlet gibi bir iş görme sözleşmesine dayanması da gerekir¹²¹.

g) Sanatçıların uğraş alanlarını gösterir liste ve sosyal sigorta açısından önemi

Hangi sanat dallarının hangi alanlarında çalışanların m. 4/2, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacakları Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine ekli Ek 1'de yer alan listede gösterilmiştir.

Ek 1 listesi “Kanunun 4 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamında Sayılan Sigortalılara İlişkin Uğraşı Alanı Ve Çalışanları Gösterir Liste” başlığını taşımakta olup bu listeye göre faaliyetler, I. Sinema Sanatçıları ve Çalışanları, II. Tiyatro, Opera, Bale Sanatçıları ve Çalışanları, III. Müzik ve Sahne Sanatçıları, IV. Folklor ve Halk Sanatçıları, V. Edebiyat, VI. Görsel Sanatlar, Dekoratif Sanatlar, vb. Bu ana başlıklar altında hangi faaliyetlerin bu kapsamda sayılacağı da ayrıca belirtilmiştir. Dolayısıyla bu bent kapsamda sigortalı olmak için listede yer alan bir faaliyette bulunmak gerekir.

Yargıtay da konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında bu hususa dikkat çekmektedir. Yargıtay 10 HD:ye göre;

“... Davacının iddia edilen dönemde yürüttüğü proje çalışmalarının nitelik ve sayı itibariyle sanatçılara sosyal güvenlik hakkı tanıyan Ek 10. madde kapsamında olup olmadığı mahkemeye yeterli şekilde araştırılmamıştır. Davacının 3 yıl 5 aylık dönemde sadece 2 projede imzası bulunduğuna göre çalışma olgusunun gerçek ve fiili olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

İş yeri kayıtları ve ödeme belgeleri davalı işverence mahkemeye ibraz edilememiştir. Dinlenen tanıklardan Necmi Doğan işyeri tanığı değildir. Mustafa Uzunoğlu ise 1980-1983 yılları arasındaki dönem için beyanda bulunmuştur. Bu bakımdan yetersiz tanık beyanlarına dayanılarak hüküm kurulması isabetsizdir.

¹²⁰ Köme Akpulat, 1191; Gülle, 249.

¹²¹ Caniklioğlu/Özkaraca, 640. Bu yöndeki görüşler için bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 640, dn. 8'de sözü edilen yazarlar. Ayrıca bkz., Uğur, 217.

Kaldı ki, dava konusu dönemde davacı tarafından yapılan konut ve işyeri inşaatı mimari projeleri itibarıyla, davacının yaptığı işin Ek-10. maddenin son fıkrasına dayanılarak Çalışma, Kültür ve Turizm Bakanlıklarınca ortaklaşa hazırlanan sanatsal uğraşı alanlarını gösterir liste kapsamında olup olmadığı üzerinde de durulmamıştır. Söz konusu listede “mimarlık” Görsel Sanatlar-Dekoratif Sanatlar ana başlığı altında yer almaktadır. Şu halde davacının sanatçı kabul edilebilmesi için yaptığı işin Görsel Sanatlar, Dekoratif Sanatlar ve benzeri sanat çalışmalarını kapsamında olduğunun tesbit edilmesi gerekir.

Mahkemece kabul edilen konut ve işyeri inşaatı mimari proje çizim işinin, görsel sanatlar kapsamına girip girmediğinin, görsel ve dekoratif sanatlar konusunda uzman öğretim üyelerinden seçilecek bilirkişilerden rapor alınmadan yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır”, (Yarg. 10 HD., 08.11.2000, E. 2000/7077, K. 2000/8017).

4. Yabancılar

Yabancı kavramı, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda tanımlanmıştır. Buna göre, yabancı “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi” ifade eder (m.3/1, ü). Benzer bir tanım 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanununda da bulunmaktadır (m.3/1, ı). Öğretide de yabancı, bulunduğu ülkenin vatandaşı olmayan kişi olarak tanımlanmaktadır¹²². Ülkemiz açısından bu kavramı, Türk vatandaşı olmamakla beraber Türkiye’de bulunan kişiler olarak anlamak gerekir¹²³.

Yabancıların sosyal güvenliği konusunda ilk dikkate alınması gereken ilke, sosyal güvenlik hakkının ırk, dil, din, cinsiyet, siyasi görüş, etnik köken gibi sebeplerle hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese tanınması gereken, uluslararası belgelerde ve hukuk belgelerini de güvence altına alınan temel insan haklarından birisi olduğudur¹²⁴. Nitekim 1982 Anayasasında sosyal güvenlik hakkı güvence altına alınmış olup bu hak yalnızca vatandaşlara değil herkese (m.60), bir diğer deyişle ülkede yaşayan yabancılara da tanınmıştır¹²⁵. Ancak

¹²² Ekşi, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018, 38; Aydoğdu, Gamze: Sosyal Güvenlik Hakkı Bağlamında Türkiye’de Yabancıların Sosyal Güvenliği, Legal İSGHD, C. 15, S. 58, Y. 2018, 512.

¹²³ Ekşi, 38; Ergin, Hediye: Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, İstanbul 2017, 7.

¹²⁴ Aydoğdu, 495; Sosyal Güvenlik Hukukunda yabancılik temelli ayrımcılık konusunda bkz. Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Hukukta Ayrımcılık Olarak Değerlendirilebilecek Düzenlemeler ve Mağduriyetin Giderilmesi İçin Başvurulabilecek Yollar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 685 vd.

¹²⁵ Aydoğdu, 495. Belirtilim ki, AIHM de vermiş olduğu bir kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer almayan sosyal güvenlik hakkını mülkiyet hakkı kapsamında değer-

yine AY'da “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir*” (m.16) denilmek suretiyle bu konuda kanunla bazı sınırlamaların getirilebileceği de öngörülmüştür.

Hukukumuzda 506 sayılı Kanun döneminde, 2003 yılında 4958 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce yabancılar sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolları bakımından zorunlu sigortalı sayılmakta; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası bakımından ise *istekleri halinde* sigorta kapsamına alınmaktaydılar. Gerçekten 506 s.lı K. m.3/II, A bendinde, “*Malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, bir işveren emrinde çalışan ve Türk uyruklu olmıyan kimselerden Kurumdan yazılı istekte bulunanlar hakkında ve istek tarihinden sonraki ay başından başlanarak uygulanır*” hükmü yer almaktaydı. Hüküm isteğe bağlı olma koşulunu sadece uzun vadeli sigorta kolları açısından aradığı için Türkiye’de çalışan bir yabancı doğrudan ve zorunlu olarak kısa vadeli sigorta kollarının kapsamına girmekte, uzun vadeli sigorta kollarından yararlanabilmesi için bu konudaki iradesini ortaya koyması ve talepte bulunması gerekmektedir.

Yukarıda sözü edilen düzenleme öğretide, Avrupa Birliği normlarına ve Türkiye’nin 29.7.1971 tarihinde onayladığı ILO’nun 1962 tarih ve 118 sayılı “*Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit İşlem Yapılması Hakkında Sözleşme*” hükümlerine aykırı düştüğü gerekçesiyle eleştirilmekteydi¹²⁶. Bunun üzerine, bizce de isabetli olarak, 4958 s.lı K.’la 506 s.lı K. m.3/II, A bendi yürürlükten kaldırılmış ve yabancılar, işsizlik sigortası konusundaki düzenleme hariç, tüm sigorta kolları bakımından kapsama alınmışlardı¹²⁷. Ekleyelim ki, konuya ilişkin bu genel düzenlemeler dışında günümüzde de yürürlükte olan Türk soylu yabancılarla ilişkin özel hükümler de bulunmaktaydı¹²⁸.

506 sayılı Kanun döneminde Devlet üniversitelerinde 2547 sayılı Kanun m. 34 uyarınca istihdam edilen yabancı öğretim elemanlarının sigortalılığı da daha farklı kurallara tabiydi. Esasında bu kişilerin sözleşmeli personel olduklarının kabul edilmesi gerekir¹²⁹. Ancak bu kişilerin sigortalılıkları konusun-

lendirmiş ve sosyal güvenlik hakkının yalnızca ilgili ülke vatandaşlarına tanınmış olmasını ayrımcılık yasağına aykırı bulmuştur. Kararın incelenmesi için bkz., *Erdoğan, Murat*: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gaygusuz Kararı: Mülkiyet Hakkının Geniş Yorumu ve Ayrımcılık Yasağı, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1-2, 2014, 160-161; ayrıca bkz. *Uğur*, 211.

¹²⁶ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 93; *Sözer*, Ali Nazım: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Avrupa Topluluğu Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, 1990’lı Yıllarda Türk Çalışma Mevzuatının Avrupa Topluluğu Çalışma Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi, ATMER, İzmir 1992, 89 vd.; ayrıca bkz. *Caniklioğlu*, Ayrımcılıktan Kaçınma, 685-691; *Kabakçı*, Mahmut: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, İstanbul 2021, 415.

¹²⁷ Bu konudaki gelişmeler hakkında bilgi için bkz. *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 11. bası, 121; *Caniklioğlu*, Ayrımcılıktan Kaçınma, 687-688.

¹²⁸ Bu konu üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.

¹²⁹ *Kabakçı*, 2018 Yılı Kararları, 415.

da 14.10.1983 gün ve 1983/7148 sayılı BKK uyarınca¹³⁰ işlem yapılmaktaydı. Anılan BKK m. 12'ye göre, "Personelden, isteğe bağlı olarak, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu uyarınca hastalık primi kesilir. Hastalandıklarında kendilerine Türk uyruklu ve 506 sayılı Kanuna tabi olanlar eşidi işlem yapılır.". Dolayısıyla bu kapsamdaki kişiler, BKK kararı ile talepte bulunmaları halinde sadece hastalık sigortasından faydalanabilmekteydiler¹³¹.

5510 sayılı Kanun ise yabancıların sigortalılığını daha farklı düzenlemiştir. 5510 sayılı Kanuna göre "Mütekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar" m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m. 4/2, c).

Bendin lafzı dikkate alındığında, mütekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkeden gelen yabancıların kapsam dışında tutulduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak, bize göre hükmü, mütekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi kapsamında olan, özellikle de ikili sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan bir ülke uyruğundaki yabancılar için öncelikle ilgili sosyal güvenlik sözleşmesinin uygulanacağı, bu sözleşmede konuya ilişkin hüküm bulunmaması ya da Türk Sosyal Güvenlik Kanununa atıf yapılması halinde ise 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı biçiminde anlamak gerekir^{132, 133}.

Öte yandan, yabancıların zorunlu sigortalılığı, iş sözleşmesine göre çalışmalarına bağlı olduğundan, bu kimselerin Türkiye'de çalışma iznine de sahip olmaları gerekir¹³⁴. Yabancıların çalışma izinlerine ilişkin kurallar 28.7.2016 tarihinde kabul edilen 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nda¹³⁵ düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan Kanuna göre, yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye'de çalışmaları veya çalıştırılmaları yasaktır (m. 6/2). Buna karşılık diğer kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar, bu Kanuna göre çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler (m. 6/3)¹³⁶.

¹³⁰ RG, 31.10.1983, 18207.

¹³¹ Bu konuda açıklamalar ve bir Yargıtay kararı için bkz. *Kabakçı*, 2018 Yılı Kararları, 412 vd.

¹³² *Güzel/Okur/Canıklıoğlu*, 93.

¹³³ Aynı yönde görüş için bkz. *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 291; *Aydoğdu*, 516; *Süner*, Sosyal Güvenlik, 42; *Uğur*, 212.

¹³⁴ *Güzel/Ocak*, 4958 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler, 123 vd.; *Sözer*, Sosyal Sigortalar, 72.

¹³⁵ RG, 13.08.2016, 29800.

¹³⁶ 6735 sayılı Kanundan önce yabancıların çalışma izinleri 4817 sayılı Kanunla düzenlenmişti. Bu Kanunla ilgili olarak bkz. *Çiçekli*, Bülent: Yabancıların Çalışma İzinleri, Ankara 2004, 35 vd.

Mülteciler ve vatansızlar da yabancı uyruklular gibi zorunlu sigortalı sayılırlar¹³⁷, ¹³⁸. Ayrıca, 29.8.1961 tarih ve 359 sayılı Kanunla onanmış bulunan “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme”nin 24. maddesine göre, sosyal sigortalar açısından mültecilerin durumu, Türk vatandaşlarından ayrımsızdır.

Hukukumuzda sosyal güvenlik sicil numarası olarak T.C. Kimlik numarası kullanılmaktadır. Yabancılar için böyle bir numaranın kullanılması mümkün olmadığı için onların aylık prim hizmet belgelerinde/muhtasar ve prim hizmet beyannamelerinde gösterilmeleri İçişleri Bakanlığınca verilecek olan kimlik numarası ile gerçekleşir¹³⁹.

Son olarak ekleyelim ki, 2527 sayılı Kanunla Türk soylu yabancılara, özel olarak Türkiye’de çalışma hakkı tanınmıştır (m. 5). Bu nedenle, sözü edilen kimseler, Türk vatandaşları gibi sosyal sigortalardan yararlanabileceklerdir¹⁴⁰. Örneğin Bulgaristan’dan *zorunlu göçe tabi tutulanlar*, bir iş sözleşmesine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırıldıkları takdirde, 506 s.lı Kanun döneminde olduğu gibi, 5510 s.lı Kanun döneminde de m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı kabul edileceklerdir¹⁴¹. Aynı şekilde geçici koruma statüsüne sahip yabancılar da bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştıklarında m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır¹⁴².

5. Koruma bekçileri

5510 sayılı Kanunda sosyal güvencenin kapsamına alınan ve iş sözleşmesi ile çalışanlar gibi sigortalı sayılan diğer bir grup da 10.7.1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanun’a göre çalıştırılan koruma bekçileridir.

506 sayılı Kanun döneminde çiftçi mallarını koruma bekçilerinin istihdamının iş ilişkisine mi yoksa atama tasarrufuna mı dayandığı noktasında tereddüt olduğu için söz konusu kişilerin sosyal güvenliğinin sağlanması uzunca bir müddet mümkün olamamıştır. Söz konusu kişilerin çalışmalarının iş sözleşmesine (hizmet akdine) dayanmadığı kabul edilerek kendileri 506 sayılı Kanun kapsamına alınmadıkları gibi bu istihdam biçiminin 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun kapsamına girecek nitelikte

¹³⁷ Şanlı, Cemal: “Türkiye’de Yabancıların Sosyal Güvenliği”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 1981, 24 vd.

¹³⁸ 5510 sayılı Kanuna göre uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi ve vatansız kişi, İçişleri Bakanlığı tarafından başvuru sahibi, mülteci, ikincil koruma veya şartlı mülteci statüsü sahibi veya vatansız olarak tanınan kişileri ifade eder (m. 3/27).

¹³⁹ Bu konuda ayrıca bkz. İşveren Uygulama Tebliği, 2.1.2.1.

¹⁴⁰ Aynı yönde, Üçışık, Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2015, 167.

¹⁴¹ Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 294.

¹⁴² Öztürk Yılmaz, 500.

bir istihdam olmadığı da kabul edildiği için söz konusu kişiler 5434 sayılı Kanun kapsamında da sayılmamışlardır.

Gerçekten, çiftçi mallarını koruma bekçileri, köy koruma ve ihtiyar meclislerince seçildikten sonra, *atanmaları vali ve kaymakamlarca onanan* kimselerdir (4081 s.lı K. m.7/2). Öğretide bizim de katıldığımız genel kabul gören yaklaşıma göre, bu kişiler iş sözleşmesiyle değil, bir atama işlemine, bir diğer deyişle bir idari işleme istinaden çalışırlar¹⁴³. Öte yandan bu idari işlem İdare Hukuku açısından kadro karşılığı bir atama işlemi niteliği de taşıyamaktadır. İşte her iki sosyal güvenlik kanununun kapsamına girilmediğine yönelik bu durumun yarattığı olumsuzluğu engellemek için çiftçi mallarını koruma bekçilerinin sosyal güvenliğinin sağlanması amacıyla özel bir düzenleme yapılmış, bu kişiler 1976 tarihli ve 1992 sayılı Kanunla 506 s.lı Kanunun kapsamına alınmışlardır. 506 sayılı Kanun m. 2/2'ye eklenen bir fıkra ile "10/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması hakkındaki Kanuna göre çalıştırılan Koruma Bekçileri bu kanuna tabidir" denilmek suretiyle koruma bekçileri 506 sayılı Kanunun kapsamına alınmıştır.

5510 sayılı Kanunda da aynı yaklaşım benimsenmiş ve çiftçi mallarını koruma bekçileri m.4/1, (a) bendi kapsamında *sigortalı sayılmışlardır*. Böylece m.4/1, (a) bendine göre sigortalı olabilmek için aranan iş sözleşmesine göre çalışma ölçütüne bir istisna daha getirilmiştir.

Yargıtay da 1982 yılında verdiği bir kararda, bu kişilerin iş sözleşmesine göre çalışmadıklarına ve kapsama alınmalarının iş sözleşmesine dayanma kuralından ayrı bir durum oluşturduğuna dikkat çekmiştir.

Yargıtay 10 HD'ye göre;

"Davacı, 10.4.1966 tarihinden itibaren çiftçi mallarını kuruma bekçisi olarak çalıştığı ve bu süre zarfında sigortalı sayılması gerektiğinin tesbitini istemektedir. Davanın yasal dayanağını, 1992 sayılı Kanunla değişik SSK. nun 2/2. maddesi ile 1992 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi oluşturmaktadır. 2. madde "1941 tarihli 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanuna göre çalıştırılan koruma bekçileri bu Kanuna tabidir." hükmünü getirmiş, 1992 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi ise- "Bu Kanunun yayımı tarihinden önce sigortalı sayılan çiftçi mallarını koruma bekçilerinden primleri ödenmemiş olanların, 506 sayılı Kanuna göre tahakkuk ettirilecek prim borçlarının tamamı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ödendiği takdirde bu süreye ilişkin sigortalılık hakları saklıdır" -hükmüne yer vermiştir. Giderek, koruma bekçileri Kanunun kapsamına alınmış, kendilerine sigortalılık hakları tanınmıştır. **Oysa, bugün Yargıtayımıza hakim olan düşünce bakımından bunların iş ilişkilerinin atama işlemine dayandığı sözcütmür. Gerçekten "Çiftçi Mallarının Korunması**

¹⁴³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 94; Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 294; Uşan, Sosyal Güvenlik, 81; Arıcı, 224; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2023, 42; Uğur, 218; Günler, 65.

Hakkındaki Kanuna göre, koruma bekçilerinin atanmalarını belirli koşullara bağlamıştır. Bu kişilerin atama işlemiyle çalıştırıldıkları SSK. nun 4. maddesinin son fıkrasında da ayrıca belirtilmiştir. Böylece sigortalı olma niteliğini kazanmak için hizmet akti koşulundan ayrık bir durum yaratılmış atama işlemine göre çalışanlardan bir kesimin bu Kanun anlamında sigortalı sayılmaları kabul edilmiştir” (Yarg. 10 HD., E. 1982/5659, K. 1982/5827).

5510 sayılı Kanun m.4/2, (d) bendine göre sigortalı olmak için 4081 sayılı Kanuna göre çiftçi mallarını koruma için bekçi olarak atanmış olmak gerekmektedir. Bu nedenle aşağıda kısa bir biçimde 4081 sayılı Kanuna göre atanmanın kapsam ve koşullarından söz edilecektir.

4081 sayılı Kanuna göre çiftçi malları, “I - Ekili, dikili veya kendiliğinden yetişen bütün nebatlarla Orman Kanununun şumulüne girmeyen ağaçlar ve ağaçlıklar, II - Ziraatte kullanılan veya ziraatle alakalı olan her nevi menkul ve gayrimenkul mallar, III - Su arkları, set ve bentlerle hendek, çit, duvar ve emsali manialar, tarla ve bahçe yolları”dır.

4081 sayılı Kanun kapsamında koruma bekçilerinin görevleri ise çiftçi mallarını korumak ve çiftçi mallarına zarar geldiğinde Kanunun 24. maddesinde gösterilen işlemler ile yine 4081 sayılı Kanunda yazılı diğer görevleri yerine getirmektir. Dolayısıyla 4081 sayılı Kanunda yazılı görevleri yerine getirmek amacıyla koruma ve ihtiyar meclisi tarafından seçilerek illerde vali, ilçelerde ise kaymakam tarafından onanarak istihdam edilen kişiler bu bent kapsamında sigortalı sayılmak zorundadır.

Yargıtay da 506 sayılı Kanun döneminde önüne gelen bir uyuşmazlıkta, su taksimcisi ve bekçisinin görevi itibarıyla 4081 sayılı Kanun kapsamına girdiğini ve bu kişilerin sigortalı olması gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıtaya göre; “Davacının, tespiti istenilen dönemde süreler içinde Köy Muhtarlığı’nca su taksimcisi ve bekçisi olarak görevlendirildiği mevcut belgelerden açık-seçik anlaşılmaktadır. 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun’un, bekçilerin vazifelerini belirleyen 12’nci maddesinin (B) bendinden “çiftçi mallarını korumak” görevi açıkça getirilmiştir. **Aynı Kanun’un çiftçi mallarının ne olduğunu gösteren 1’inci maddesinin III’üncü bendinde ise su arkları, set ve bentler de çiftçi malları olarak kabul edilmiştir. Bu durumda, su taksimcisi ve bekçisi olarak görev yapan kişinin çiftçi mallarından olan su işleriyle uğraşması ve bunları koruması suretiyle yaptığı işin bekçilik işi olduğunu kuşku ve duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde kabul etmek gerekmektedir.** Kaldı ki, köy muhtarlığınca atanması nedeniyle zaman itibarıyla köy mutarlığına tabi bulunduğu da kuşku götürmez. Bundan ayrı olarak davacının ilgili kişilerden ücretini bazen nakit bazen de ayın olarak aldığı ortadadır. Buna bağlı olarak, ücretin ödenme şekil ve biçiminin hizmet aktini varlığı-

ını - ücretin ödenmesi koşuluyla - kaldırmayacağı da açıktır” (Yarg. 10. HD., 13.2.1986, E. 1986/270, K. 1986//645).

Ekleyelim ki, 4081 sayılı Kanuna göre, çiftçi mallarını koruma bekçilerinin anılan kanunda yazılı görevlerden başka işlerde istihdamları veya kısa bir zaman için dahi olsa kendi görev alanlarının dışına gönderilmeleri yasaktır (m. 13/1). Bunlar ancak genel emniyet ve asayişin ve su baskını, zelzele ve yangın gibi umumi afetlerin zaruri kıldığı fevkalade hallerde bağlı buldukları yerin en büyük mülkiye amirinin veya muhtarın izniyle kendi muntakaları veya Kanunda gösterilen görevleri dışında geçici olarak istihdam edilebilirler (m.13/2). Ayrıca mali ve zirai durumları bir bekçiden ayrı olarak *köy korucusu* tutmaya gücü olmadığı murakabe heyetince yapılan inceleme neticesinde tahakkuk eden köylerde köy korucularına ait görevler de bu bekçilere görülebilebilir (m.13/3).

Bu noktada genel olarak bekçilik görev tanımıyla görev yapan diğer çalışanların sosyal sigorta ilişkisine de kısaca temas etmekte fayda bulunmaktadır. 5510 sayılı Kanun m. 4/2, (d) bendine göre sigortalılık çiftçi mallarını koruma bekçilerine özel bir düzenleme olduğu için, özel ya da kamu fark etmesizin, bir işyerinde işverenle imzalanan iş sözleşmesine istinaden bekçilik yapan ya da güvenlik görevlisi olarak çalışan kişiler genel kural uyarınca m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılacaklardır¹⁴⁴.

Buna karşılık atama işlemi ile istihdam edilen mahalle bekçileri ise, 657 sayılı Kanuna tabi olduklarından kamu görevlisi konumundadırlar¹⁴⁵.

6. Genelev kadınları

a) Genel olarak

5510 sayılı Kanuna göre, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda belirtilen umumi kadınlar m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m. 4/2, e)¹⁴⁶.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununa tabi kadınların sosyal güvenliği hukukumuzda ilk defa 506 sayılı Kanuna 9.6.1978 tarih ve 2167 sayılı Kanunla eklenen Ek m.13 ile gerçekleşmiştir. Sözü edilen madde ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda belirtilen genel kadınların da 506 sayılı Kanun hükümlerine tabi oldukları ve bu kimseleri çalıştıranların bu Kanuna göre işveren sayılacakları belirtilmiştir.

5510 sayılı Kanun çıkarılırken aynı hüküm korunmuş ve m. 4/2, (e) bendinde, genel kadınların m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılacakları kabul

¹⁴⁴ Sözer, Sosyal Sigortalar, 78.

¹⁴⁵ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 93; Sözer, Sosyal Sigortalar, 79.

¹⁴⁶ Genelev kadınlarının sosyal güvenliğine ilişkin geniş açıklamalar için ayrıca bkz. Eser, Dilek: Genel Kadınların Sosyal Güvenliği, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İSGHD, Özel Sayı, 2016, 595-613; Günler, 66 vd.

edilmiştir. Öğretide hükmün sosyal koruma düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir¹⁴⁷.

Genel kadınların sosyal sigortaların kapsamına alınmaları 2167 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1.7.1978 tarihi ile başladığı için, bu tarihten önceye dayanan çalışmalar açısından sigortalılığın mümkün olup olmayacağı uygulamada uyuşmazlık konusu olmuştur. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda genel kadınların, kapsama alındıkları Kanun hükmünün yürürlüğünden önceki çalışmalarından dolayı sigortalı sayılamayacaklarına hükmetmiştir.

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“Hükmün dayandırıldığı yasal esas Sosyal Sigortalar Kanununun 79/V. maddesidir. Anılan maddede öngörülen geçmiş hizmetleri içeren ilam, maddede belirgin bir biçimde vurgulandığı üzere, sigortalı olarak çalışılan eski hizmetleri amaçlamaktadır. Bir başka anlatımla, sigortalı hizmet niteliğini taşımayan çalışmalar bu maddenin kapsamı dışında bulunmaktadır. Salt hizmet akdine dayanan fakat Sosyal Sigorta mevzuatı çevresinde oluşmayan eski hizmetler bu maddenin değil. Sosyal Sigortalar Kanununa 2167 sayılı Yasanın 14. maddesiyle eklenen geçici maddenin kapsamı içindedir ve şayet bu geçici maddenin koşulları gerçekleşmiş sayılıyorsa, o takdirde mahkemenin bu madde gereğince hüküm kurması mümkündür. Öbür yandan **genel kadınların Sosyal Sigortaya tabi kılınmaları ve bu kanun kapsamına alınmaları, Sosyal Sigortalar Kanununa 2167 sayılı Yasanın 14. maddesiyle eklenen (Ek-madde 4) ile gerçekleştirilmiştir. Şu duruma göre, genel kadınların sözü edilen (Ek-4) maddenin yürürlüğe girdiği 1.7.1978 tarihinden önce sigortalı sayılmaları ve gördükleri işin Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir iş niteliğinde değerlendirilmesi söz konusu değildir. Ek 4. madde de geçmişi içeren bir düzenlemeye yer verilmemiştir**” (Yarg. 10. HD., 08.07.1985, E. 1985/3862, K. 1985/4122).

b) Genelev kadınlarının m.4/2, (e) bendi kapsamında sigortalı sayılmalarının şartları

5510 sayılı Kanun m. 4/2, (e) bendi kapsamında sigortalı sayılabilmek için öncelikle 1593 sayılı Kanun kapsamına giren bir genel kadının olması gerekir. Bunun sonucunda bu Kanuna göre tescilleri gerçekleştirilmemiş biçimde fuhuş yapan kadınların bu bent uyarınca sosyal sigorta hakkından faydalanması mümkün olmayacaktır¹⁴⁸.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 128 ve devamı maddeleri genel (umumi) kadınları düzenlemektedir. Söz konusu Kanunun bu açıdan ama-

¹⁴⁷ Şakar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 203; Arıcı, 224; Uşan, Sosyal Güvenlik, 81; Uğur, 519-520.

¹⁴⁸ Sözer, Sosyal Sigortalar, 78; Günler, 67.

cı bu çalışma sebebiyle ortaya çıkan hastalıkların ve bilhassa zührevi (cinsel ilişki yoluyla bulaşan) hastalıkların yayılmasına engel olacak tedbirleri almaktır (m.128). Ekleyelim ki, konuya ilişkin olarak “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü”¹⁴⁹ adı ile bir de tüzük çıkarılmış, bu Tüzükte genel kadınların tespit ve tescil şartları ile tescil işlemleri gösterilmiştir (m. 20, 21 ve 22). Sözü edilen bu Tüzüğe göre tescili yapılmamış bir kadının m. 4/2, (e) bendi kapsamında sigortalı sayılması mümkün değildir¹⁵⁰.

Aynı şekilde genel kadınların m. 4/2, (e) bendi kapsamında sigortalı sayılabilmesi için çalıştıkları yerin Tüzükte tanımlanan genelev niteliğinde yer olması da gerekmektedir¹⁵¹.

Genelevde genel kadınlar dışında bir iş sözleşmesine dayanarak çalışanlar ise bu bent uyarınca değil, genel kural uyarınca sigortalı olacaktırlar. Bu bağlamda da örneğin hizmetçi, güvenlikçi vs. gibi diğer kişilerin sigortalılıkları genel kural çerçevesinde m.4/1, (a) bendine göre olacaktır¹⁵².

7. Usta öğreticiler, ders ücreti karşılığında çalışanlar ile geçici personel

a) Genel olarak

5510 sayılı Kanuna göre, “*Millî Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar*” (m. 4/2, f).

Bentte üç ayrı grup düzenlenmekte ve bunların m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılacakları belirtilmektedir. Ancak hükümde sözü geçen ve geçici personel kurumunu düzenleyen 657 sayılı Kanun, m. 4/C bendi 01.02.2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Konuya ilişkin olarak 657 sayılı Kanun geç. m. 43/1’e özel bir hüküm konulmuş ve *kamu kurum ve kuruluşlarında 4/12/2017 tarihi itibarıyla, adam/ay esasına göre kısmi süreli çalıştırılmakta olanlar ile saat ücreti karşılığı çalışmakta olanlar hariç olmak üzere geçici personel olarak çalışanların* halen yürütmekte oldukları hizmetleri aynı şekilde yerine getirmeye devam etmek üzere, doksan gün içinde, 657 sayılı Kanun m. 4/B fıkrası kapsamında ihdas edilecek *sözleşmeli personel pozisyonlarına* geçirilecekleri belirtilmiştir. Böylece, kanaatimize göre, geçici

¹⁴⁹ Kanunda daha önce “nizamname” çıkarılacağı yazarken 2108 yılında 700 sayılı KHK’nin 9 uncu maddesiyle, bu maddede yer alan “nizamname” ibaresi “yönetmelik” ve “nizamname” ibaresi “yönetmelikte” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak konuya ilişkin olarak eski dönemde çıkarılan Tüzük halen yürürlüktedir.

¹⁵⁰ Sözer, Sosyal Sigortalar, 78; Günler, 67.

¹⁵¹ Eser, 604; Günler, 67.

¹⁵² Uşan, Sosyal Güvenlik, 81.

personelin sözleşmeli personel statüsü içinde düzenlenmesi amaçlanmıştır. Ancak bu konuda 5510 sayılı Kanunda gerekli değişiklik yapılmamış ve 657 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle herhangi bir bağlantı sağlanmamıştır. Bizce Kanunda ve ilgili genelgede konuyla ilgili değişikliklerin yapılması ve bağlantıların sağlanması isabetli olur.

Ayrıca ekleyelim ki, m.4/2, f bendinde *Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda* çalıştırılanlardan söz edildiği için başka kurum ve kuruluşlar tarafından düzenlenen kurslarda görev alanlar hakkında bu hüküm uygulanmaz¹⁵³. Ancak bu düzenleme tarzının isabetli olduğu söylenemez¹⁵⁴.

b) Usta öğretmenler

aa) Genel olarak

5510 sayılı Kanun, m. 4/2, (f) bendinde sözü geçen ilk grup usta öğretmenlerdir. Kimlerin *usta öğretici* statüsünde olduğu Kanunda tanımlanmamıştır. Buna karşılık usta öğretici kurumu 1973 tarih ve 1739 sayılı “Millî Eğitim Temel Kanunu” ve bu Kanun uyarınca çıkarılmış olan “Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği”nde düzenlenmiştir.

Millî Eğitim Temel Kanunu m. 47’ye göre, “*Örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ve hizmetçi yetiştirme kurs, seminer ve konferanslarında uzman ve usta öğretmenler de geçici veya sürekli olarak görevlendirilebilir .../... Öğretim tür ve seviyelerine göre uzman ve usta öğretmenlerin seçimlerinde aranacak şartlar, görev ve yetkileri, yönetmeliklerle tespit edilir*”. Bu madde uyarınca çıkarılan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde usta öğretici belgesi alma şartları gösterilmiştir. Buna göre, “*ustalık veya işyeri açma belgesine sahip olanlar ile en az ön lisans seviyesinde mesleki eğitim almış olanlar, okul ve kurumlarca açılan iş pedagojisi kursuna katılabilirler. İş pedagojisi kursu uzaktan eğitim yolu ile de düzenlenebilir ve sınavları e-Sınav şeklinde yapılabilir. **Kursu başarı ile tamamlayanlara usta öğretmenlik belgesi verilir.** Usta öğretmenlik belgesi; ustalık belgesi, işyeri açma belgesi veya en az ön lisans diploması ile birlikte kullanılır*” (m.70 A/2). Dolayısıyla bu belgeye istinaden Millî Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda çalıştırılan usta öğretmenler 5510 sayılı Kanun m. 4/2, (f) bendi uyarınca m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

Usta öğretmenlere ilişkin bir başka düzenleme ise Millî Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli veya Ek Ders Görevi İle Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkında Yönetmeliktir. Yönetmelikte usta öğretici ve uzmanlarda aranacak şartlar ve görevlendirme esasları düzenlenmektedir.

¹⁵³ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 95; *Korkusuz, Refik/Uğur*, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5. Bası, Bursa 2016, 220; *Uğur*, 222-223; *Günler*, 68.

¹⁵⁴ *Arslanköylü*, C.1, 247; *Uğur*, 223.

Usta öğretici kurumunun düzenlendiği bir başka Kanun ise 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunudur. Kanunda usta öğreticinin, “ustalık yeterliğini kazanmış; aday çırak, çırak, kalfa ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerinin işyerindeki eğitiminden sorumlu; mesleki eğitim tekniklerini bilen ve uygulayan kişiyi” ifade ettiği belirtilmektedir (m. 3/1, g). Bize göre, bu bendin kapsamına giren usta öğreticilerin Milli Eğitim Temel Kanunu uyarınca usta öğretici belgesi alanlar olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır.

Konuya ilişkin olarak Kurumun 2013/11 sayılı Genelgesinde de Kanundaki hükmün tekrarı niteliğinde bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, “*Milli Eğitim Bakanlığına bağlı her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ek ders ücreti karşılığında ilgili mevzuatı çerçevesinde uzman ve usta öğretici olarak çalıştırılanlar 657 sayılı Kanununun 89 uncu maddesine göre her derecedeki eğitim ve öğretim kurumları ile üniversite ve akademi (askeri akademiler dahil), okul, kurs veya yaygın eğitim yapan kurumlarda ve benzeri kuruluşlarda öğretmen veya öğretim üyesi bulunmaması halinde ücretle ek ders görevi verilenlerden Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olmayanlar (a) bendi kapsamında sigortalı olacaklardır*”.

bb) Usta öğreticilerin iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadıkları

5510 sayılı Kanun m. 4/2’de, esasında iş sözleşmesi ile çalışmadıkları kabul edilen, ancak iş sözleşmesi ile çalışanlar gibi sigortalı sayılanlar düzenlenmektedir. Bu düzenleme biçimi dikkate alındığında usta öğreticilerin iş sözleşmesi ile çalışmadıkları sonucuna varılabilir. Ancak konu yargı kararlarında tartışmalara sebep olmuş, özellikle de Yargıtayın iş dairelerinin verdikleri kararlarda usta öğreticilerle yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi mi yoksa bir idari sözleşme mi olduğu, dolayısıyla bu konudaki uyumsuzlukların hangi yargı yolunda çözümleneceği sorunu ortaya çıkmıştır. Gerçi konu kanaatimize göre 5510 sayılı Kanun açısından büyük bir sorun niteliği taşımamaktadır. Zira 5510 sayılı Kanun m.101’de “*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyumsuzluklar iş mahkemelerinde görülür*” hükmü yer almaktadır. Bunun sonucunda usta öğreticilerin ister iş sözleşmesi ile isterse bir idari sözleşme ile çalıştığı kabul edilsin onların sigortalılığına ilişkin uyumsuzlukların çözüm yeri iş mahkemeleridir.

Konu sosyal sigorta hakları açısından açık olmakla birlikte usta öğreticinin çalışmasından kaynaklanan alacaklarının hangi yargı yolunda çözümleneceği tartışma konusu olmuş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu sözleşmelerin statü hukukuna tabi olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2002 tarihli bir kararına göre; “Davacı davalı Bakanlığa ait **Çıraklık Eğitim Merkezi işyerinde usta öğretici olarak 1.2.1993 tarihinden 15.08.1998 tarihine kadar hizmet akdi ile çalıştığını belirterek**, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Mahkemece istekler kabul edilmiştir.../...

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre **davacının Çıracılık Eğitim Merkezinde elektrik bölümünde dışardan ücretli usta öğretici olarak İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nün istemi ve İlçe Kaymakamı'nın onayı ile görevlendirildiği, davacıya 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 89.maddesine uygun olarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararlar uyarınca Maliye Bakanlığınca belirlenen ders ücretlerinin ödendiği anlaşılmaktadır. Davacının sosyal güvenlik hukuku yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamında gösterilmesi hizmet akdi ile çalıştığını göstermez. Davacı belirtilen statü içinde ve Kaymakamlık onayı ile görevlendirildiğine göre, statü hukukuna tabi olduğunun kabulü gerekir.** Aradaki hukuki ilişki hizmet akdi bir başka anlatımla işçi-işveren ilişkisi olarak nitelenemez. Bu hukuki olguya göre uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargı olmalıdır. **Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekir.** Yazılı şekilde uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi hatalıdır”, (Yarg. 9 HD., 28.4.2003, E. 2002/23990, K. 2003/7205).

Yargıtay 9 HD daha sonra verdiği ilke kararlarında da dairenin görüşünün hep bu yönde olduğunu belirtmiş¹⁵⁵, ilk derece mahkemesinin bu yöndeki kararını onayarak bu görüşünü devam ettirmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de, aynı şekilde, 2014 yılında verdiği bir kararında ilk derece mahkemesinin usta öğreticilere ilişkin davanın idari yargıda görülmesi gerektiği yönündeki kararını onamıştır. Yargıtay 22. HD'nin söz konusu kararına göre;

“Mahkemece, idari işlem niteliğindeki uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği ve yargı yolunun caiz olmaması sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-)Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-)6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Esastan Sonuçlanmayan Davada Yargılama Gideri” başlığı altındaki 331. maddesinin 2. fıkrasındaki “görev-

¹⁵⁵ Örnek bir karar için bkz. Yarg. 9 HD., 16.3.2016, E. 2014/34988, K. 2016/6193, (www.kazanci.com). Yargıtayın kararına göre; “Dairemiz kararlarında, 657 sayılı Yasanın 89 uncu maddesine uygun olarak, ... kararnamesi doğrultusunda ve sınavla işe alınan halk eğitim merkezi kurs öğretmeninin işçi olmadığı kabul edilmiştir (... 9. HD. 14.2.2000 gün 1999/19571 E, 2000/1395 K.). Yine, çıracılık eğitim merkezinde görev alan usta öğretici için de aynı sonuca varılmıştır (... 9. HD. 28.4.2003 gün 2002/23990 E, 2003/7205 K.)”. Aynı yönde, Yarg. 9 HD., 6.3.2014, E. 2014/3648, K. 2014/7315; Yarg. 9 HD., 28.1.2014, E. 2011/52376, K. 2014/2081; Yarg. 9 HD., 21.1.2013, E. 2010/39865, K. 2013/2064; Yarg. 9 HD., 6.12.2012, E. 2012/21548, K. 2012/41640; Yarg. 9 HD., 2.2.2009, E. 2007/32544, K. 2009/783, (www.kazanci.com).

sizlik, yetkisizlik veya gönderme kararlarından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmesi halinde, yargılama giderlerine o mahkeme hükmeder” düzenlemesi uyarınca yargı yolu ile görevsizlik kararı sonucu verilen red kararları henüz davayı esastan sonuçlandırmadığından davaya bir başka mahkemede devam edilmesi halinde yargılama giderine de o mahkemece hükmolunmalıdır.

Anılan Kanun’un 323/ğ. maddesi gereğince yargılama giderlerinden sayılan vekâlet ücretine de görevsizlik kararında ayrıca hükmolunamaz. Mahkemece bu husus gözardı edilerek davacı aleyhine yargılama gideri yükletilmesi ve davalı yararına vekalet ücreti takdir edilmesi doğru değildir. Ancak, bu yanılmanın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmasına devam olunan mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 438/7. maddesi uyarınca aşağıda belirtilen şekilde düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın hüküm kısmının yargılama giderlerine dair 1,2 ve 3. bentlerinin çıkartılarak yerine; “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 331/2. maddesi gereği yargılama giderlerinin görevli mahkemece değerlendirilmesine, davaya görevli mahkemede devam edilmemesi durumunda, mahkemece talep üzerine dosya üzerinden durumun tespiti ile yargılama giderlerinin hüküm altına alınmasına” bendinin eklenmesine, **hükmün bu şekilde düzeltilerek onanmasına**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine 07.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” (Yarg. 22 HD., 7.4.2014, E. 2014/5897, K. 2014/7088).

Ancak 22. HD’nin daha sonra usta öğreticilere ilişkin davaların adli yargı yolunda görülmesi gerektiği yönünde kararlar vermesi üzerine konu Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelmiş, Uyuşmazlık Mahkemesi 2013 yılında verdiği kararla bu davaların çözüm yerinin adli yargı yeri olduğuna hükmetmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesine göre;

“Dosyanın incelenmesinden; davacının, davalı idareye verdiği ve tek taraftı olarak imzaladığı bir taahhünameye istinaden, Ankara Büyükşehir Belediyesi Eğitim ve Kültür Dairesi Başkanlığı bünyesinde düzenlenen Meslek Edindirme Kurslarında 15/10/2004 ile 07/11/2012 tarihleri arasında, usta eğitici sıfatıyla çalıştığı; Taahhüname, ek ders ücretinin, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 176. maddesi gereğince hesaplanacağı, kursların eylül ayında açılıp haziran ayında kapanacağı, kurs yerinde kursiyer sayısının 15 kişinin altına düşmesi halinde kurs yerinin kapanacağı, BELMEK kursları ile ilişkisinin kesileceği hususlarına yer verildiği; 07/11/2012 tarihinde kurslara talep olmadığından bahisle davacının iş aktine son verildiği; davacının, iş aktinin haksız feshi nedeniyle, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, kıdem tazminatı, ücret, eksik ödenen ücret, ücretli izin, ihbar tazminatı ve ilave tediye alacaklarına ilişkin, toplam 31.500.00 TL alacağıının, faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açtığı davada; davalı idarenin, davacının 657 Sayılı DMK kanunu kapsamında ek ders ücreti karşılığı çalıştırıldığını, statü

bakımından işçi olmadığını, 657 Sayılı Yasaya tabi olması nedeniyle davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğini ileri sürdüğü anlaşılmıştır.

Somut durum dikkate alındığında, davacının; 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda tanımlanan şekliyle, memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçi kapsamında bulunmadığı; idareye verdiği bir taahhütnameye istinaden, idareyle arasında bir hizmet ilişkisi kurulduğu; taahhütname, ek ders ücretinin hesaplanmasında 657 Sayılı Kanununun 176. maddesinden esinlenmiş olunmasının, davacının kamu personeli statüsünde değerlendirilmesi için Y.erli olamayacağı gibi, taahhütnameyi de idari sözleşme haline getirmeyeceği; dolayısıyla, taahhütnameyle kurulan ilişkinin, daha ziyade Türk Borçlar Kanununda tanımını bulan hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Buna göre; davacının statüsü dikkate alındığında ve iş mevzuatından kaynaklanan talepleri gözetildiğinde; uyuşmazlığın, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır¹⁵⁶.

Buna karşılık YHGK 2017 yılında verdiği bir kararda yine usta öğreticilerin idari sözleşme ile çalıştıkları için bu çalışmadan kaynaklanan davaların da iş mahkemelerinde değil idare mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir.

YHGK'ya göre;

“...657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 89. maddesinde “Her derecedeki eğitim ve öğretim kurumları ile Üniversite ve Akademi (Askeri Akademiler dahil), okul, kurs veya yaygın eğitim yapan kurumlarda ve benzeri kuruluşlarda öğretmen veya öğretim üyesi bulunmaması halinde öğretmenlere, öğretim üyelerine veya diğer memurlara veyahut açıktan atanacaklara ücret ile ek ders görevi verilebilir. Ücretle okutulacak ders saatlerinin sayısı, ders görevi alacakların nitelikleri ve diğer hususlar ilgili Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile tespit olunur” hükümleri yer almaktadır.

Bu maddeye istinaden çıkarılan, Milli Eğitim Bakanlığı kurumlarında sözleşmeli veya ek ders görevi ile görevlendirilecek uzman ve usta öğreticiler hakkında yönetmeliğin 5/2 maddesi uyarınca da, Uzman ve Usta Öğreticilerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca 02/12/1998 tarihli ve 98/12120 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Esaslarda belirtilen miktarda ek ders görevi verilebileceği belirtilmiştir.

¹⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 30.9.2013, E. 2013/851, K. 2013/1277, aynı yönde Uyuş. M. 5.5.2014, E. 2014/522, K. 2014/560; Uyuş. M. 14.3.2016, E. 2016/114, K. 2016/158, (www.kazanci.com).

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır.

İş mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

Dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve adli yargı görevli ise davanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

İdari Yargının görevli olması "dava dilekçesinin yargı yolu yanlışlığı nedeni ile reddine" karar verilmesi gerekir. İdari Yargı görevli ise gönderme kararı verilemez.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

Davacının dışarıdan ücretli usta öğretici olarak Valilik onayı ile görevlendirildiği, ücretlerinin 657 Sayılı Devlet Memurları kanununun 89.maddesine uygun olarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararlar uyarınca Maliye Bakanlığınca belirlenen ücretler üzerinden ödendiği anlaşılmaktadır.

Davacının sosyal güvenlik hukuku yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamında gösterilmesi iş sözleşmesi ile çalıştığını göstermez.

Davacı 657 sayılı Yasanın 89. maddesinde belirtilen statü içinde ve Valilik onayı ile görevlendirilmiştir. Davacı ile davalı arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki ilişkinin statü hukukuna tabi olduğunun kabulü gerekir. Aradaki hukuki ilişki iş sözleşmesi, bir başka anlatımla işçi-işveren ilişkisi olarak nitelenemez.

Bu hukuki olguya göre uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargı olup, Mahkemece "dava dilekçesinin yargı yolu yanlışlığı nedeni ile usulden reddine" karar verilmesi gerekirken uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...),

Gereğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Dava, davalı bakanlık bünyesinde kadrosuz mevsimlik işçi olarak çalışılan döneme ilişkin kıdem tazminatı alacağıının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin, davalı bakanlık bünyesindeki Sürmene Halk Eğitim Merkezi Müdürlüğünde 1983-2009 tarihleri arasında iş sözleşmesi ile kadrosuz mevsimlik işçi statüsünde 3116 gün fiilen çalıştığını ve geriye kalan günlerini de isteğe bağlı sigorta primi ödeyerek toplam 3729 gün üzerinden 2009 yılının Eylül

ayında emekliye ayrıldığını, SSAYILI Kanundan emekli olmasına rağmen, yasaya ve fiili çalışma sürelerinin toplamına göre ödenmesi gereken 3116 günlük kıdem tazminatı tutarının davalı tarafça ödenmediğini ileri sürerek, kıdem tazminatının emekli olduğu tarihten itibaren mevduata uygulanan en yüksek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacı ile davalı Bakanlık arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesi-ne değil idare hukuku (atama) ilişkisine dayandığını, ders ücreti karşılığı kadrosuz usta öğretici olarak valilik oluru ile görevlendirilerek primlerinin Trabzon İl Müdürlüğüne yatırıldığını, usta öğreticilerin ek ders ücreti karşılığı ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 89. maddesi gereği geçici personel statüsünde çalıştırıldığını, bu yolla hizmet gördürülenlerin sadece ek ders verdiklerini, herhangi bir kadroya dahil olmadıklarını ve ücretlendirme yapılırken çalışılan saatin esas alındığı, bir diğer ifade ile tam gün değil part-time olarak çalışmalarının değerlendirildiğini ve usta öğreticilerin sadece sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Yasa ile ilişkilendirildiğini, bu ilişkinin kurulmuş olmasının usta öğreticilerin aynı zamanda işçi oldukları anlamına gelmediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece “Davacının davalı bakanlığa bağlı Sürmene Halk Eğitim Müdürlüğünde usta öğretici olarak çalışmakta olup usta öğreticilerin 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’na tâbi olduğu, anılan Yasanın 9. maddesine göre kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerin, bu kanun hükümleri saklı kalmak üzere; sosyal güvenlik ve özlük hakları yönünden 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu’na tâbi oldukları, aynı yönde emsal Yargıtay içtihatlarının da bulunduğu, Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı Trabzon Halk Eğitim Merkezi ve Akşam Sanat Okulu’nda çeşitli tarihler arasında hizmet akdiyle kadrosuz mevsimlik işçi statüsünde çalışan usta öğreticilerin 657 sayılı Kanunun 89, 1739 sayılı Milli Eğitim Kanununun 47. maddesi ve buna göre çıkarılmış yönetmelik çerçevesinde işçi olarak çalıştıkları, bu nedenle davacı ile davalı arasında iş sözleşmesi bulunduğundan yaşlılık aylığı bağlanmak üzere iş akdini fesih eden davacının kıdem tazminatını talep etmeye hak kazandığı” gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davalı Bakanlığa bağlı Halk Eğitim Merkezi bünyesinde usta öğretici olarak çalışan davacı ile davalı kurum arasında iş sözleşmesi bulunup bulunmadığı, ödenmeyen kıdem tazminatı alacağıının tahsili istemi ile açılan davanın adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı görüleceği noktasında toplanmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun “Ders Görevi” başlıklı 89. maddesinde “Her derecedeki eğitim ve öğretim kurumları ile Üniversite ve Akademi (Askeri Akademiler dahil), okul, kurs veya yaygın eğitim yapan kurumlarda ve benzeri kuruluşlarda öğretmen veya öğretim üyesi bulunmaması halinde öğretmenlere,

öğretim üyelerine veya diğer memurlara veyahut açıktan atanacaklara ücret ile ek ders görevi verilebilir. Ücretle okutulacak ders saatlerinin sayısı, ders görevi alacakların nitelikleri ve diğer hususlar ilgili Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile tespit olunur” hükmü yer almaktadır.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun 47. maddesi hükmüne göre, örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ve hizmetiçi yetiştirme kurs, seminer ve konferanslarında uzman ve usta öğreticiler de geçici veya sürekli olarak görevlendirilebilir. Öğretim tür ve seviyelerine göre uzman ve usta öğreticilerin seçimlerinde aranacak şartlar, görev ve yetkileri, yönetmeliklerle tespit edilir.

Bu yasal düzenleme uyarınca çıkarılan “Milli Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli veya Ek Ders Görevi ile Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkında Yönetmeliğin” 5. maddesi gereğince “Uzman ve usta öğreticiler aşağıdaki şekillerde görevlendirilirler;

...

Konu ile ilgili olarak; T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı, Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü, Sigorta Primleri Daire Başkanlığı’nca yayınlanan “Usta Öğreticiler” Konulu 16/02/2004 Tarih ve 101572 sayılı 16 -309 Ek sayılı Genelgesinde ise, “Çıracılık ve Halk Eğitim Merkezlerinde herhangi bir kadroya bağlı olmaksızın ders ücreti karşılığında çalışan usta öğreticilerin 657 sayılı Kanununun 89. maddesine göre çalıştırıldıkları, geçici personel statüsünde buldukları, İş Kanununa tâbi olmadıkları belirtilmiş, bu nedenle anılan kişilere ödenen ücretlerden 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun (4571 sayılı Kanun ile değiştirilen) 46. maddesi hükmü gereğince işsizlik sigortası priminin kesilmemesinin uygun görüldüğü bildirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine göre; “işçi” bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlanmaktadır. İşçi sıfatının kazanılması iş akdinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada tarafların serbest iradeleriyle kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur. İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyumsuzluklarının çözüm görevi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca iş mahkemelerine verilmiştir.

Çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine, idarece yapılan bir görevlendirmeye veya idari sözleşmeye dayalı olup olmadığının tespiti, sonuç itibarıyla yargı yolunu da belirleyecektir.

Niteliği itibarıyla bir özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmesinde taraflar, yasaların öngördüğü sınırlar içinde sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. Buna karşılık istihdamın idari sözleşme, görevlendirme veya atama suretiyle yapılması durumunda, çalışma ilişkisinin çer-

çevesini oluşturan yasal mevzuat tarafların hareket serbestisini kısıtlamakta ve kişileri statü hukukuna tabi kılmaktadır.

Bu nedenledir ki, özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda, idarece yapılan görevlendirmelerden ve atamalardan doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda çözümlenmektedir.

Tüm bu açıklamalar kapsamında somut olaya bakıldığında davacının ders ücret karşılığı kadrosuz usta öğretici olarak Valilik onayı ile Davalı Bakanlık bünyesindeki Sürmene Halk Eğitim Merkezi Müdürlüğünde görevlendirildiği, ücretlerinin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 89. maddesine uygun olarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararlar uyarınca Maliye Bakanlığınca belirlenen ücretler üzerinden ödendiği, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunmadığı, aralarındaki ilişkinin statü hukukuna tabi olduğu anlaşıldığına göre; davacının 506 sayılı Kanun gereğince sosyal güvenlik hukuku açısından Sosyal Sigortalar Kurumuna primlerinin yatırılmış olmasının iş sözleşmesi ile çalıştığı anlamına gelmeyeceği de dikkate alınarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünün iş mahkemesinin görev alanına girmediği sonucuna varmak gerekmiştir”, (YHGK, 18.1.2017, E. 2015/9-736, K. 2017/25).

Önemle belirtelim ki, her ne kadar 2017 tarihli YHGK kararında usta öğretmenlerle yapılan sözleşmelerin iş sözleşmesine dayanmadığı kabul edilmiş olsa da Yargıtay 9. HD 2017 tarihinden önce ve sonra verdiği pek çok kararda Uyuşmazlık Mahkemesinin 2013 tarihli kararına atıf yaparak bu uyuşmazlıkların iş sözleşmesine dayandığı ve çözüm yerinin iş mahkemeleri olduğunu da belirtmiştir¹⁵⁷.

Yargıtay 22. HD'nin de bu yöndeki bir kararına göre;

“Davacı vekili, müvekkilinin davalı belediye bünyesinde Belmek kurslarında usta öğretici olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin davalı tarafından haklı sebep olmadan feshedildiğini belirterek kıdem, ihbar tazminatı ve birkısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı Kurum vekili, uyuşmazlığı çözme görevinin idari yargıya ait olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davacı ve benzer durumdaki çalışanların encümen kararı üzerine atama ile göreve başladıkları, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin kararlarında benzer uyuşmazlıklarda encümen kararı ile çalışmaya başlanması durumunda, idari yargı birimlerinin görevli olduğunun belirtildiği, davacının statü hukukuna tabi olduğu, uyuşmazlığa bakma görevinin idari yargıda olduğu gerekçesi ile dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmiştir.

¹⁵⁷ Usta öğretmenlerin işçilik alacaklarına ilişkin 9. Hukuk Dairesince karara bağlanan uyuşmazlıklar için bkz. Yarg. 9 HD., 15.3.2021, E. 2021/2284, K. 2021/6189; Yarg. 9 HD., 6.3.2023, E. 2023/718, K. 2023/3099, (www.kazanci.com).

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkinin statü hukuku kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda davaya bakmakla hangi yargı yolunun görevli olduğu noktasında toplanmaktadır.

Dosya içeriğine göre, davacının davalı bünyesinde, usta öğretici taahhütnamesi imzalayarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 89 ve 176. maddeleri gereği ek ders ücreti karşılığı çalıştığı anlaşılmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi kamu kurumlarındaki istihdam şekillerini düzenlemektedir. Buna göre kamu hizmetleri, memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütülür. Aynı Kanun'un 5. maddesinde bu kanuna tabi kurumlarda belirtilen dört istihdam biçiminden başka personel istihdam edilemeyeceği düzenlenmiştir.

657 sayılı Kanun'un 4/A. maddesinde, "Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır. Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır." düzenlemesi ile memur tanımı ve kapsamı belirlenmiştir.

Memurluğa giriş önceden unvanları dereceleri ve nitelikleri belirlenmiş kadrolara atanma ile başlar. Belirli bir kadroya atanan memur o kadro ile ilgili görevlerden sorumludur ve memurluk ünvanı da atandığı kadronun ünvanıdır. **Kamu personel sistemimizde memur istihdamı kadro rejimi esas alınarak düzenlenmiştir. Bu sistemde kadro ön plandadır. Kadro ve buna bağlı kadro ünvanı oluşturulur. Ünvanın görev tanımı ve kadronun nitelikleri tespit edilir. Buna göre mali ve sosyal hakları belirlenir. Tespit edilen bu niteliklere uygun adaylar ancak bu kadrolara atanabilirler. Yetki ve görevlerin bu şekilde önceden mevzuatla düzenlenmiş olması halinde ancak "statü hukuku"ndan söz edilebilir.**

Dairemizin daha önceki kararlarında Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığınca istihdam edilen usta öğreticilerin statü hukukuna tabi olduğu görüşü benimsenmiştir. Ancak, konu ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 30.09.2013 tarih, 2013/851 esas-2013/1277 karar sayılı kararında, aynı statüdeki davacının, idareye verdiği bir taahhütnameye istinaden çalışması ve taahhütnamede ek ders ücretinin hesaplanmasında 657 sayılı Kanun'un 176. maddesinin esas alınmasının, davacının kamu personeli statüsünde değerlendirilmesi için yeterli olmadığı, bu düzenlemenin taahhütnameyi idari sözleşme haline de getirmeyeceği belirtilerek uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıklanmıştır. Bu görüş dairemizce de benimsenmiştir. Mahkemece, Yargıtay 7. Hukuk Dairesince, emsal dosyalarda, encümen kararı ile çalışmaya başlanması durumunda davaya bakmakla idari yargı birimle-

rinin görevli olduğu yönünde karar verildiği, davacının da, encümen kararı üzerine atama ile göreve başladığı belirtilerek görevsizlik kararı verilmiştir. Ancak **davacı ile taahhütname imzalanmadan önce davalı belediye tarafından bu yönde bir encümen kararı alınmış olması, yapılan sözleşmenin dayanağı olup, işlemi idari bir işlem haline getirmeyecektir.** Esasen Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına konu olan dosyalarda da davacıların encümen kararı alınmasından sonra taahhütname imzalayarak çalışmaya başladıkları anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın çözümünde idari yargının görevli olduğu gerekçesi ile yargı yolu caiz olmadığından davanın usulden reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Yarg. 22 HD., 13.01.2014, E. 2013/37692, K. 2014/50, Çalışma ve Toplum D., 502-504) ¹⁵⁸.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, usta öğreticilerin sigortalılıkla ilgili uyuşmazlıkları 5510 sayılı Kanuna dayandığı ve 5510 sayılı Kanun m.101’de 5510 sayılı Kanuna dayanan davaların iş mahkemelerinde görüleceği açıkça düzenlendiği için usta öğreticilerin hizmet tespitine ilişkin olarak açtıkları davaların iş mahkemelerinde çözümleneceğinde zaten şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu konuda 21. HD’nin verdiği bir kararla usta öğreticilerle yapılan sözleşmenin hizmet akdine (iş sözleşmesine) dayandığının kabul edildiği de görülmektedir.

Yargıtay 21. HD’ye göre;

“Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının davalı B... A.Ş. işyerinden 01.11.1994-31.01.1995 tarihleri arasında çalışmalarının Kuruma tam olarak bildirildiği, davalı Milli Eğitim Bakanlığına bağlı Akşam Sanat Okullarında ise 02.11.1992-28.02.2008 tarihleri arasında B... A.Ş. işyerinde çalıştığı 1994-1995 eğitim dönemi dışında her yıl işe giriş ve çıkışlarının yapıldığı ve dosyaya sunulan 1992-1996 yılları arasındaki ait imzalı ücret bordrolarında ve davacı ile imzalanan 14.11.2007-31.05.2008 tarihleri arasında kapsayan usta öğretici sözleşmesinde 7,5 saatlik çalışmanın bir gün kabul edilmek üzere Kuruma bildirileceğinin kararlaştırıldığı, diğer yılların ücret bordroları ile ders programlarının, puantajların ve her yıl açılan kurslarda kaçar saat derse girileceğine dair program ve bunların kaymakamlık olur yazılarının, görevlendirme belgelerinin getirilmediği anlaşılmaktadır.

21.05.1977 tarihli Milli Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli veya Ek Ders Görevi ile Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkında Yönetmelik ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 89. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ücretli Ders Saatlerine ilişkin 04.11.1983 tarihli Bakanlar Kurulu kararında kadrolu bulunmayan uzman ve usta öğreticilerin “ders ücreti karşılığı” görevlendirileceği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca,

¹⁵⁸ Benzer yönde kararlar için bkz. Yarg. 22. HD., 16.11.2015, E. 2015/29817, K. 2015/31004; aynı yönde, Yarg. 22 HD., 7.3.2016, E. 2016/3592, K. 2016/6707, (www.kazanci.com).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi (1475 sayılı Kanun'un 61. maddesi) gereğince 7,5 saatlik çalışma süreleri bir gün kabul edilmektedir. Aynı Kanun'un 13. maddesinde ise kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri ile ilgili düzenleme yer almaktadır.

Öte yandan, davacının çalışmalarının geçtiğini ileri sürdüğü işyeri bir kamu kuruluşuna aittir. Kamu kuruluşlarında çalışanların kayıtlara geçirilmesi ve ücret ödemelerinin belgelere dayandırılması asıldır. Nitekim, davacıya ait çalışmaların resmi kayıtlara intikal ettirildiği de tartışmasızdır. Mahkemece, davacının kayıtlarda gözükmeyen çalışmaların hangi nedenle bildirim dışı kaldığı gereğince ve yerince araştırma konusu yapılmamıştır.

Somut olayda davacının davalı işyerinde hizmet akdine bağlı olarak çalıştığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, davacının davalı işyerinde geçen çalışmalarının kısmi veya tam süreli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır” (Yarg. 21. HD., 10.05.2010, E. 2009/7144, K. 2010/5510).

cc) Usta öğreticilerin primlerinin hesaplanması

Usta öğreticilerin sigortalılığında kaynaklanan asıl tartışma ve uyuşmazlık onların çalışma süreleri dikkate alındığında prim gün sayısının nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Belirtelim ki konuya ilişkin olarak 5510 sayılı Kanun m. 80/1, (j) bendinde bir düzenleme bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanunun anılan bendine göre, “*Milli Eğitim Bakanlığına bağlı her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ek ders ücreti karşılığında ilgili mevzuatı çerçevesinde uzman ve usta öğretici olarak çalıştırılanların prim ödeme gün sayısı 30 günü aşmamak kaydıyla, bir takvim ayı içerisinde hak kazandıkları brüt ek ders ücreti toplam tutarının, prime esas günlük kazanç alt sınırına bölünmesi sonucu bulunur. Bu şekilde yapılacak hesaplamalarda tam sayıdan sonraki küsuratlar dikkate alınmaz*”. Görüldüğü üzere, bentte bu kişilere ödenecek ek ders ücreti esas alınarak prim gün sayısının hesaplanmasına yönelik bir düzenleme yapılmıştır.

Kurumun 2013/11 sayılı Genelgesinde de konuya ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, “*Kanunun 80 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi ile Milli Eğitim Bakanlığına bağlı her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında uzman ve usta öğretici olarak çalıştırılanların prim ödeme gün sayısı 30 günü aşmamak kaydıyla, bir takvim ayı içerisinde hak kazandıkları brüt ek ders ücreti toplam tutarının, prime esas günlük kazanç alt sınırına bölünmesi sonucu bulunacaktır. Bir aylık süredeki gün sayısı (Brüt Aylık Kazanç / Asgari Günlük Kazanç = Gün Sayısı) formülüne göre hesaplanacak, bulunacak miktar 30 günden fazla ise 30 gün olarak alınacak, bu şekilde yapılacak hesaplamalarda tam sayıdan sonraki küsuratlar dikkate alınmayacaktır*”.

Milli Eğitim Bakanlığına bağlı örgün ve yaygın eğitim kurumlarında uzman ve usta öğretici olarak çalışanlar dışında kalan diğer sigortalıla-

rın aylık prim ve hizmet belgesi (EK-5) ile bildirilecek gün sayısı ise kısmi süreli çalışanlar için (Ay İçinde Toplam Çalışma Saati / 7,5 = Gün Sayısı) formülüne göre hesaplanacak, 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanacaktır”, (2013/11 s.lı G., 4)¹⁵⁹.

Belirtelim ki, Yargıtay 10. HD'nin konuya ilişkin artık istikrar kazanmış kararlarına göre de usta öğreticilerin prim gün sayısı hesaplanırken 7,5 saatlik çalışmanın 1 gün kabul edilerek sonuca ulaşılması gerekir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bu yöndeki bir kararına göre;

“Dosyadaki kayıt ve belgelerden, kesintili çalışmaları gösterir birden fazla işe giriş bildiregilerinin ... Halk Eğitim Merkezi Müdürlüğünce davacı adına düzenlenip Kurum kayıtlarına intikal ettiği, davacının 16/08/2005-31/05/2010 tarihleri arasında giriş ve çıkışlarla birlikte ... Halk Eğitim Merkezi Müdürlüğünde “Geçici Usta Öğretici” olarak Kurum’a hizmet bildiriminin yapıldığı, alınan bilirkişi kök raporu ve ek raporunun dosyaya sunulduğu, duruşmalarda davacı tanıkları ile kamu tanıklarının dinlendiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda, davacının çalışmalarının geçtiğini ileri sürdüğü işyeri bir kamu kuruluşudur. Bu nedenle, davalı işyerinde resmi kayıtlara dayanılması ve ücretin yazılı belge ile ödenmesi esastır. Kuruma hizmet bildirilmeyen dönemlerdeki ücret belgeleri ve bu dönemde davacıya ücret ödenip ödenmediği, ödeme yapılmışsa kim tarafından ödendiğinin araştırılması gerekir. Bozma ilamında 7,5 saatlik çalışma süresinin 1 gün kabul edilmek suretiyle eksik gün hizmet sürelerinin hesaplanması gerektiği açıkça belirtildiği halde Mahkemece hatalı değerlendirme ile hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Buna göre Mahkemece bozmaya uyulduğu halde, bozma gerekleri yerine getirilmemiştir. 09/05/1960 gün ve 21/9 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bozma kararına uyan Mahkeme artık bozma kararı gereğince işlem yapmak ve hüküm vermek zorundadır.

Yapılacak iş, davacı adına düzenlenen ders programları, devam-devamsızlık çizelgesi ve kursa geliş ayrılış saatlerini gösterir belgeler getirilerek ve puantaj kayıtları ile ek ders çizelgeleri tekrar araştırılarak, puantaj kayıtları ile ek ders çizelgeleri, ücret belgeleri yeniden değerlendirilmek suretiyle 7,5 saatlik çalışma 1 gün kabul edilecek şekilde bilirkişi tarafından hesaplama yapılarak buna göre davacının Kuruma eksik bildirilen hizmeti olup olmadığını tespit etmektir”, (Yarg. 10 HD., 24.9.2020, E. 2020/6670, K. 2020/4885)¹⁶⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun daha eski tarihli bir kararında da benzer sonuca ulaşılmış ve bu şekilde görevlendirilenlerin iş sözleşmesi ile çalıştıkları;

¹⁵⁹ Bu hüküm 15.10.2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

¹⁶⁰ Aynı yönde, Yarg. 10 HD., 25.4.2024, E. 2024/2578, K. 2024/4486; Yarg. 10 HD., 23.1.2024, E. 2023/14119, K. 2024/426; Yarg. 10 HD., 20.6.2022, E. 2021/12656, K. 2022/9405, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

hafta içi günde 6-7 saat derse girilen günlerde mesainin tam gün olarak işveren nezdinde geçirildiği ve bu günlerin tam gün olarak, bu saatlerden daha az saatte derse girilen günlerde ise bu çalışma saatleri için 7,5 saatlik çalışma bir (1) gün kabul edilmek ve ayrıca resmi işyeri olan davalıya ait işyerlerinde okulların kapalı olduğu dönemlerde çalışma olmadığı dikkate alınmak suretiyle hesap yapılması gerektiği kabul edilmiştir¹⁶¹.

c) Kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler

Kamu idarelerinde ders vermeleri için bazı kişilerin çalıştırılması ihtiyacı ortaya çıkmakta ve bu gibi idareler saat ücreti karşılığı bazı kişileri çalıştırmaktadır¹⁶². 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 89'da bu konuda pozitif bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, "Her derecedeki eğitim ve öğretim kurumları ile Üniversite ve Akademi (Askeri Akademiler dahil), okul, kurs veya yaygın eğitim yapan kurumlarda ve benzeri kuruluşlarda öğretmen veya öğretim üyesi bulunmaması halinde öğretmenlere, öğretim üyelerine veya diğer memurlara veyahut açıktan atanacaklara ücret ile ek ders görevi verilebilir. Ücretle okutulacak ders saatlerinin sayısı, ders görevi alacakların nitelikleri ve diğer hususlar ilgili Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile tespit olunur".

Benzer biçimde 2547 sayılı Kanun m. 31'de de; "Öğretim görevlileri; üniversitelerde ve bağlı birimlerinde bu Kanun uyarınca atanmış öğretim üyesi bulunmayan dersler veya herhangi bir dersin özel bilgi ve uzmanlık isteyen konularının eğitim-öğretim ve uygulamaları için, kendi uzmanlık alanlarındaki çalışma ve eserleri ile tanınmış kişiler, süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler" hükmü yer almaktadır.

Yukarıda sözü edilen hükümler uyarınca kamu idarelerinde ders saati ücreti ile görevlendirilenler de 5510 sayılı Kanun m. 4/2, (f) bendi uyarınca m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılırlar. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu konuda 5510 sayılı Kanun m.53'ü de gözden uzak tutmamak gerekir. Zira bu durumdaki kişilerin bir kurum ya da kuruluşta sigortalı olma ihtimalleri bulunduğu için bu kapsamdaki çalışmalarının sigortalılıkların çakışması hükümlerine göre değerlendirilmesi ve m. 53'e göre bu kişilerin hangi sigortalılık türüne göre sigortalı olacaklarının belirlenmesi gerekir. Örneğin za-

¹⁶¹ Bu yöndeki kararlar için bkz. YHGK, 23.11.2011, E. 2011/21-542, K. 2011/694, www.legalbank.net; Yarg. 21. HD., 10.05.2010, E. 2009/7144, K. 2010/5510, www.legalbank.net. Ayrıca bu konuda değerlendirmeler için bkz. Akın, Levent: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, 462 vd.; Uşan, M. Fatih: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, 2013, 345 vd.; Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, 380 vd.

¹⁶² Bkz. Sözer, Sosyal Sigortalı, 80.

ten m.4/1, (c) bendine göre sigortalı olan birinin bir başka kamu idaresinde ders saati ücreti ile görevlendirilmesi halinde söz konusu kişi zaten m.4/1, (c) bendine göre sigortalı olduğu için ayrıca m.4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılmayacaktır.

Ekleyelim ki, uygulamada özellikle ücretli öğretmenlerin sigorta prim gün sayısının aylık 30 gün üzerinden ödenmediği, bu nedenle mağduriyet yaşadıklarına ilişkin Kamu Denetçiliği Kurumuna yaptıkları çok sayıda başvuru bulunmakta olup konuyu değerlendiren Kurumun bu çalışanların prim gün sayılarının 30 gün üzerinden SGK'ya bildirilmesi gerektiği yönünde tavsiye kararı verildiği görülmektedir¹⁶³.

8. Toplum yararına çalışanlar

Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen Toplum Yararına Çalışma Programlarından yararlananlar da m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m. 4/2, g)¹⁶⁴. Bunlar için Türkiye İş Kurumu prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte, Kurum bu Kanun kapsamında işyeri ve işveren sayılmaz (m. 4/2, g).

Toplum yararına çalışma programları, ekonomik kriz, özelleştirme, ekonomik yapılanma, doğal afetler ve işsizliğin yoğun olduğu dönemlerde İş-Kur'a kayıtlı işsizlerin, çalışma hayatından uzun süre ayrı kalarak maddi sıkıntıya düşmelerini önlemek, çalışma alışkanlık ve disiplinlerini yitirmemelerini, kısa süreli istihdam ve eğitimlerini sağlamak üzere doğrudan veya yükleni-

¹⁶³ Kamu Denetçiliği Kurumunun bu yöndeki bir kararına göre; “Başvurana ücret karşılığı ders görevi verilen aylarındaki hizmetinin tescil ve hizmet kütüğüne işlenmesi hususunda, ayrıca başvurana ücret karşılığı ders görevi verilen ve başvuranın sınıf öğretmeni olarak görev yaptığı dönemler için haftalık 12 ders saati ve üzerinde, branş öğretmeni olarak görev yaptığı dönemler için haftalık 10 ders saati ve üzerinde hizmette bulunduğu dönemlerinin prim ödeme gün sayısının tam süreli çalışmaya göre hesaplanarak bildirilmesi ve bu bildirim üzerine gerekli işlemlerin yapılması hususunda MİLLÎ EĞİTİM BAKANLIĞINA ve SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca MİLLÎ EĞİTİM BAKANLIĞI ve SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BAŞKANLIĞI tarafından bu karar üzerine tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğunun idareye hatırlatılmasına,

Kararın gereği için BAŞVURANA, MİLLÎ EĞİTİM BAKANLIĞINA ve SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BAŞKANLIĞINA tebliğine” karar verildi, KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU (OMBUDSMANLIK), Sayı: 2024/6824-S.24.10694, Başvuru No: 2024/4073, Karar Tarih: 01/07/2024, karar için bkz. <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Download?url=20240320\253266\Yayin\Karar-2024-4073.pdf&tarih=2024-07-01T16:11:58.829314>; aynı yönde bir başka karar için bkz. Sayı: 2023/9333-S.23.15062, Başvuru No: 2023/8848, Karar Tarihi: 26/07/2023, karar için bkz. <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Download?url=20230620\236998\Yayin\Karar-2023-8848.pdf&tarih=2023-07-26T10:56:49.426576>

¹⁶⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özer, Hatice Duygu: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Toplum Yararına Program, Ankara 2021, 315 vd.

ci eli ile toplum yararına bir iş veya hizmetin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla İş-Kur tarafından yürütülen programlardır (Bkz. 2013/11 s.lı G., 5).

Kurum Genelgesine göre, İş-Kur tarafından düzenlenen toplum yararına çalışma programlarına katılan sigortalıların bildirimleri bunları çalıştıran işverenler tarafından işin başlama tarihinden önce sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma yapılacaktır (2013/11 s.lı G., 48)¹⁶⁵.

IV. Bağımsız Çalışanlar (m. 4/1, b)

1. Genel olarak

Hukukumuzda bağımsız çalışma bağımlı çalışmanın karşılığı olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu kavram, bir iş sözleşmesi ile bir işverene ya da atama yoluyla bir kamu idaresinde statü hukukuna tabi olarak bağımlı olmadan çalışmayı ifade etmektedir. Bu yönüyle bağımsız çalışanlar, bir iş sözleşmesine ya da statü hukukuna tabi olmadan kendi ad ve hesabına çalışan kişilerdir¹⁶⁶.

Bağımsız çalışanların sosyal güvenliği daha önce 2.9.1971 tarih ve 1479 sayılı “Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu”¹⁶⁷ ile sağlanmaktaydı. 1479 sayılı Kanun kapsamına aldıklarını “esnaf ve sanatkârlar” ile “diğer bağımsız çalışanlar” olarak ifade etmiştir. Tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar ise 17.10.1983 tarih ve 2926 sayılı “Tarımda Kendi Adına Ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu”¹⁶⁸ ile sosyal güvenceye kavuşturulmuşlardı. 5510 sayılı Kanun tüm bu bağımsız çalışanları m. 4/1, (b) bendinin içinde toplamıştır.

5510 sayılı Kanun uyarınca, m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılmak için bağımsız bir faaliyetin varlığı şarttır. Ayrıca bu faaliyetin Kanunun m. 4/1, (b) bendinde özel olarak sayılan hallerden birine de girmesi gerekir. Bunlar ise; köy ve mahalle muhtarı olma, gelir vergisi mükellefi olma, gelir vergisinden muaf ise esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olma, Kanunda belirtilen şirketlerden birinin ortağı olma ve tarımsal faaliyette bulunmadır. Bu sayılanların dışında At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler de m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.

Aşağıda önce m. 4/1, (b) bendindeki genel kural açıklanacak, ardından m.4/3’de sözü edilen m. 4/1, (b) bendi uyarınca sigortalı sayılanlar üzerinde durulacaktır.

¹⁶⁵ Toplum yararına program kapsamında çalıştırılanlar tüm sigorta kollarına tabi olmakla birlikte, özellik arz eden sigorta kollarına ilişkin açıklamalar için bkz. Özer, 323 vd.

¹⁶⁶ Bkz. *Tuncay/Ekmekçi/Gülver*, 298; *Bulun Toktaş*,141.

¹⁶⁷ RG, 14.9.1971,13956.

¹⁶⁸ RG, 20.10.1983,18197.

2. m. 4/1, (b) bendinde belirtilen faaliyetlerde bulunanlar

a) Köy ve mahalle muhtarları

aa) Genel olarak köy ve mahalle muhtarlarının hukuki durumu

Köy muhtarı hem merkezi yönetimin köydeki temsilcisi hem de yerel yönetim birimi olan köy yönetiminin başı ve yürütme organıdır¹⁶⁹, ¹⁷⁰. Öğretide, muhtarın köyde devletin bir ajanı olduğu ifade edilmektedir¹⁷¹. Köy muhtarına ilişkin düzenlemeler ise Cumhuriyetin ilk yıllarında çıkarılan 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanununda yer almaktadır¹⁷². Kanunun 9. ve 10. maddelerinde muhtarın görevleri ve köyün yürütme organı olduğu belirtildikten sonra 11. maddesinde, köy muhtarının köy işlerinde fenalık yapması halinde devlet memuru gibi muhakeme edileceği ve ceza göreceği hükme bağlanmıştır.

Mahalle muhtarlarına ilişkin düzenlemeler ise 1944 tarih ve 4541 sayılı Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanunda¹⁷³ yer almaktadır. Kanuna göre, “Şehir ve kasabalarda kurulu bulunan ve Belediye Kanununun 8 inci maddesine göre kurulacak olan mahallelerde bir muhtar ve muhtarın başkanlığında bir ihtiyar heyeti bulunur”.

Belirtelim ki, mahallenin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu nedenle de mahalle idaresinin kendisine mahsus bir bütçesi yoktur¹⁷⁴. Mahalle idaresince görülen hizmetlere karşılık olarak iş sahiplerinden her yıl idare kurullarınca kararlaştırılan tarifeye göre harç alınır (m.20) ve bu harçlar münhasıran muhtarlara aittir (m.21)¹⁷⁵. Köy muhtarı gibi mahalle muhtarları da merkezi idareden ayrıca aylık ödenek almaktadır¹⁷⁶. 2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Kanunu m.1 hükmü uyarınca köy muhtarları ile şehir ve kasaba mahalle muhtarlarına, 14.750¹⁷⁷ gösterge rakamının memur aylık kat sayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık ödenek verilir.

¹⁶⁹ 442 sayılı Kanun m. 9’a göre; “İşbu kanun ile köye verilen işleri görmek (Köy muhtarının) ve (İhtiyar meclisinin) vazifesidir”. Yine aynı Kanunun 10. maddesine göre de; “Muhtar, köyün başıdır.../... Muhtar Devletin memurudur. Devlet işlerinde vazifesini (36) ncı maddeye göre yapar” (m.10)

¹⁷⁰ Atay, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2022, 231; Kalabalık, Halil: İdare Hukuku Dersleri, Cilt I, 6. Baskı, Ankara 2023, 308.

¹⁷¹ Kalabalık, 308.

¹⁷² RG., 7.4.1924, 68. Konu hakkında ayrıca bkz. Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2023, 340; Kalabalık, 308.

¹⁷³ RG, 15.4.1944, 5682.

¹⁷⁴ Kalabalık, 279.

¹⁷⁵ Kalabalık, 279.

¹⁷⁶ Kalabalık, 279.

¹⁷⁷ Bu katsayı sık sık değiştirilmektedir. Son olarak 29.1.2016 tarihli ve 6663 sayılı Kanunun 12. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “5.700” ibaresi “14.750” şeklinde değiştirilmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamaların da gösterdiği gibi köy ve mahalle muhtarlarının hukuki statüsü tam olarak belirlenememektedir¹⁷⁸. Ancak özellikle de köy muhtarlarına ilişkin açıklamalar köy muhtarının kamu görevi yaptığını göstermektedir¹⁷⁹. Yargı kararları da muhtarların kamu görevlisi olduğu yönündedir¹⁸⁰. Nitekim bu nedenle köy ve mahalle muhtarların bağımsız çalışan statüsünde sigortalı sayılmaları öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹⁸¹. Bize göre de hem köy muhtarları hem de yaptığı görev itibarıyla mahalle muhtarları için aynı sonuca ulaşmak gerekir. Buna karşılık hukukumuzda köy ve mahalle muhtarları hem 2108 sayılı Kanun hem de 5510 sayılı Kanun uyarınca bağımsız çalışanlar kategorisinde sigortalı sayılmışlardır. Bu yaklaşımda özellikle de mahalle muhtarlarının gördüğü hizmete karşılık belirli bir tarifeye göre hizmet verdiği kişilerden harç (ücret) almasının etkili olduğu düşünülebilir, ancak bu durum muhtarın yaptığı hizmetin niteliğini değiştirmemektedir kanaatindeyiz. Kaldı ki, devletten de ayrıca ödenek almaktadırlar. Bu nedenle bizce köy ve mahalle muhtarları Kanuna konulacak bir hükümle m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmalıdırlar.

bb) Köy ve mahalle muhtarlarının sosyal güvenliği

Köy ve mahalle muhtarları hukukumuzda ilk defa 1977 tarih ve 2108 sayılı Kanunla sosyal güvenceye kavuşturulmuşlardır. Anılan Kanuna konulan, “*Köy ve mahalle muhtarlarından bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmayanlar 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu kapsamına alınmıştır.../... Bunlardan yeniden bu görevlere seçilmeyenler veya ayrılanların Bağ-Kur’la ilişkileri, kanunî primlerini ödedikleri sürece devam eder*” (m.4) hükmüyle köy ve mahalle muhtarları eğer başka bir sigortalılık ilişkisi yoksa bağımsız çalışan gibi değerlendirilerek 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu kapsamına alınmışlardır. Ardından 2006 yılında 5510 sayılı Kanun çıkarılınca hem 2018 sayılı Kanundaki 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununa yapılan atıf değiştirilmiş ve 5510 sayılı Kanuna atıf yapılmış hem de 5510 sayılı Kanunda da özel olarak düzenleme yapılarak muhtarlar m.4/1, b bendi kapsamında sigortalı kabul edilmişlerdir. Böylece muhtarların sigortalılığı hem 5510 s.lı Kanunda hem de 2008 s.lı Kanunda düzenlenmiştir. Gerçekten 2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Kanununun 4. maddesine göre, 5510 sayılı Kanun m.4/1, (a) ya da (c) bendine göre sigortalı sayılmayı gerektirecek bir çalışması bulunmayan veya bu kapsamda

¹⁷⁸ *Bulun Toktaş*, 173.

¹⁷⁹ Bu yönde değerlendirme için bkz. *Sözer*, Sosyal Sigortalar, 83; *Makas*, Recep: Köy ve Mahalle Muhtarlarının Sosyal Güvenliği, Legal İSGHD, C.18, S.69, Y. 2021, 191; *Bulun Toktaş*, 173-174.

¹⁸⁰ Yarg. 4 HD., 19.10.1985, E. 1985/9147, K. 1985/10180; Yarg. 4 HD., 23.12.2014, E. 2014/3317, K. 2014/17651, Yarg. 14. HD., 19.6.2014, E. 2014/4026, K. 2014/8251; ayrıca bkz. *Danıştay 4. Daire*, 13.11.2023, E. 2023/6726, K. 2023/6200,

¹⁸¹ Bu kişilerin bağımsız çalışan sayılmalarının yaptıkları görevin özelliklerine uymadığı görüşü için bkz. *Sözer*, Sosyal Sigortalar, 80; *Makas*, 191.

aylık¹⁸² almayan köy ve mahalle muhtarları, 5510 s.lı Kanun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar¹⁸³. 5510 s.lı Kanuna göre de, köy ve mahalle muhtarları m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.

Görüldüğü gibi, 2108 s.lı Kanun, 5510 s.lı Kanundan farklı olarak köy ve mahalle muhtarlarının m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılmalarını, Kanunun 4. maddesinin diğer bentlerine göre bir çalışmasının bulunmaması koşuluna bağlamıştır. Bu durumda, 2108 sayılı Kanun doğrudan muhtarların sosyal güvenliğine yönelik hüküm içerdiği için öncelikli yasa hükmü olup, bunun sonucunda, muhtarın, örneğin aynı zamanda iş sözleşmesine göre çalışması halinde, m. 4/1, (b) bendine göre değil, m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı sayılması gerekecektir¹⁸⁴.

Yargıtay 10 HD, 5510 s.lı Kanunla 2108 s.lı Kanunun 4. maddesi değiştirilmesinden önceki döneme ilişkin verdiği bir kararında “*bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmayan*” ibaresinin “*ister zorunlu isterse isteğe bağlı nitelikte olsun, bir sigorta Kurumuna bağlı olanların muhtarlıktan dolayı 1479 sayılı Kanun kapsamına alınmayacağı şeklinde*” yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁸⁵. Ancak günümüzde bu görüş artık geçerliliğini kaybetmiştir, zira Kanun açık-

¹⁸² 2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce maddede “aylık ve gelir almayan” ibaresi yer almakta iken, anılan Kanunla “gelir” ibaresi metinden çıkarılmıştır.

¹⁸³ Muhtar seçildikleri tarih itibarıyla 1479 sayılı Kanuna göre kayıt ve tescilleri yapılan köy muhtarlarından; 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendinin (1) numaralı alt bendi hükümlerine göre sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde yazılı talepte bulunmaları halinde sigortalılıklarının aynen devam ettirilmesine olanak tanınmıştır (5510 s.lı K. geç. m. 21). Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar hakkında ise 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştü (geç. m. 21/son cümle). 2018 yılında 7077 sayılı Kanunla geçici 21. madde yürürlükten kaldırılmıştır. Yine 7077 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin ikinci fıkrasına (d) bendi eklenmiş ve m. 4/1, (b) bendi kapsamındaki muhtar sigortalıların aylık prime esas kazançları, günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katı olarak belirlenmiştir.

¹⁸⁴ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 107; aynı yönde *Makas*, 193; *Bulun Toktaş*, 175.

¹⁸⁵ Yarg. 10 HD., 10.4.2007, E. 2006/16807, K. 2007/5636, (www.kazanci.com). Yargıtaya göre, “2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Yasası’nın 4. maddesinde köy ve mahalle muhtarlarından bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmayanların 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu kapsamına alınacağı öngörülmüştür. Somut olayda, davacının 01.03.1984 tarihinden itibaren muhtar olarak seçildiği 27.03.1994 tarihini de kapsayacak şekilde isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalısı olarak sosyal güvenlik şemsiyesi altında bulunması ve primlerini de ödemesi karşısında 2108 sayılı Yasa’nın 4. maddesi gereğince 1479 sayılı Yasa kapsamında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılması mümkün değildir. Çünkü, muhtarluk döneminde davacı isteğe bağlı olarak sigorta kapsamındadır. 4. madde hükmünü, ister zorunlu isterse isteğe bağlı nitelikte olsun, bir sigorta Kurumuna bağlı olanların muhtarlıktan dolayı 1479 sayılı Kanun kapsamına alınmayacağı şeklinde yorumlamak gerekir. Aksi yönde ve yazılı şekilde tesis edilen hüküm usul ve yasaya aykırı görülmüştür”. 506 sayılı Kanuna tabi isteğe bağlı sigortalılıkla ilgili olarak bkz. Yarg. 10 HD., 28.4.1998, E. 1998/2901, K. 1998/3118).

ça m.4/1, (a) ya da (c) bendine tabi sigortalı olmaktan söz ettiği için isteğe bağlı sigortalılık bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.

2108 sayılı Kanuna göre, m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılan bir muhtar yeniden bu göreve seçilmez ya da muhtarlıktan ayrılırsa, bu kapsamdaki sigortalılığını devam ettirme olanağına sahiptir (m.4/2). Zira anılan maddeye göre, söz konusu durumdakilerin Bağ-Kur'la ilişkileri, kanuni primlerini ödedikleri sürece devam eder. Belirtelim ki, anılan maddenin birinci fıkrası 2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanunla değiştirilerek 5510 sayılı Kanuna atıf yapmış, fakat ikinci fıkrada gerekli değişiklik yapılması unutulmuş ve söz konusu sigortalıların "Bağ-Kur'la ilişkilerinin" devam edeceği hükmü aynen korunmuştur. Oysa bu fıkrada da değişiklik yapılarak, "Bunlardan yeniden bu görevlere seçilmeyenler veya ayrılanların m. 4/1, (b) bendine göre sigortalılıkları, kanuni primlerini ödedikleri sürece devam eder" biçiminde düzenlenmesi gerekirdi¹⁸⁶.

Yargıtay 10. HD., 29.03.2004-24.08.2011 tarihleri arasında muhtar olarak görev yapan kişinin anılan tarihler arasında Bağ Kur sigortalılığının (m. 4/1, b) tespiti için açtığı davada, davacının 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık tescili bulunmadığını belirterek davacının 01.10.2008 tarihinden önceki süre için Bağ Kur sigortalısı sayılmasının mümkün olmadığına, buna karşılık 1.10.2008 tarihinden sonrasının tespitine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁸⁷.

Kanunda özel olarak muhtarlar kapsama alındığı için ihtiyar heyetlerinin bu görevlerinden dolayı bir sigortalılıkları söz konusu değildir¹⁸⁸.

Son olarak ekleyelim ki, önce 17.4.2017 tarih ve 690 sayılı KHK, ardından 1.2.2018 tarih ve 7077 sayılı Kanunla aynen kabul edilen bir hükümlerle muhtarlar tarafından ödenmesi gereken primlerin il özel idareleri veya yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları tarafından doğrudan Sosyal Güvenlik Kurumuna ödeneceği öngörülmüştür. Sözü edilen hükme göre; "Muhtarlardan 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılığı olanların il özel idareleri veya yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları prim ödeme yükümlüsüdür.", (m.87/1, h).

¹⁸⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 107.

¹⁸⁷ Yarg. 10. HD., 18.02.2016, E.2015/801, K.2016/2335. Karar ve değerlendirmesi için bkz. Ertürk, Şükran: Yargıtay'ın Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türlerine İlişkin 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018, 752-754.

¹⁸⁸ Bulun Toktaş, 174.

İLGİLİ YARGITAY KARARI

(1) 01.10.2008 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinin 01.10.2008 tarihinden itibaren başlar

Yargıtay 10. Hukuk Dairesine göre;

“2108 Sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Kanunu’nun 4. maddesinde herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayan köy ve mahalle muhtarlarının 1479 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılacakları; 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5754 Sayılı Kanun’un 89. maddesiyle anılan maddede yapılan değişiklik ile de 5510 Sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında sigortalı sayılmayı gerektirecek bir çalışması bulunmayan veya bu kapsamda aylık ve gelir almayan köy ve mahalle muhtarlarının 5510 Sayılı Kanun’un 4/1-b madde kapsamında sigortalı sayılacakları düzenlenmiştir.

Öte yandan; 01.10.2008 tarihinden itibaren 1479 Sayılı Kanun’un yürürlükten kaldırılmasıyla 5510 Sayılı Kanun’un 1479 Sayılı Kanuna dair geçiş hükümlerinin düzenlendiği Geçici 8. maddesinde: “Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi hariç diğer alt bentlerine göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Kanunun yürürlük tarihine kadar kayıt ve tescillerini yaptırmayanların sigortalılık hak ve yükümlülüğü bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren başlar... Ancak, bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) ve (3) numaralı alt bentlerine göre sigortalı sayılanlardan bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren sigortalılıkları başlatılanların, bu Kanunun yürürlük tarihi ile 04/10/2000 tarihi arasında geçen vergi mükellefiyet süreleri bulunmak kaydıyla, sigortalının bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren 6 ay içinde talepte bulunması halinde, vergi mükellefiyet sürelerinin tamamı için 80. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendine göre talep tarihindeki prime esas kazancının % 32’si üzerinden borçlanma tutarı hesaplanır ve sigortalıya tebliğ edilir. Sigortalının kendisine tebliğ edilen borçlanma tutarının tamamını tebliğ tarihinden itibaren 6 ay içinde ödemesi halinde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Sigortalıya tebliğ edilen borç tutarının bu süre içerisinde tam olarak ödenmemesi halinde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve ödenen tutar bu Kanunun 89. maddesine göre iade edilir...”; 2108 Sayılı Kanuna dair geçiş hükümlerinin düzenlendiği Geçici 21. maddesinde: “Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce 2108 Sayılı Kanun’un 4. maddesine göre muhtar seçildikleri tarih itibarıyla 1479 Sayılı Kanuna göre kayıt ve tescilleri yapılan köy muhtarlarından; bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendi hükümlerine göre sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde yazılı talepte bulunmaları halinde sigortalılıkları aynen devam ettirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar hakkında ise bu Kanun hükümleri uygulanır.” düzenlemelerine yer verilmiştir.

Anılan 5510 Sayılı Kanun’un Geçici 8. maddesindeki borçlanma hakkının ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı sebebiyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar ile anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, ser-

mayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortaklarına tanındığından, muhtarlıkta geçen süreler borçlanılamaz. Ayrıca 5510 Sayılı Kanun'un Geçici 8 ve Geçici 21. maddelerindeki düzenlemeler gözetildiğinde, Kurum'a, daha öncesinde kayıt ve tescilli bulunmayanların, 01.10.2008 tarihi öncesinde muhtarlıkta geçen sürelerde sigortalı sayılması mümkün bulunmamaktadır.

Bu bağlamada;

1-) 28.03.2004 - 01.10.2008 dönemi yönünde;

5510 Sayılı Kanun'un geçici 8. maddesine göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 01.10.2008 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinin 01.10.2008 tarihinden itibaren başlayacağı belirtilmiş olup davacı tarafından 01.10.2008 tarihinden önce verilmiş (vergi, oda ve esnaf vs. kaydına dayalı) bağkur giriş bildirgesi bulunup-bulunmadığı araştırılarak 5510 Sayılı Kanun'un geçici 8. madde gözetilerek karar verilmesi gerekir.

2-) 01.10.2008 - 29.03.2009 dönemi yönünden;

Davacının yapılan araştırma neticesinde 01.10.2008 tarihi öncesi Bağ-Kur giriş bildirgesi bulunmaması durumunda, 5510 Sayılı Kanun'un geçici 8. maddesine göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 01.10.2008 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinin 01.10.2008 tarihinden itibaren başlayacağı belirtildiğinden 01.10.2008 - 29.03.2009 dönemi Bağ-Kur sigortalı olarak değerlendirilmesi gerekir (Yarg. 10 HD., 18.1.2018., E. 2015/21608, K. 2018/201; ayrıca bkz. Yarg. 10 HD., 7.12.2017, E. 2015/20868, K. 2017/8710).

Yarg. 10 HD'ye göre; "Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden; davacının, 21.04.1999, 31.03.2004 ve 29.03.2009 Yerel Seçimlerinde **İstanbul F. İlçesi, C. Mahallesi muhtarı seçildiği ve dava tarihi itibarıyla de muhtarlık görevine devam ettiği; herhangi bir sigortalılık tescil ve kaydı yok iken 13.04.2009 tarihli Fatih Kaymakamlığı yazısına istinaden 29.03.2009 tarihinden itibaren 5510 sayılı Kanununun 4/1-b (1479 sayılı Kanun kapsamında Bağ-Kur) tescilinin yapıldığı anlaşılmaktadır.** Davacı, muhtarlık görevi nedeniyle 21.04.1999 tarihinden itibaren Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmesini istemiş, Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 4'üncü maddesinde herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayan köy ve mahalle muhtarlarının 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılacakları; **01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5754 sayılı Kanununun 89'uncu maddesiyle anılan maddede yapılan değişiklik ile de 5510 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında sigortalı sayılmayı gerektirecek bir çalışması bulunmayan veya bu kapsamda aylık ve gelir almayan köy ve mahalle muhtarlarının**

5510 sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi kapsamında sigortalı sayılacakları düzenlenmiştir.

Öte yandan; 01.10.2008 tarihinden itibaren 1479 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılmasıyla 5510 sayılı Kanunun 1479 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümlerinin düzenlendiği Geçici 8'inci maddesinde: "Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi hariç diğer alt bentlerine göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Kanunun yürürlük tarihine kadar kayıt ve tescillerini yaptırmayanların sigortalılık hak ve yükümlülüğü bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren başlar... Ancak, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) ve (3) numaralı alt bentlerine göre sigortalı sayılanlardan bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren sigortalılıkları başlatılanların, bu Kanunun yürürlük tarihi ile 4/10/2000 tarihi arasında geçen vergi mükellefiyet süreleri bulunmak kaydıyla, sigortalının bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren 6 ay içinde talepte bulunması halinde, vergi mükellefiyet sürelerinin tamamı için 80 inci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendine göre talep tarihindeki prime esas kazancının % 32'si üzerinden borçlanma tutarı hesaplanır ve sigortalıya tebliğ edilir. Sigortalının kendisine tebliğ edilen borçlanma tutarının tamamını tebliğ tarihinden itibaren 6 ay içinde ödemesi halinde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Sigortalıya tebliğ edilen borç tutarının bu süre içerisinde tam olarak ödenmemesi halinde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve ödenen tutar bu Kanunun 89 uncu maddesine göre iade edilir..."; 2108 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümlerinin düzenlendiği Geçici 21' inci maddesinde: "Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce 2108 sayılı Kanunun 4'üncü maddesine göre muhtar seçildikleri tarih itibarıyla 1479 sayılı Kanuna göre kayıt ve tescilleri yapılan köy muhtarlarından; bu Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendi hükümlerine göre sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde yazılı talepte bulunmaları halinde sigortalılıkları aynen devam ettirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar hakkında ise bu Kanun hükümleri uygulanır." düzenlemelerine yer verilmiştir.

Anılan 5510 sayılı Kanunun Geçici 8'inci maddesindeki borçlanma hakkının ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar ile anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortaklarına tanındığından, muhtarlıkta geçen süreler borçlanılamaz. Ayrıca 5510 sayılı Kanunun Geçici 8 ve Geçici 21'inci maddelerindeki düzenlemeler gözetildiğinde, Kurum'a, daha öncesinde kayıt ve tescili bulunmayanların, 01.10.2008 tarihi öncesinde muhtarlıkta geçen sürelerde sigortalı sayılması mümkün bulunmamaktadır.

Somut olayda; davacının 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık tescili bulunmadığından **01.10.2008 tarihini öncesinde Bağ-Kur sayılması talebinin reddine ilişkin Mahkeme kararı yerindedir. Ne var ki; 21.04.1999 tarihinden itibaren kesintisiz devam eden mahalle muhtarlığı nazara**

alınarak davacının 5510 sayılı Kanununun 4/1-b maddesi kapsamında-ki sigortalılığının 01.10.2008 tarihinden itibaren başladığının kabulü gerekirken, eksik inceleme ve yanlıgılı değerdendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” (Yarg. 10 HD., 27.3.2014, E. 2013/20547, K. 2014/7001).

b) Gelir vergisi mükellefi olanlar ya da gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı bulunanlar

aa) Gelir vergisi mükellefi olanlar

aaa) Genel olarak

Bağımsız çalışan kategorisinde sigortalı olanlardan bir diğeri ise “Ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar”dır (m. 4/1, (b), 1).

Maddenin de gösterdiği gibi, bir kişinin bu kapsamda sigortalı olması için sadece bir ticari kazancı ya da serbest meslek kazancı olması yetmemekte, aynı zamanda bu kazançları sebebiyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olması da gerekmektedir¹⁸⁹. Buna karşılık vergi mükellefiyetinin ticari kazanç sebebiyle veyahut serbest meslek kazancı sebebiyle olması önemli değildir¹⁹⁰. Bu iki kazanç türünün biri sebebiyle vergi mükellefiyetinin gerçekleşmiş olması m.4/1, (b), 1 alt bendi uyarınca sigortalılık için gerekli ve yeterlidir¹⁹¹.

Yukarıda da belirtildiği gibi bir kişinin m.4/1, (b), 1 numaralı alt bent kapsamında sigortalı olması için, ticari ya da serbest meslek kazancına sahip olması gerekmektedir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda kazanç türleri “Üçüncü Kısım”da, “Gelir Unsurlarının Tesbiti” başlığı altında “Ticari Kazanç”, “Zirai Kazanç”, “Ücretler”, “Serbest Meslek Kazançları” “Gayrimenkul Sermaye İradı”, “Menkul Sermaye İradı”, “Diğer Kazanç ve İratlar” başlıkları altında olmak üzere yedi alt başlıkta düzenlenmişlerdir. Dolayısıyla bir kişinin örneği gayrimenkul sermaye iradı ya da menkul sermaye iradı sebebiyle vergi mükellefi olması bu açıdan önemli değildir. Bu nedenle konu açısından önemli olduğu için öncelikle bu kazançların ne olduğunun belirlenmesi gerekir.

Ekleyelim ki, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda ücretler de vergiye tabi gelir unsurları arasındadır. Bir iş sözleşmesine tabi çalışması sebebiyle işçi de vergi ödemek zorunda kalmaktadır, ancak işçinin (bir iş sözleşmesine göre çalışanın) sigortalılığı vergiye tabi olduğu için değil, iş sözleşmesi ile çalıştığı

¹⁸⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 107; Öğretide Aslanköylü’ye göre, gelir vergisi mükellefi olmakla birlikte vergi dairesine tescili yapılmamış olanlar da sigortalı sayılmalıdır, *Aslanköylü*, 10. bası, 193-196.

¹⁹⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 107.

¹⁹¹ *Bulun Tokkaş*,145.

için gerçekleşmektedir. Zirai kazançlar ise tarımsal faaliyette bulunanlar açısından önem taşımaktadır.

bbb) Ticari kazançlar

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 37. maddesine göre; “Her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar ticari kazançtır.

Bu kanunun uygulanmasında, aşağıda yazılı kazançlar ticari kazanç sayılır:

1. Maden, taş ve kireç ocakları, kum ve çakıl istihsal yerleri ile tuğla ve kiremit harmanlarının işletilmesinden; 2. Coberlik işlerinden; 3. Özel okul ve hastanelerle benzeri yerlerin işletilmesinden; 4. Gayrimenkullerin alım, satım ve inşaa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden; 5. (Değişik: 19/2/1963-202/17 md.) Kendi nam ve hesaplarına menkul kıymet alım-satımı ile devamlı olarak uğraşanların bu faaliyetlerinden; 6. (Değişik: 19/2/1963-202/17 md.) Satın alınan veya trampa suretiyle iktisap olunan arazinin iktisap tarihinden itibaren 5 yıl içinde parsellenerek bu müddet içinde veya daha sonraki yıllarda kısmen veya tamamen satılmasından; elde edilen kazançlar; 7. (Ek: 9/4/2003-4842/4 md.) Dış protezçiliğinden elde edilen kazançlar.

Kolektif ortaklıklarda ortakların, adi veya eshamlı komandit ortaklıklarda komandite ortakların ortaklık karından aldıkları paylar şahsi ticari kazanç hükmündedir. (66 ncı madde hükmü mahfuzdur.)

Ticari kazanç, Vergi Usul Kanunu hükümlerine ve bu kanunda yazılı gerçek (Bilanço veya işletme hesabı esas) veya basit usullere göre tesbit edilir.

Özel okul ve hastanelerle benzeri yerleri işleten serbest meslek erbabı, serbest meslek kazançlarını da işletmenin kayıtlarına ithal edebilirler”.

Dolayısıyla bu maddede sayılan bir ticari kazançta sahip olup da bu kazancı sebebiyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefiyeti olanlar m.4/1, (b), 1 alt bent uyarınca sigortalı olacaklardır.

ccc) Serbest meslek kazancı

5510 sayılı Kanun m.4/1, (b), 1 alt bendinde sözü edilen bir diğer kazanç türü ise serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek kazancının ne olduğu ise 193 sayılı Kanunun 65. maddesinde gösterilmiştir¹⁹². Buna göre; “**Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır.**

Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette ol-

¹⁹² Serbest meslek kazancı hakkında bilgi için bkz. Öner, Erdoğan: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 3. Baskı, Ankara 2014, 283 vd.

miyan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.

Tahkim işleri dolayısıyla hakemlerin aldıkları ücretler ile kolektif, adi komandit ve adi şirketler tarafından yapılan serbest meslek faaliyeti neticesinde doğan kazançlar da, serbest meslek kazancıdır”.

Kanununun 66. maddesinde ise kimlerin serbest meslek erbabı olduğu sayılmıştır. Söz konusu maddeye göre, “Serbest meslek faaliyetini mütat meslek halinde ifa edenler, serbest meslek erbabıdır. Serbest meslek faaliyetinin yanında meslekten başka bir iş veya görev ile devamlı olarak uğraşılması bu vasfı değiştirmez.

Bu maddenin uygulanmasında:

1. Gümrük Komisyoncuları, bilümm borsa ajan ve acentaları, noterler, noterlik görevini ifa ile mükellef olanlar;
2. Bizzat serbest, meslek erbabı tarifine girmemekle beraber serbest meslek erbabını bir araya getirerek teşkilat kurmak veya bunlara sermaye temin etmek suretiyle veya sair suretlerle serbest meslek kazancından hisse alanlar.
3. Serbest meslek faaliyetinde bulunan kolektif ve adi şirketlerde ortaklar, adi komandit şirketlerde komanditeler;
4. Dava vekilleri, müşavirler, kurumlar ve tüccarlarla serbest meslek erbabının ticarî ve meslekî işlerini takip edenler ve konser veren müzik sanatçıları;
5. Vergi Usul Kanununun 155 inci maddesinde belirtilen şartlardan en az ikisini taşıyan ebe, sünnetçi, sağlık memuru, arzuhalci, rehber gibi mesleki faaliyette bulunanlar (Şartlardan en az ikisini taşımayanlar ile köylerde veya son nüfus sayımına göre belediye içi nüfusu 5.000’i aşmayan yerlerde faaliyette bulunanların bu faaliyetlerine ilişkin kazançları gelir vergisinden muaftır);
6. 5510 sayılı Kanunun ek 10 uncu maddesi uyarınca anılan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında; sigortalı sayılan hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler;

Bu işleri dolayısıyla serbest meslek erbabı sayılırlar”.

Önemle belirtelim ki, maddede sözü edilen kişilerin faaliyetlerini bağımlı olarak ifa etmeleri de mümkündür. Bu konuda önemli olan bu faaliyetlerin kendi adına ve hesabına yapıyor oluşudur. Yoksa bir hekimin bir hastanede iş sözleşmesi ile bir avukatın bir hukuk bürosunda ya da bir şirkette iş sözleşmesi ile çalışması halinde sigortalılığı m.4/1, (b), 1 alt bendi uyarınca değil, m.4/1, (a) bendi uyarınca gerçekleşecektir.

Nitekim Kanunda da bu husus, “hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Öğretide

de, “*Serbest meslek faaliyeti sermayeden çok emeğin ön plana çıktığı ilmi veya mesleki bilgiye ve ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin bir işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi adına ve hesabına yapılması*” olarak ifade edilmektedir¹⁹³.

193 sayılı Kanununun 67. maddesinde serbest meslek kazancının tespitine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Öğretide bu yolla elde edilen kazancın, arızı olarak kalmaması, diğer kazanç ve iratlar arasında vergilendirmeye tabi tutulmaması için kazancın az ya da çok süreklilik taşıması gerektiğine de dikkat çekilmektedir¹⁹⁴.

ddd) Gerçek ya da basit usulde vergilendirme

5510 sayılı Kanun m.4/1, (b), 1 alt bendi uyarınca sigortalılık açısından önem taşıyan bir diğer kavram ise “gerçek usulde vergi mükellefiyeti” ile “basit usulde vergi mükellefiyeti”dir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, bu konuda önemli olan kişinin bir ticari kazancı ya da serbest meslek kazancı olması değil, bu kazançları sebebiyle gerçek ya da basit usulde vergi mükellefiyeti olmasıdır.

Gerçek usulde vergilendirme hukukumuzda esas vergilendirme türüdür. Bu vergilendirmede, gelirin gerçek olması, vergilendirmenin bazı karinelere (belirtilere) göre değil, gelirin gerçek miktarı üzerinden yapılması esastır¹⁹⁵. Bir diğer deyişle, gerçek usulde vergilendirmede tüm hasılatın ve giderlerin belgelere dayanması, bunların kayda ve defterlere geçirilmesi asıldır¹⁹⁶.

Basit usulde vergilendirme ise daha ziyade küçük ticaret ve sanat erbabına yönelik bir uygulamadır¹⁹⁷. Bu vergilendirme türü 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 46. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; “*Basit usulde ticari kazanç, bir hesap dönemi içinde elde edilen hasılat ile giderler ve satılan malların alış bedelleri arasındaki müspet farktır. Bu fark yapılan faaliyetle ilgili olarak Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre alınması ve verilmesi mecburi olan alış ve giderler ile hasılatlara ilişkin belgelerde yazılı tutarlara göre hesaplanır*”. Bir kişinin basit usulde vergi mükellefiyetine tabi olması halinde de sigortalılığı m.4/1, (b), 1 alt bendine göre gerçekleşecektir.

bb) Bağımsız çalışan avukat ve noterlerin sigortalılığı

Bu konuda son olarak bağımsız çalışan avukat ve noterlerin sigortalılıklarına da değinmek gerekir. Zira hukukumuzda avukat ve noterlerin sosyal güven-

¹⁹³ *Bati, Murat: Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 3. Baskı, Ankara 2023, 415.

¹⁹⁴ *Aslanköylü*, 5510 Sayılı Kanun, 213; *Bulun Tokkaş*, 146; *Aslanköylü* 5510 sayılı kanun 213

¹⁹⁵ *Öner*, 247.

¹⁹⁶ *Öner*, 247.

¹⁹⁷ *Kalenderoğlu*, Mahmut: *Vergi hukuku -Türk Vergi Sistemi*, Güncellenmiş 18. Baskı, Ankara 2017, 148.

cesinin sağlanması 5510 sayılı Kanundan önce, genel kuralların dışında özel bazı hükümler çerçevesinde sağlanmaktaydı¹⁹⁸.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 186. maddesi 5510 sayılı Kanun m.106/12 ile yürürlükten kaldırılmadan önce avukatların topluluk sigortası hükümlerine göre sosyal güvencesini düzenlemekteydi. Buna göre, "188 inci maddede yazılı olanlar dışında kalan avukatların 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 86 ncı maddesinde gösterilen "Topluluk Sigortasına" girmeleri zorunludur. Ancak, bu zorunluluk (Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası) bakımından olup, (İş kazaları ve meslek hastalıkları), (Hastalık) ve (Analık) sigortalarına girmek avukatın isteğine bağlıdır.../... Topluluk Sigortasına tabi olan avukatlar hakkında bu kanundaki özel hükümlere aykırı olmamak kaydı ile, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 5.1.1961 gün ve 228 sayılı Kanun ve bu kanunların ek ve tadilleri hükümleri uygulanır.", (f.1, 2). Kanunun 188. maddesinde ise emekliliğe tabi bir görevde çalışanlar ile Emekli Sandığından emekli aylığı veya malullük aylığı almakta olanlar veya 506 sayılı Kanunun kapsamına girenler ile banka ya da sigorta sandıklarına tabi olanların topluluk sigortasına giremeyecekleri belirtilmekteydi. Yine Kanuna konulan bir hükümlerle, topluluk sigortası primlerini, topluluk sözleşmesinde gösterilen zamanda ödemeyen avukatların adlarının baro yönetim kurulunun kararıyla, birikmiş prim borcunu, sözleşmedeki şartlar dairesinde ödeyinceye kadar, baro levhasından silineceği ve durumun ilgili yerlere bildirileceği hükmü yer almaktaydı (AvK, m.190).

Topluluk sigortası ise 506 sayılı Kanunun 86. maddesinde düzenlenmişti. İsteğe bağlı sigortanın özel bir türü olan¹⁹⁹ topluluk sigortasında, topluluğu oluşturan bir dernek ya da meslek örgütü gibi bir kuruluşun Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurusu üzerine, topluluğu oluşturan kişilerin sosyal güvenliği Kurumca hazırlanmış olan tip sözleşmelerle sağlanmaktaydı. Bu yöndeki hükümlerle avukatların sosyal güvenliğinin sağlanmasının sebebi ise ülkemizde bağımsız çalışanları kapsamına alan Bağ-Kur Kanununun oldukça geç bir tarihte, ancak 1971 yılında çıkarılabildiği olmasıydı. Fakat 1971 yılında 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu çıkarıldığında da avukatlar Bağ-Kur Kanununun kapsamına alınmamış, 5510 sayılı Kanun çıkarılıncaya kadar topluluk sigortası uygulaması devam ettirilmiştir.²⁰⁰

Belirtelim ki, benzer düzenlemeler 1512 sayılı Noterlik Kanununda da yer almaktaydı. Noterlik Kanununun 201, 202 ve 203. maddelerinde topluluk sigortasına girme zorunluluğu, topluluk sigortasına girmesi gerekmeyen no-

¹⁹⁸ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. *Caniklioğlu*, Nurşen: 5510 Sayılı Kanuna Göre Bağımsız Çalışan Avukatların Sosyal Güvenliği, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2010, 958-961; *Seçkin İhsan*: Bağımsız Çalışan Avukatların Sosyal Güvenlik Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2016, 37 vd.

¹⁹⁹ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 192; *Araslı*, Utkan: Avukatlar ve Sosyal Güvenlikleri, TBB Dergisi, S. 53, 2004, 296; *Caniklioğlu*, Avukatların Sosyal Güvenliği, 960.

²⁰⁰ *Caniklioğlu*, Avukatların Sosyal Güvenliği, 961.

terler ile topluluk sigortası yapılmasının usul ve esasları ve nihayet topluluk sigortası primlerini ödemeyenlerin durumu düzenlenmekteydi.

Yukarıda sözünü ettiğimiz tüm bu düzenlemelerin de gösterdiği gibi, avukatların ve noterlerin sosyal güvenliği 5510 sayılı Kanundan önceki dönemde 506 sayılı Kanununun 86. maddesi kapsamında uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu, kısa vadeli sigorta kolları açısından ise isteğe bağlı bir şekilde yerine getirilmekte²⁰¹, baroya kaydı bulunan serbest avukatlar bu düzenlemeler çerçevesinde 506 sayılı Kanunda öngörülen haklardan yararlanabilmekteydiler²⁰².

5510 sayılı Kanun ise topluluk sigortası uygulamasına son vermiştir. Bununla bağlantılı olarak Kanununun m.106/12 hükmü ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 186-188 ve 191. maddeleri; m.106/13 hükmü ile de 1512 sayılı Noterlik Kanununun 201-203. maddeleri yürürlükten kaldırılmış, topluluk sigortasına tabi olanların durumları da geç. m.6/5'e konulan bir hükümlerle düzenlenmiştir. Buna göre, "Bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun mülga 86 nci maddesine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından topluluk sigortasına devam edenler, bu Kanununun 4 üncü maddesi kapsamında durumları değerlendirilerek, durumlarına uyan bent kapsamında sigortalı sayılırlar. Bunların kendileri veya işverenleri tarafından verilmesi gereken belgeler en geç üç ay içinde Kuruma verilmek zorundadır". Yine 5510 sayılı Kanuna konulan bir başka hükümlerle, topluluk sigortasına ödenen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri ile genel sağlık sigortası primlerinin 5510 sayılı Kanuna göre ödenmiş sayılacağı, bu sürelerin yatırıldıkları sigorta kolları bakımından başlangıç süresi ve prim ödeme gün sayısı olarak kabul edileceği belirtilmiştir (geç. m.6/4).

5510 sayılı Kanunda yapılan bu düzenlemeler sosyal güvenlikleri topluluk sigortası ile sağlanan avukatlar ve noterler açısından yeni bir dönemin başlangıcı olmuş, böylece bu kapsamdaki sigortalılar daha önce m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı iken şimdi m. 4/1, (b) bendine göre sigortalı olmuşlardır²⁰³. Ancak bize göre, 5510 sayılı Kanunda konuya ilişkin olarak geçiş hükümleri öngörülmemiş olması ise bir eksiklik olmuştur²⁰⁴.

²⁰¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. *Araslı*, 296-297; *Caniklioğlu*, Avukatların Sosyal Güvenliği, 958 vd.; *Seçkin*, 39 vd.; *Bulun Tokkaş*, 147.

²⁰² *Uşan*, M. Fatih: Avukat ve Noterlerin Sigortalılığı, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.4, S. 34, Haziran 2009, 139; *Seçkin*, 39; *Bulun Tokkaş*, 148.

²⁰³ *Caniklioğlu*, Avukatların Sosyal Güvenliği, 962.

²⁰⁴ *Caniklioğlu*, Avukatların Sosyal Güvenliği, 962 vd. Ayrıca konuya ilişkin olarak bkz. 2013/11 s.lı G., 1.12.

c) Gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı bulunanlar

aa) Genel kural

Yukarıda yaptığımız açıklamalar bağımsız çalışanların gelir vergisi mükellefi olması halinde m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olması sonucunu doğurmaktadır. Ancak kanun koyucu esnaf ve sanatkârlar için bu kurala bir istisna getirmiş ve gelir vergisinden muaf olmakla birlikte esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanları sigortalı saymıştır. Kanuna göre, “Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar” zorunlu olarak m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalıdırlar (m. 4/1, (b), 2).

5510 sayılı Kanun, bu konuda Bağ-Kur Kanununda 4956 s.lı K.’la yapılan değişiklik sonucunda getirilen, *esnaf ve sanatkârlar sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına usulüne uygun olarak kayıtlı olma koşulunu* terk etmiş, sadece esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olmayı yeterli saymıştır²⁰⁵.

Öte yandan, Kanuna oldukça önemli bir başka istisna hükmü daha getirilmiş ve kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan gelir vergisinden muaf olup²⁰⁶, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardan, aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenlerin sigortalı sayılmayacakları belirtilmiştir (m. 6/1, k)²⁰⁷.

bb) Gelir vergisinden muaf olmak

5510 sayılı Kanun m.4/1, (b), 2 alt bendi anlamında sigortalı olmak için öncelikle esnaf ve sanatkâr sayılan bir kişi olmak ve ayrıca gelir vergisinden muaf olmak gerekmektedir. Kimlerin esnaf ve sanatkâr kapsamında olduğu ise 7.6.2005 tarih ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu’nda tanımlanmıştır. Buna göre, “*Esnaf ve sanatkâr: İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri*” ifade eder, (m.3/1, a).

²⁰⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 108; 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu döneminde Yargıtay, sicil kaydı olmaksızın yapılan oda kayıtlarının geçersiz olduğunu ve ilgilinin zorunlu Bağ-Kur’lu sayılmayacağını, belli bir dönem prim ödenmiş olmasının da sonucu değiştirmeyeceğini kabul etmekteydi, bkz. Yarg. 21. HD., 20.1.2003, 10765/37, İBD, C. 77, S. 3, Yıl 2003, 828-830. Ancak 5510 sayılı Kanunda sigortalı sayılmak için aranan koşullar farklı olduğu için 5510 sayılı Kanun döneminde bu kararların artık bir geçerliliği kalmamıştır.

²⁰⁶ Kimlerin gelir vergisinden muaf olduğu ve esnaf ve sanatkâr sayılma koşullarına ilişkin olarak bkz. Uşan, Sosyal Güvenlik, 90-91.

²⁰⁷ Bu konudaki açıklama ve eleştiri için bkz. aşağıda § 9, I, C, 10.

Esnaf ve sanatkârların tanımlandığı bir diğer madde ise Türk Ticaret Kanunu'nda almaktadır. Anılan Kanunun 15. maddesine göre; “İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır. Ancak, tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medenî Kanununun 950 nci maddesinin ikinci fıkrası hükümü bunlara da uygulanır”.

5362 sayılı Kanunda esnaf ve sanatkârlar tanımlanırken “basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler”den söz edilmektedir. Esnafların vergiden muafılığı ise 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun “Vergiden muaf esnaf” başlığı ile 9. maddesinde düzenlenmiştir.

Belirtelim ki 193 s.lı Kanun m.9'da birçok esnaf faaliyeti gelir vergisinden muaf tutulmuştur. Bunlardan bazılarını saymak gerekirse örneğin;

- Motorlu nakil vasıtaları kullanmamak şartı ile gezici olarak veya bir işyeri açmaksızın perakende ticaret ile iştigal edenler (sabit işyerinden satış yapanlar hariç) (m.9/1, 1);
- Bir işyeri açmaksızın gezici olarak ve doğrudan doğruya müstehlike iş²⁰⁸ yapan hallaç, kalaycı, lehimci, musluk tamircisi, çilingir, ayakkabı tamircisi, kundura boyacısı, berber, nalbant, fotoğrafçı, odun ve kömür kırıcısı, çamaşır yıkayıcısı ve hammallar gibi küçük sanat erbabı (m.9/1, 2);
- 193 sayılı Kanunun 47. maddesinde yazılı koşullara sahip olanlardan kendi ürettikleri ürünleri satanlara münhasır olmak üzere el dokuma işleri, bakır işlemeciliği, çini ve çömlek yapımı, sedef kakma ve ahşap oyma işleri, kaşıkçılık, bastonculuk, semercilik, yazmacılık, yorgancılık, keçecilik, lüle ve oltu taşı işçiliği, çarıkçılık, yemenicilik, oyacılık ve bunlar gibi geleneksel, kültürel, sanatsal değeri olan ve kaybolmaya yüz tutan meslek kollarında faaliyette bulunanlar (m.9/1, 8)

gelir vergisinden muaftırlar.

Aynı şekilde, 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca lisanssız yürütülebilecek faaliyetler kapsamında yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretimi amacıyla, sahibi oldukları veya kiraladıkları konutların çatı ve/veya cephelerinde kurdukları kurulu gücü azami 50 kW'a kadar (50 kW dâhil) olan (Kat maliklerince ana gayrimenkulün ortak elektrik enerjisi ihtiyacının karşılanması amacıyla kurulan dâhil) yalnızca bir üretim tesisinden üretilen elektrik enerjisinin ihtiyaç fazlasını

²⁰⁸ Müstehlike iş, herhangi bir aracı olmadan doğrudan doğruya tüketiciye hizmet olarak verilen işi ifade etmektedir, bkz. https://www.muhasabebenews.com/mustehlike-is-yapmak-nedir/#google_vignette.

son kaynak tedarik şirketine satanlar (Bu bendin uygulanmasında üçüncü fıkra hükmü dikkate alınmaz.) (m.9/1, 9) gelir vergisinden muaftırlar.

Bunun gibi, ayrı bir işyeri açmaksızın ve sanayi tipi veya seri üretim yapabilen makine ve alet kullanmaksızın oturdukları evlerde imal ettikleri malları internet ve benzeri elektronik ortamlar üzerinden satanlar da (m.9/1, 10) gelir vergisinden muaftırlar. Kanunda, Maliye Bakanlığınca kabul edilen ticaret ve sanat işleri ile iştigal edenlerin de gelir vergisinden muaf tutulacağı ifade edilmiştir (m.9/1, 11).

5510 sayılı Kanun uyarınca m.4/1, (b), 2 alt bendi uyarınca sigortalı olması için esnaf ve sanatkârın gelir vergisinden muaf olması yetmemekte, aynı zamanda esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı da olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu iki koşulun bir arada bulunması şart²⁰⁹ olduğu için aşağıda ikinci koşul üzerinde durulacaktır.

cc) Esnaf ve sanatkâr siciline kaydolmak

5362 sayılı Kanunda esnaf ve sanatkârların tescil edileceği sicil tanımlanmıştır. Buna göre, “Sicil: Bulunduğu il idari sınırları içerisinde çalışmak üzere birlik bünyesinde ayrı bir birim olarak kurulan Esnaf ve Sanatkâr Sicili Müdürlüğünü” ifade eder (m.3/1, m).

5362 sayılı Kanunun “Sicile kayıt mecburiyeti ve sicil işlemleri” başlığını taşıyan 68. maddeye göre ise, “Bu Kanun kapsamındaki esnaf ve sanatkârlar, yanlarında çalışanlar hariç, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren durumlarını otuz gün içinde bağlı buldukları sicile tescil ve Sicil Gazetesinde ilan ettirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğü yerine getirmediği tespit edilenler birlik tarafından ruhsat vermekle yetkili ilgili kurum ve kuruluşlara bildirilir. İlgili kurum ve kuruluşlar, sicil kaydı yapılan kadar bunların faaliyetlerini durdurur. Sicil ve oda tarafından, esnaf ve sanatkârlardan kayıt sırasında 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda öngörülen ustalık belgesi veya muadili belgeler istenmez.

Esnaf ve sanatkârların sicile kayıtlarında, kendilerinin vergi mükellefi ya da vergiden muaf olduklarının belgelenmesi istenir.

Esnaf ve sanatkârların meslekî faaliyette bulunabilmeleri ve ilgili odaya kaydedilmeleri için sicile kayıtları şarttır ve sicile her bir meslek için ayrı kayıt yapılması gereklidir. Sicile kaydı yapılan esnaf ve sanatkârların ilgili odaya kayıt için bilgilerinin gönderilmesi, sicil tarafından elektronik ortamda Bakanlık e-esnaf ve sanatkâr veri tabanında gerçekleştirilir. Esnaf ve sanatkârlar kayıt beyannamele- rindeki hususlarda meydana gelen değişiklikleri en geç otuz gün içinde sicile bildirmek zorundadırlar.

Esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşan-

²⁰⁹ Bulun Toktaş, 150.

lar kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayda zorlanamazlar. Ancak, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların kayıtları, sicil marifetiyle ticaret siciline aktarılır.

Tescili gerektiren olay veya işlemlerin tamamen veya kısmen sona ermesi veya ortadan kalkması halinde sicildeki kayıt ilgilinin talebi üzerine kısmen veya tamamen silinir”.

Öğretide, esnaf ve sanatkârların sigortalı sayılması için gereken sicile kayıt yapılmasının hem ispat hem de geçerlilik şartı olduğu ifade edilmektedir²¹⁰.

İLGİLİ YARGITAY KARARI:

(1) 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca vergiden muaf tutulan işlerden biriyle iştigal etmeme- m.4/1, (b), 2 uyarınca sigortalı olunmayacağı

YHGK'nın kararına konu bir olayda Yargıtay 10. HD yerel mahkemenin kararını “**17.04.2008 tarihli 5754 Sayılı Kanun ile değişik 5510 Sayılı Yasa'nın 4/b maddesinde hizmet aktine bağlı olmaksızın kendi adı ve hesabına bağımsız çalışanların sigortalılıkları için gelir vergisi mükellefi olma şartı getirilmiş ancak gelir vergisinden muaf olanlar için esnaf sicil kaydı yeterli görülmüştür.**

Mahkemece, davacının 5510 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden öncesine ilişkin Bağ-Kur sigortalılık süresinin tespitine ilişkin istemin reddine dair hükmü isabetli ise de, davacının isteminin, 01.10.2008 tarihinden sonrasını da kapsadığı değerlendirildiğinde; davacının, 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b bendi kapsamında sigortalılık süresinin tespitine yönelik bir irdeleme ve araştırma yapılmadan hüküm kurulması, eksik inceleme ve yanlışlı değerlendirme sonucudur” bozmuş, mahkeme kararında direnmiştir. **YHGK,**

“Davacı vekili; müvekkilinin 26.09.1997 tarihinde vergi kaydı ile şarküteri, bak-kaliye ve manav dükkânı açtığını, daha sonra aynı vergi sicil numarası ile toptan gıda işi yaptığını, Gaziantep Bakkallar Esnaf Odasına da kaydını yaptırdığını, 31.12.2009 tarihine kadar Bağ-Kur'lu ve Bağ-Kur mevzuatına göre çalışmasına rağmen Kurum tarafından müvekkilinin Bağ-Kur kaydının yapılmadığını ileri sürerek 26.09.1997 tarihinden başlamak üzere 31.12.2009 tarihine kadar Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekili; Kurum kayıtlarında davacının Bağ-Kur sigorta tesciline rastlanılmadığını, 1479 Sayılı Kanun uyarınca hizmet tespiti davası açılmayacağını, davacının 26.09.1997 tarihinden itibaren Bağ-Kur sigortalılığının tescilinin mümkün bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

²¹⁰ Bulun Toktaş, 154.

Mahkemece; davacının 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi uyarınca tescil kaydının olmadığı gibi tescil yerine geçen prim ödemesinin de bulunmadığı, vergiden muaf olduğu konusunda da bir iddia ve uyuşmazlık olmadığı, 26.09.1997-31.05.2006 ve 01.07.2006-30.12.2006 tarihleri arasında vergi kaydının bulunduğu, vergi kaydının 30.12.2006 tarihinden sonra devam etmediği, hal böyle olunca, davacının 5510 Sayılı Kanun'un Geçici 8. maddesi uyarınca 01.10.2008 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmadığı ve vergi kaydı da 30.12.2006 tarihinde sona erip devam etmediği için uyuşmazlık konusu dönemde sigortalı olmasının mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.../...

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda dosyadaki bilgilerin 01.10.2008 sonrası dönem yönünden de 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi uyarınca sigortalı olmadığına dair hüküm kurmaya elverişli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.../...

Diğer taraftan 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesinin 2. bendi uyarınca 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 9. maddesinde yer alan mesleki faaliyetleri nedeniyle gelir vergisinden muaf olup 5362 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu hükümleri uyarınca Esnaf ve Sanatkar Siciline kayıtlı olanlar 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi kapsamında sigortalı sayılmışlardır (T. A. Can/ Ekmekçi Ö: Sosyal Güvenlik Hukuk Dersleri, 19. Baskı, İstanbul 2017, s.309).../...

Görüldüğü üzere 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesinin 2. bendi uyarınca sigortalı sayılabilmesi için yukarıda 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 9. maddesinde belirtilen işlerden biriyle iştigal etmek gerekmektedir.

Eldeki davada, davacı ... vekili dava dilekçesinde davacının 26.09.1197 tarihinde "45400903311" vergi sicil numarasıyla şarküteri, bakkaliye ve manav dükkanı açtığını, daha sonra aynı vergi sicil numarasıyla toptan gıda işi yaptığını iddia ettiği, davacıya ait vergi kayıtları incelendiğinde 26.09.1997-31.05.2006 ile 01.07.2006-30.12.2006 tarihleri arasında "belli bir mala tahsis edilmemiş mağazalarda gıda dondurulmamış içecek ve tütün toptan ticareti" meslek adı ile Şehitkamil Vergi Dairesi'nde vergi kaydının bulunduğu, 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden sonra ise herhangi bir vergi kaydının olmadığı görülmektedir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacının 5510 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.10.2008 sonrasında herhangi bir vergi kaydının bulunmadığı, davacının şarküteri, bakkaliye ve manav dükkanı, sonrasında da toptan gıda işi yaptığı iddiası ve vergi kaydında da meslek adı olarak "belli bir mala tahsis edilmemiş mağazalarda gıda dondurulmamış içecek ve tütün toptan ticareti" belirtildiği dikkate alındığında, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca vergiden muaf tutulan işlerden biriyle iştigal etmediğinin de

sabit olduğu anlaşılmaktadır. Sonuç itibariyle davacının 01.10.2008 sonrası vergi mükellefi olmaması ve vergiden muaf tutulan bir işle de iş-tigal etmemesi nedeniyle 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi uyarınca sigortalı olması mümkün değildir.", (YHGK, 18.6.2019, E. 2015/10-3893, K. 2019/692).

d) Şirket ortağı olanlar

aa) Genel kural

5510 sayılı Kanuna göre anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m. 4/1, b, 3).

Görüldüğü üzere bu kapsamda sigortalı sayılanları Kanun iki grupta toplamış; diğer şirketler ve donatma iştiraki olarak gruplandığı, kolektif şirket, limited şirket, adi komandit şirket ve adi şirket ile donatma iştirakinin tüm ortaklarını sigortalı saymış, buna karşılık anonim şirket ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin ortaklarının tamamını kapsamına almamış, anonim şirketin ortaklarının aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmasını aramış, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin ise sadece komandite ortaklarını kapsamına almıştır. Aşağıda şirket ortaklarının sigortalılığı Kanundaki bu farklılıklara da dikkat çekilmek suretiyle ele alınacaktır. Bu yapılırken de şirket ortaklarının sigortalılığın Kanundaki sıralamaya sadık kalınarak incelenecektir.

bb) Anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olan ortakları

5510 sayılı Kanun anonim şirketin ortaklarının zorunlu sigortalılığı açısından 1479 sayılı Kanundan daha farklı bir esas benimsemiştir²¹¹. Gerçekten, Bağ-Kur Kanununda anonim şirketin *kurucu ortakları* ile *yönetim kurulu üyesi ortakları* zorunlu sigortalı sayılırken (mülga 1479 s.lı K. m.24/1, g) 5510 sayılı Kanun "kurucu" ortakları zorunlu sigortalı saymamış, sadece anonim şirketin yönetim kurulu üyesi ortaklarını m. 4/1, (b) bendi kapsamında zorunlu sigortalı saymıştır²¹². Daha önce kurucu ortak olduğu için sigortalı sayılanlar açısından da Kanunda geçici 22. maddeye yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre, "Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendinde belirtilen anonim şirketlerin kurucu ortaklarından daha önce 1479 sayılı Kanunun 24 üncü maddesine tabi olarak sigortalı olanlardan sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin bu maddenin yürürlük tarihinden iti-

²¹¹ 5510 sayılı Kanuna göre anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sigortalılığı konusunda bkz. Ayan, Zehra: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sosyal Güvenliği, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S. 9, Mart 2008, 144 vd.

²¹² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 109; Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 301; Sözer, Sosyal Sigortalar, 87; Arıcı, 246; Bulun Tokkaş, 160.

baren altı ay içinde yazılı talepte bulunmaları halinde sigortalılıkları aynen devam ettirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanların sigortalılıkları ise bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla sona erer". Dolayısıyla bu imkândan yararlanma süresi sona ermiştir.

5510 sayılı Kanunda hem ortak olma hem de aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olma koşulu arandığı için bu koşullardan sadece birine sahip olmak bu bent kapsamında sigortalı olmak için yeterli olmayacaktır. Bunun sonucunda da anonim şirkette sadece ortak olan kişinin bu bent uyarınca m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olması mümkün değildir²¹³. Aynı şekilde sadece yönetim kurulu üyeliği de bu bent kapsamında sigortalılık ilişkisi yaratmayacağı gibi diğer bentler uyarınca da bir sigortalılık ilişkisi yaratmayacaktır.

İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

(1) Anonim şirket ortağının sigortalılığı açısından şirket ile arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi gerekliliği- Kanundaki sigortalılık koşullarının araştırılarak sonuca ulaşması gerektiği YHGK'nun Anonim şirket ortaklarına ilişkin olarak verdiği bir kararara göre; "10. Görüldüğü üzere 1479 Sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca sigortalı sayılan anonim şirketlerin kurucu ortakları 5510 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilen sigortalı sayılanlar arasında yer almamıştır.

11. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 53. maddesinin ikinci fıkrasında "4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemezler." hükmüne yer verilmiştir.

12. **Anonim şirket ortağının şirkette yürüttüğü işler dolayısıyla 506 Sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı sayılabilmesi için şirketin hangi işinde ne kadar süre ve ne şekilde çalıştığıнын, buna dair bir karar bulunup bulunmadığının özellikle hizmet akdinin koşullarından olan bağımlılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin, şirket ortağının kimin buyruğunda ve kimden talimat alarak çalıştığıнын titizlikle araştırılıp incelenmesi ve açıklığa kavuşturulması gerekir. Ayrıca şirket ortaklığının yüklediği görev ve sorumluluğun dışında mesleki yönden özel ihtisas ve tecrübe gerektiren bir işi üstlenilmiş ise bu taktirde 506 Sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı olunabileceğinin kabulü gerekecektir.**

13. **Şirket ortağının şirkette yürüttüğü iş, şirket ortaklığının yüklediği işlerin yürütülmesine yönelik ise bu taktirde aradaki hukuki ilişki vekâlet akdine dayandığından şirket işlerini görmekten dolayı 1479 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı olunması zorunlu olduğundan aynı**

²¹³ Sözer, Sosyal Sigortalar, 87; Bulun Toktaş, 160.

faaliyet dolayısıyla ayrıca 506 Sayılı Kanun kapsamında sigortalılıktan söz edilmesi mümkün değildir.

14. Öte yandan 01.10.2008 tarihinden sonraki dönem yönünden ise 5510 Sayılı Kanun'un geçici 22. maddesinde "Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendinde belirtilen anonim şirketlerin kurucu ortaklarından daha önce 1479 Sayılı Kanun'un 24. maddesine tabi olarak sigortalı olanlardan sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde yazılı talepte bulunmaları halinde sigortalılıkları aynen devam ettirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanların sigortalılıkları ise bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla sona erer." hükmü düzenlenmiş olup sigortalılığı devam ettirme hususunda yazılı talep aranmaktadır.

15. Somut olayda 08.11.1996 tarihinden itibaren davalı anonim şirketin kurucu ortağı ve yönetim kurulu üyesi olan davacının 11.12.1996-31.01.2015 tarihleri arasında davalı şirkete ait 1092311 sicil numaralı işyerinden 506 Sayılı Kanun kapsamında sigortalılık bildirimini bulunduğu, 02.02.2015 tarihli yaşlılık aylığı tahsis talebinin davalı Kurum tarafından 506 Sayılı Kanun/5510 Sayılı Kanun 4/1-a kapsamında yapılan bildirimlerinin iptal edilmesi nedeniyle reddi üzerine eldeki davanın açıldığı anlaşılmıştır.../...

17. Şu hâlde yukarıda yapılan açıklamalara göre; 11.12.1996-01.10.2008 dönemi yönünden 1479 Sayılı Kanun'un 24. maddesinde yer alan anonim şirketin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının Bağ-Kur sigortalısı sayılacağına ilişkin düzenleme karşısında anılan tarihler arasında davalı anonim şirketin kurucu ortağı ve aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan davacının şirkette yürüttüğü işler dolayısıyla 506 Sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı sayılabilmesi için şirketin hangi işinde ne kadar süre ve ne şekilde çalıştığı, bu yönde alınmış bir karar bulunup bulunmadığı, hizmet akdinin koşullarından olan bağımlılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği ve şirket ortağının kimden talimat alarak çalıştığı araştırılması gerekmektedir. İlk derece mahkemesince yapılan yargılamada bilgisine başvurulmuş tanıkların beyanları davacı ile ortağı olduğu şirket arasında hizmet akdi bulunup bulunmadığı konusunda bozma kararında belirtilen hususları açıklığa kavuşturacak nitelikte değildir. **Şayet davacının esas işi şirket ortaklığının kendisine yüklediği işlerin yürütülmesine yönelik ise bu taktirde şirketle davacı arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet akdine dayandığı gözetilerek 1479 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı olmasının zorunlu olduğu ancak davacı şirket ortaklığının yüklediği görev ve sorumluluğun dışında kalan, mesleki yönden özel ihtisas ve tecrübeyi gerektiren bir işi üstlenmiş ise bu taktirde 506 Sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı olarak bildirilen sürelerin geçerli olduğu dikkate alınarak; 01.10.2008 tarihinden sonraki dönem yönünden ise 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesinde anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının sigortalılığının düzenlendiği gözetilerek 5510 Sayılı Kanun'un geçici 22. maddesinde yer alan hüküm gereği**

01.10.2008 tarihinden sonra aranılan süre içerisinde yazılı talepte bulunup bulunmadığı araştırılarak yapılan araştırma neticesinde 5510 Sayılı Kanun'un 53. maddenin ikinci fıkrası da göz önünde bulundurulup yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmelidir" (YHGK, 26.4.2023, E. 2022/1065, K. 2023/361).

(2) Anonim şirket- 1479 sayılı Kanun dönemi- sigortalılık için varlığı zorunlu ve asli unsur olan anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyesi olma şartlarını taşımadığı- sigortalı sayılmayacağı

YHGK'na göre;

"10. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 07.11.2019 tarihli ve 2017/5961 E., 2019/8273 K. sayılı kararı ile; "... 30.6.1997 tarihli giriş bildirgesiyle Anonim Şirket ortaklığına dayalı olarak 10.9.1992 tarihi itibarıyla 1479 sayılı Yasa kapsamında sigortalılık tescili yapılan **davacının, bilahare celbedilen ticaret sicil kayıtlarından, sigortaya esas ortaklık kaydında kurucu ortak veya yönetim kurulu üyeliğinin bulunmadığı, sadece ortağı olduğu anlaşılması üzerine sigortalılık kaydı tümüyle geçersiz sayılması üzerine eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır.**

Davanın yasal dayanağı olan ve 01.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1479 sayılı Kanununun 24. ve 25. maddelerinde kendi adına ve hesabına çalışanlar olarak nitelendirilen bağımsız çalışanlardan kanunla kurulu meslek kuruluşlarına yazılı olan gerçek kişiler ve tüzel kişilerden limited şirketlerin ortakları zorunlu sigortalı sayılmış iken, anılan maddelerde **2229 sayılı Kanun ile yapılan ve 04.05.1979 günü yürürlüğe giren değişiklik ile** meslek kuruluş kaydı zorunluluğu kaldırılarak, kendi adına ve hesabına çalışma olgusu sigortalılık niteliğini kazanmak için yeterli kabul edilmiş, limited şirket ortakları yanında **anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortakları da kapsama alınmıştır.** Daha sonra, 20.04.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 sayılı Kanunla değişik 1479 sayılı Kanununun 24. maddesinin (1) numaralı bendinin (a) ve (h) fıkralarında, diğer sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların zorunlu sigortalı kabul edilebilmesi için, esnaf ve sanatkârlar gibi ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya götürü usulde gelir vergisi yükümlüsü olanlar yönünden vergi kaydı, gelir vergisinden bağışık olanlar yönünden kanunla kurulu meslek kuruluşlarına usulüne uygun olarak kayıtlı bulunma koşulu getirilmiş; anılan madde 22.03.1985 günü yürürlüğe giren 3165 sayılı Kanunla bir kez daha değiştirilip kapsam genişletilerek, gerçek veya götürü usulde gelir vergisi yükümlüsü olanlar (vergi kaydı bulunanlar) veya esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı bulunanlar ya da kanunla kurulu meslek kuruluşunda usulüne uygun kaydı olanlar zorunlu sigortalı olarak kabul edilmiş, bu düzenleme 4956 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 02.08.2003 tarihine kadar geçerliliğini korumuştur. 4956 sayılı Kanununun 14. maddesiyle değiştirilen hükümle 02.08.2003 gününden

itibaren zorunlu sigortalılık kapsamına yalnızca, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi yükümlüsü olanlar alınmış, gelir vergisinden bağışık tutulanlar yönünden ise esnaf ve sanatkâr sicili ile birlikte aynı zamanda kanunla kurulu meslek kuruluşuna yöntemince kayıtlı bulunma koşulları getirilmiştir. Son olarak 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, zorunlu sigortalılık için gelir vergisi yükümlüsü olma şartı korunup, gelir vergisinden bağışık tutulanlar için ise esnaf ve sanatkâr siciline kayıt zorunluluğu aranmış, ayrıca, anonim şirketlerin kurucu ortakları kapsamdan çıkarılmıştır.

Kural olarak, 1479 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklikler, değişiklikten önceki madde hükümlerinin öngördüğü koşullara sahip sigortalıların sigortalılıklarını sonlandırıcı etkiye sahip olmayıp, bu kişilerin sigortalılık nitelikleri geçerliliklerini korumaktadır ve anılan düzenlemeler, yürürlük tarihinden itibaren sigortalılık niteliği kazananlar yönünden kayıt ve koşullar içermektedir. Başka bir anlatımla, yeni düzenlemeler, değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihlerden sonra ilk kez kayıt ve tescil edilecekler için uygulanmalıdır ki, buna aykırı bir düşünce, yasaca ve hukukça kabulü olanaksız olan kazanılmış hakları ortadan kaldırmak niteliğindedir.

Somut olayda; davacının sigortalılık talep ettiği dönemde ... Tekstil San A.Ş. kurucu ortağı ile yönetim kurulu üyesi olmadığı, yukarıdaki yasal düzenlemeler ve açıklamalar ışığı altında davacının 1479 sayılı Kanununun 24. 25. maddeleri kapsamında sigortalılığının başlangıçtan itibaren mümkün bulunmadığı dikkate alındığında davacının af kapsamında prim ödemesi nedeniyle Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yararlanma imkanı bulunmamakta olup davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun kabulüne ilişkin kararı bozulmalıdır..." **gerekçesiyle karar bozulmuştur.**

Direnme Kararı

11. ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin 17.06.2020 tarihli ve 2020/182 E., 2020/510 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçe tekrar edilip Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2016/18467 E., 2018/80 K. sayılı kararına yer verildikten sonra ilaveten 1479 sayılı Kanun'un 55 . maddesinde öngörülen yersiz ve yanlış alınan primlerin iadesine ilişkin 10 yıllık hak düşürücü sürenin dolduğu, bu nedenle davacıya ödediği primlerin iadesinin mümkün olmadığı gözetildiğinde mağduriyetinin önüne geçilmesi açısından da davacının 10.09.1992-01.06.1997 tarihleri arasındaki sürede 1479 sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı sayılması gerektiği, nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 08.06.2020 tarihli ve 2019/3766 E., 2020/2132 K. sayılı kararı ile onanan Dairenin 18.04.2019 tarihli ve 2018/451 E., 2019/667 K. sayılı kararında da aynı görüşün benimsendiği, bu nedenle bu yöne ilişkin bozmaya direnilmesi gerektiği belirtilerek direnme kararı verilmiştir

Direnme Kararının Temyizi:

12. *Direnme kararı süresi içinde davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmiştir.*

II. UYUŞMAZLIK

13. *Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının 1479 sayılı Kanun'a tâbi zorunlu sigortalılık için gerekli olan anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyesi olma koşulunu taşımadığı konusunda Özel Daire ile Bölge Adliye Mahkemesi arasında ihtilaf bulunmayan eldeki davada, bu dönem primlerini 4247 sayılı Kanun hükümleri gereğince 1997 yılında ödeyen davacının sigortalılığının davalı Kurumca primlerin tahsilinden uzunca bir süre sonra iptal edilmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine aykırılık teşkil edip etmediği; buradan varılacak sonuca göre davacının 10.09.1992-01.06.1997 tarihleri arasında 1479 sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.../...*

23. *Yeri gelmişken uyuşmazlıkla ilgisi nedeniyle 16.05.1997 tarihinde yürürlüğe giren 4247 sayılı Kanun hükümleri incelenmelidir.*

24. *Uygulamada af kanunu olarak adlandırılan 4247 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında, 1479 sayılı Kanun'a göre prim, gecikme zammı ve faiz borcu bulunan sigortalılar ile ölen borçlu sigortalıların hak sahiplerinin 31 Aralık 1996 tarihine kadar tahakkuk etmiş bulunan prim borçlarının tamamını ve bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadarki gecikme zammı ve faizlerinin %50'sini bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihi takip eden aybaşından itibaren on ay içinde eşit taksitler hâlinde ödedikleri takdirde söz konusu Kurum alacaklarının bakiyesi olan gecikme zammı ve faiz borçlarının terkin edileceği, bu fıkra hükmüne göre ödeme yapanların birikmiş prim borçlarına ödeme dönemi içinde ayrıca gecikme zammı uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.*

25. *Ayrıca vurgulanmalıdır ki Hukuk Genel Kurulunun 05.10.2022 tarihli ve 2022/10-520 E., 2022/1264 K., 02.04.2019 tarihli ve 2015/21-555 E., 2019/384 K. ile 13.10.2010 tarihli ve 2010/21-425 E., 2010/495 K. sayılı kararlarında da belirtildiği üzere 1479 sayılı Kanun'un 79. maddesinde düzenlenen isteğe bağlı sigortalılığın geçerliliği için Kuruma talepte bulunmak ve sigortalılık süresine ilişkin primleri ödemek gerekmekte olup yerleşik uygulama uyarınca talebe konu dönem içinde yapılmayan geriye dönük toplu prim ödemelerinin isteğe bağlı sigortalılık iradesi ve primi ödenen sürelerin de isteğe bağlı sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.*

26. **Somut olayda 10.09.1974 doğum tarihli olan davacının 20.05.1985 tarihinde tescil edilen dava dışı ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketine 03.08.1988 tarihinde ortak olarak girdiği, 21.05.2001 tarihinde hissesini devrettiği, yönetim kurulu üyesi olmadığı, 04.08.2003 tarihinde şirket yönetim kurulu üyeliğine seçildiği ayrıca 5434 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olduğu, 30.06.1997 tarihli Bağ-Kura giriş bildirgesine istinaden 10.09.1992-01.06.1997 tarihleri arasında 1479 sayılı Kanun sigortalısı**

olarak tescilinin yapıldığı, ilk prim ödemesinin 30.06.1997 tarihinde gerçekleştiği, **4247 sayılı Kanun'dan yararlanarak prim borçlarını ödediği, davacının 18.09.2013 tarihli dilekçesi ile Bağ-Kur hizmetlerinin Emekli Sandığına tâbi hizmetleri ile birleştirilmesini talep etmesi üzerine davalı Kurumun 27.09.2013 tarihli cevabi yazısında istek konusu dönemde anonim şirket kurucu ortağı ya da yönetim kurulu üyesi olmadığından sigortalı kabul edilmesinin mümkün olmadığı, 30.06.1997 tarihinde başlayan prim ödemeleri nedeniyle 01.06.1997 tarihi itibarıyla 1479 sayılı Kanun kapsamında isteğe bağlı sigortalılığının başlatılarak Emekli Sandığına kesenek ödemeye başladığı 14.11.1999 tarihine kadar sigortalı kabul edildiği, 04.08.2003 tarihinde yönetim kurulu üyeliğine atanması sebebiyle Emekli Sandığına tâbi hizmetlerinin sona erdiği 15.03.2004 tarihinde sigortalılığının tekrar başlatılarak 5434 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başladığı 14.06.2004 tarihine kadar devam ettirildiğinin bildirildiği, davacının uyuşmazlık konusu dönemde sigortalı kabul edilmemesi nedeniyle eldeki davayı açtığı anlaşılmıştır.**

27. İlk Derece Mahkemesince yapılan yargılamada toplanan delillerden esnaf sicil ve vergi mükellefiyet kayıtlarının bulunmadığı tespit edilmiştir.

28. Şu hâlde yukarıda değinilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalara göre; uyuşmazlık konusu dönemde yürürlükte bulunan 1479 sayılı Kanun'un 3165 sayılı Kanun ile değişik **24. ve 25. maddeleri uyarınca sigortalılık için varlığı zorunlu ve asli unsur olan anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyesi olma şartlarını taşımadığı, vergi, esnaf sicili ve meslek kuruluş kayıtlarının da bulunmadığı anlaşılan davacının 30.06.1997 tarihli Bağ-Kur'a giriş bildirgesi kapsamında tescil edilen 10.09.1992-01.06.1997 tarihleri arasındaki sigortalılığı başlangıçtan itibaren geçersiz olup bu nedenle primlerini 4247 sayılı Kanun'dan yararlanarak ödemiş olsa dahi Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanması mümkün olmayıp davanın reddi gerekmektedir.**

29. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 22.10.2014 tarihli ve 2013/21-2054 E., 2014/815 K. ile 24.06.2021 tarihli ve 2018/ (21)10-253 E., 2021/849 K. sayılı kararları da aynı yöndedir.

30. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki hükümde direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır”, (YHGK, 21.12.2022, E. 2021/10-999, K. 2022/1815).

cc) Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin komandite ortakları

5510 sayılı Kanun sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin ortaklarının tamamını sigortalı saymamış, bunlardan sadece komandite ortakları sigortalı olarak kabul etmiştir. 5510 sayılı Kanunda yapılan bu ayırımın teme-

lini komandit şirket ortaklarının özelliklerinde aramak gerekir. Bunun için de öncelikle komandit şirket hakkında açıklamalarda bulunulmalıdır.

Türk Ticaret Kanununa göre, “Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan, şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya birkaçının sorumluluğu sınırlandırılmamış ve diğer ortak veya ortakların sorumluluğu belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış olan şirket komandit şirkettir” (m.304/1). Sorumluluğu sınırlı olmayan ortaklara komandite, sorumluluğu sınırlı olanlara komanditer denir (TTK, m.304/2). Türk Ticaret Kanununa göre, komandite ortakların gerçek kişi olmaları gerekirken, tüzel kişiler ancak komanditer ortak olabilirler (m.304/3).

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ise, sermayesi paylara bölünen ve ortaklarından bir veya birkaçı şirket alacaklılarına karşı bir kolektif şirket ortağı, diğerleri bir anonim şirket pay sahibi gibi sorumlu olan şirkettir (m.564).

Görüldüğü gibi *komandite ortaklar* şahıs şirketleri gibi şirket borçlarından dolayı şirket alacaklılarına karşı *sınırsız sorumlu iken, komanditer ortaklar* şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri *sermaye payı ile sınırlı sorumludurlar*²¹⁴. Kanun koyucu bu ayrımı esas alarak komandite ortakları sigortalı sayarken komanditer ortakları sigortalı saymamıştır²¹⁵. Şüphesiz komanditer ortaklar sosyal sigorta ilişkisi yaratan başka bir faaliyeti sebebiyle sigortalı olabilecektir²¹⁶, ancak komanditer ortaklığı sebebiyle zorunlu sigortalı olmayacaktır.

dd) Kolektif şirketin tüm ortakları

5510 sayılı Kanun m.4/1, b, 3 numaralı alt bendinde, anonim şirket ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete ilişkin özel hükümler öngörülükten sonra diğer şirketlerin tüm ortaklarının m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olacağını belirtilmiştir. Böylece dolaylı olarak kolektif şirket ile limited şirket ve adi şirketin tüm ortaklarının zorunlu olarak m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılmıştır.

Türk Ticaret Kanununa göre kolektif şirket, ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla, gerçek kişiler arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirinin sorumluluğu şirket alacaklılarına karşı sınırlanmamış olan şirkettir (m.211). TTK'ya göre, ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme

²¹⁴ Bilgeç, Hakan: Kolektif Şirket, Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, 1. Baskı, (Ed. Kemal Şenocak), Ankara 2023, 932; Kayar, İsmail: Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2018, 323; Çelik, Aytekin: Ticaret Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2023, 46; ayrıca bkz. Sözer, Sosyal Sigortalar, 87; Arıcı, 247; Bulun Tokkaş, 161-162.

²¹⁵ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 109; Sözer, Sosyal Sigortalar, 87; Arıcı, 247; Bulun Tokkaş, 162-163; Hükmün eleştirisi için bkz. Karaman, Mehmet Halis: Şirket Ortaklarının Sosyal Sigorta Statüleri Yönünden Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Madde 4 ve 53 Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, C. 17, S. 67, Y. 2020, 1130-1131.

²¹⁶ Bulun Tokkaş, 163.

hakkını ve görevini haizdir. Ancak, şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir (m.218/1).

5510 sayılı Kanunda bu kişiler açısından sosyal sigorta ilişkisi *ortaklık sıfatının* bir sonucu olduğu için ortağın şirketi yönetmesi ya da yönetmemesinin bir önemi bulunmamaktadır²¹⁷. Bu kapsamdaki kişinin zorunlu sigortalı sayılması için ortak olması gerekli ve yeterlidir.

İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

(1) Soyut düzeydeki ortaklık kaydı yeterli olmayıp, esas itibariyle kendi nam ve hesabına faaliyet sürmekte olmanın gerekliliği

Yargıtay 10. HD'ye göre; “Davacının 20.04.1982 tarihi itibariyle, 25.01.1982 tarihli vergi kaydına istinaden 1479 sayılı Kanun kapsamına alındığı, ilgili giriş bildirgesinden anlaşılmaktadır. Aynı bildirmede, yine 25.01.1982 tarihinde davacının Dinamik Matbaa Basım ve Ambalaj Sanayi Kollektif Şirketine ortak olarak girdiği belirtilmiştir. Davacının bu ortaklığı 23 Haziran 1986 tarihli, İstanbul Asliye Ticaret Sicil Memurluğunca tanzim edilen belge ile de sabittir.

Davanın yasal dayanaklarından olan 1479 sayılı Kanun’un 24/I, b hükmüne göre, Kollektif Şirket ortakları Bağ-Kur zorunlu sigortalısı sayılacaklardır. Ancak soyut düzeydeki ortaklık kaydı yeterli olmayıp, esas itibariyle kendi nam ve hesabına faaliyet sürmekte olmanın gerekliliği de anılan maddede açıkça düzenlenmiştir.

Nizaya konu dönemde, (05.09.1986-01.10.1996 tarihleri arasında) davacının; adı geçen Kollektif Şirket ortaklığının devam edip etmediği, bu ortaklık sebebiyle vergi kaydının olup olmadığı, ortaklığın devamı halinde ise geçimini temin edecek emeğini buraya hasredip etmediği, dolaşısıyla davacı ile şirket arasındaki ilişkinin boyutu yöntemince araştırılmalı, varılacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

Mahkemece, belirtilen maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı olduğu şekilde eksik inceleme sonucu hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır” (Yarg. 10 HD., 3.3.2005, E. 2004/11970, K. 2005/2092).

(2) Kollektif şirkete sermayeye koymamış olmak- şahsi emeği ile ortak olması

Yargıtay 10 HD'ye göre;

²¹⁷ Bulun Tokkaş, 164.

“Davacının, eski tarihlerden başlayarak 10.1.1986`ya kadar süren Sosyal Sigortalar Kurumu`ndaki sigortalılığının 1.1.1980 - 31.12.1983 döneminin isteğe bağlı sigortalı olarak geçtiği tartışmasızdır.

Davacı, bu dönemde kolektif şirket ortağı ise de, Ticaret Sicili Gazetesi`nin dosyada yer alan sayısında yayımlanmış olan ortaklık sözleşmesinde davacının şirkete sermaye koymadığı, şahsi emeğiyle ortak olduğu, özellikle satış işlerinde çalışarak hizmet vereceği açıkça belirtilmiştir. Bu durumda, kolektif şirkette, davacının velev ki ortak dahi olsa hizmet aktiyle çalıştığı anlaşılmakta ve bu nedenle de 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu`nun 6 ncı maddesi hükmü gereğince zorunlu sigortalı sayılması gerekmektedir. **Davacının söz konusu dönemi isteğe bağlı sigortalı olarak değerlendirilmesi, anılan madde hükmünce kendiliğinden doğmuş olan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. Başka bir anlatımla, davacının isteğe bağlı sigortalı olması aleyhine sonuç yaratacak biçimde yok kabul edilmesi yasa hükmüne aykırıdır.**

Öte yandan 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu`nun 24/II-C maddesi hükmüne göre, sosyal güvenlik kurumlarından birine prim ödemekte olanlar adı geçen Kanun kapsamında sigortalı olarak kabul edilemez. Mahkemece açıklanan maddi ve hukuksal olgular ve davacının kesintisiz sigortalılığı göz önünde tutularak davacının sigortalılığının ihyası yönünde hüküm tesisi gerekirken yazılı biçimde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir”, (Yarg. 10 HD., 18.12.1987, E. 1987/7243, K. 1987/7247).

ee) Limited şirket ortakları

5510 sayılı Kanunda m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılan bir diğer kategori ise limited şirket ortaklarıdır. Yukarıda kolektif şirket ortaklarına ilişkin açıklamada bulunurken belirtildiği gibi esasında Kanunda limited şirket ortaklarından açıkça söz edilmemiş, ancak “diğer şirketlerin” tüm ortakları denilmek suretiyle limited şirket ortakları da kapsama alınmıştır. Zira Türk Ticaret Kanununda düzenlenen bir diğer şirket de limited şirkettir.

Türk Ticaret Kanununa göre; “*Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur* (m.573/1). Ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler (m.573/2). Görüldüğü üzere limited şirketin ortaklarının gerçek kişi olması mümkün olduğu gibi tüzel kişiler de limited şirkette ortak olabilirler. 5510 sayılı Kanun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sadece gerçek kişilerin sigortalı olacağına ise şüphe yoktur²¹⁸.

²¹⁸ Sözer, Sosyal Sigortalar, 88; Bulun Toktaş, 166.

İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

(1) Limited Şirket Ortağı- ortak olduğu şirkette m.4/1, (a)'lı olamayacağı

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“Davacının 29.05.2019 tarihinde aylıklı tahsis talebinde bulunduğu, Kurumun davacının 04.07.2006-20.02.2019 tarihleri arasında kendi şirketi olan **K. Prodüksiyon Müzik ve Yapım Yayın Dağıtım Pazarlama Reklam Tanıtım Sanayi Ticaret Ltd. Şti.’nin kurucu ortağı ve müdürü olması nedeniyle, kendisine ait şirketinde sigortalı çalışmayacağı gerekçeleriyle sigortalılık süresini iptal ettiği ve şartları taşımadığından aylık bağlamadığı, dava dışı K. Prodüksiyon Müzik ve Yapım Yayın Dağıtım Pazarlama Reklam Tanıtım Sanayi Ticaret Ltd. Şti. tarafından 27.09.2006 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal eden 01.09.2006 tarihli işe giriş bildirgesinin verildiği ve 04.07.2006-20.02.2019 tarihleri arasında bu işyerinden Kuruma hizmet bildirim yapıldığı, ticaret sicili kayıtlarından dava dışı K. Prodüksiyon ... Ltd. Şti.’nin 04.07.2006 tarihinde kurulduğu, davacının şirketin ortağı ve yöneticisi olduğu anlaşılmakta olup, önceki bozma ilamındaki ilkelere dayalı açıklamalı bozma kararına yanlış anlam yükletilmeksizin 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun Geçici 7. maddesi uyarınca davanın yasal dayanaklarından olan 1479 Sayılı Kanun’un 24/I-d maddesine göre, “Limited Şirketlerin Ortakları” Bağ-Kur sigortalısı sayıldığı yine 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren **5510 Sayılı Kanun’un 4/b-3. maddesine göre de “Limited Şirketlerin Ortakları” aynı kapsamda sigortalı sayıldığı, Aynı Kanun’un 53. maddesinde, “... 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemezler.” düzenlemesi karşısında davacının ortağı ve yöneticisi olduğu limited şirketten bildirilen 4/1-a kapsamında hizmetlerin geçersiz olduğu gözetilerek tahsis koşulları buna göre incelenip karar verilmesi gerekirken** yanlılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir”, (Yarg. 10 HD., 11.9.2023, E. 2023/2532, K. 2023/7935).**

(2) Ortağı olduğu şirketin ticari faaliyetinin bulunmaması- O dönemde Bağ-Kur sigortalısı kabul edilemeyeceği

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“Bölge Adliye Mahkemesi’nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararında “... 15.10.2004 tarihinde limited şirket ortağı olan davacının şirketin ticaret sicilinden resen silindiği 20.01.2014 tarihine kadar şirket ortaklığının devam etmesi nedeniyle, 6111 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik dikkate alınarak 28.02.2011 tarihine kadar 4/1-b sigortalılığının devam ettirildiği, son 1260 günlük hizmetinin 4/1-a kapsamında bulunmaması nedeniyle 01.09.2013 tarihinden itibaren 506 Sayılı Kanun kapsamında bağlanan aylığının iptal edilerek 5510 Sayılı Kanun’un 96. maddesi uyarınca iadesinin istenildiği, şirkete ait vergi yoklama

tutanaklarının getirtildiği, Yerköy Vergi Dairesi tarafından ... Özel Eğ. Ltd. Şti. nin işe başlama tarihinin 19.06.2003 işi terk tarihinin 30.04.2007 olduğu bildirilmiş olup yoklama tutanaklarında 21.06.2010 tarihi ve sonrasında ... Özel Eğ. Ltd. Şti.'nin adreste bulunmadığının tespit edilmesi karşısında, davacının 4/1-b sigortalılığının sona erdiği **18.01.2010 tarihinden sonra ortağı olduğu şirketin ticari faaliyetinin bulunmaması nedeniyle, bu dönemde Bağ-Kur sigortalısı olarak kabul edilemeyeceğinden 18.01.2010 ile 01.03.2011 tarihleri arasında 4/1-a kapsamındaki sigortalı hizmetlerinin ve yaşlılık aylığının iptaline ilişkin Kurum işleminin yerinde olmadığı gerekçeyle davanın kabulüne dair mahkemenin maddi vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı** gerekçeyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

...

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 Sayılı Kanun'un 370. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA", (Yarg. 10 HD., 25.1.2024, E. 2023/14194, K. 2024/633).

(3) Durdurulan sigortalılık süresi- sigortalı hizmetlerin birleştirilmesinde dikkate alınmayacağı

Yargıtay 10 HD'ye göre;

"Öte yandan, 23.04.2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6645 Sayılı Kanun'un 56. maddesiyle 5510 Sayılı Yasaya eklenen geçici 63. maddesinde "Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlarla tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, Kuruma kayıt ve tescilleri yapıldığı hâlde, bu maddenin yayımlandığı ayın sonu itibarıyla 12 ay ve daha fazla süreye ilişkin prim borcu bulunanların, bu sürelerle ilişkin prim borçlarını, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden ay başından itibaren üç ay içinde ödememeleri veya ilgili kanunları uyarınca yapılandırmamaları hâlinde, prim ödemesi bulunan sigortalıların daha önce ödedikleri primlerin tam olarak karşıladığı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalıların ise tescil tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulur. **Durdurulan süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyerek bunlara Kurum alacakları arasında yer verilmez.**" Aynı şekilde, 18.05.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7143 Sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 5510 Sayılı Yasaya eklenen geçici 76. maddesinde "**Köy ve mahalle muhtarları, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlarla tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, Kuruma kayıt ve tescilleri yapıldığı hâlde, 31/5/2018 tarihi itibarıyla prim borcu bulunanların, bu tarihten önceki sürelerle ilişkin prim borçlarını, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden ikinci ayın sonuna kadar ödememeleri veya ilgili Kanunları uyarınca yapılandırmamaları halinde, prim ödemesi bulunan sigortalıların daha önce ödedikleri primlerin tam olarak karşıladığı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalıların ise**

tescil tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulur. Durdurulan süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyerek bunlara Kurum alacakları arasında yer verilmez. Sigortalılıkları durdurulandan bu Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışmaya devam edenlerin sigortalılıkları 1/6/2018 tarihi itibarıyla yeniden başlatılır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıdaki yasal düzenlemeler ışığında dava değerlendirildiğinde, limited şirket ortağı olan davacı yönünden 01.09.2009-31.12.2013 tarihleri arası 4/b sigortalılığının kabulü isabetli ise de 5510 Sayılı Kanun’un geçici 63. ve 76. maddeleri hükümleri ile prim ödemesi olmayan dönem yönünden bağkur hizmetlerinin 2829 Sayılı kanun kapsamında birleştirmeye esas alınmayacağı hususu da gözetilerek varılacak sonuca göre karar verilmelidir” (Yarg. 10 HD., 28.3.2019, E. 2016/9267, K. 2019/2930).

(4) Ortağı bulunduğu limited şirkette gerçekleşen çalışmaların hizmet sözleşmesine değil, vekalet sözleşmesine dayalı olacağı, bu dönemlerde Bağ-Kur zorunlu sigortalısı sayılacağı

Yarg. 10 HD’ye göre;

Davacının, 1479 sayılı Yasa kapsamındaki şahsi sigortalılık dosyasından, bakkaliye işi nedeniyle 15.03.1985 - 10.02.1986 tarihleri arası vergi kaydı, 23.05.1985 - 24.03.1986 tarihleri arası Bafra Bakkallar Derneği kaydı, 24.01.1994 tarihinden itibaren M. Tekstil Ticaret Ltd. Şti. ortaklığının bulunduğu, anılan kayıtlar ve hizmet sözleşmesine dayalı sigortalılık durumuna göre, 15.03.1985 - 31.01.1988 ve 01.03.1994 - 24.01.2007 tarihleri arasında sigortalı sayıldığı anlaşılmıştır. Davacının, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (Devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu) kapsamındaki şahsi sicil dosyasından, 26.09.1980 - 26.05.1982 tarihleri arasındaki 600 günlük askerlik süresini borçlandığı, 01.03.1983 - 23.01.2007 tarihleri arası dönemlerde 6761 günlük primi ödenmiş sigorta süresinin bulunduğu, anılan hizmetlerden 11.03.1994 - 23.01.2007 tarihleri arasında kesintisiz olarak bildirilen primi ödenmiş sigortalılık süresinin geçtiği işyerinin, davacının da ortağı olduğu M. Tekstil Tic. ve San. Ltd. Şti. olduğu anlaşılmıştır.

1479 sayılı Yasa’nın 24/d maddesi hükmüne göre; limited şirket ortakları, Bağ-Kur zorunlu sigortalısıdır. Mahkemece, davacının, 1479 sayılı Yasa ve 506 sayılı Yasa kapsamındaki sigortalılıklarının dayanakları araştırılarak, ortağı bulunduğu limited şirkette gerçekleşen çalışmaların hizmet sözleşmesine değil, vekalet sözleşmesine dayalı olacağı, bu dönemlerde Bağ-Kur zorunlu sigortalısı sayılacağı esas alınıp, yaşlılık aylığı isteğinin de buna göre değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”, (Yarg. 10 HD., 10.2.2009, E. 2007/22918, K. 2009/1381).

(5) Limited şirketin ortağı olunan ve Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığı ile çakışan dönemde 1479 sayılı Yasa kapsamında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı kabul edilerek çözüme gidilmelidir

Yargıtay 10. HD'ye göre;

"1479 sayılı kanun 24. maddesi uyarınca limited şirket ortakları 1479 sayılı kanun kapsamında zorunlu sigortalı olup, Dairemizin yerleşmiş görüşlerine göre de, kural olarak limited şirket ortakları az sayıda olmaları nedeniyle kendi işini yapan kimse konumunda oldukları için 1479 sayılı Kanuna tabi zorunlu sigortalı sayılırlar. Başka bir deyişle bunların ortağı oldukları limited Şirketteki çalışmaları hizmet akdine göre değildir. Ancak, limited Şirket ortağı, başka işyerlerinde hizmet akdine göre çalışıyorsa bu takdirde baskın çalışma esas alınarak geçerlilik sigortalılık belirlenebilir. Dosya içinde mevcut delillerden, 13.01.1999 tarihinden itibaren çakışan sigortalı dönemlerde; işveren limited şirketin ortaklarından birisinin davacı olduğu, davacının kendi işini yapan kişi konumunda bulunması nedeniyle de çalışmasının hizmet akdine değil, vekalet akdine dayalı olduğu anlaşılmaktadır. **Mahkemece, davacı, işveren limited şirketin ortağı olduğu ve Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığı ile çakışan 13.01.1999-18.12.2001 tarihleri arasındaki dönemde 1479 sayılı Yasa kapsamında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı kabul edilerek uyumsuzluğun bu çerçevede çözümü gerekirken, yanılığlı değerlendirme ile baskın çalışma esas alınarak yazılı şekilde karar vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir**" (Yarg. 10 HD., 18.10.2005, E. 2005/6459, K. 2005/10589).

(6) Kendisinin ortağı olmadığı şirketler dışında Sosyal Sigortalar Kurumu'na tâbi zorunlu sigortalılık varsa, bu takdirde, mahkemenin baskın çalışmayı araştırması gerekir

Yargıtay 10 HD'ye göre;

"Davacı 1975 yılından itibaren süre gelen Sosyal Sigortalar Kurumu'na tâbi çeşitli işyerlerinde sigortalı olarak çalıştığını, Bağ-Kur kapsamına alınamayacağını iddia etmektedir. Bu durumda verilen karar Sosyal Sigortalar Kurumu'nun hak alanını ilgilendirdiğinden, yöntemince Sosyal Sigortalar Kurumu'na husumet yöneltilmesi gerekmektedir. Ayrıca, davacının bir kısım Sosyal Sigortalar Kurumu'na tabi çalışmaları yukarıda anılan şirketlerden B. Limited Şirketi'nde geçmişse, 1479 sayılı Kanun'un 24/I-d maddesine göre, Bağ-Kur sigortalılığı geçerli sayılmalıdır. Öte yandan, yukarıda ünvanları belirtilen A.Ş.'lerde geçmişse, 24/I-g maddesine göre, Anonim Şirketin kurucu ortağı ve yönetim kurulu üyesi konumunda ise; yine, Bağ-Kur sigortalısı sayılmalıdır. Bu konularda mahkeme hiçbir araştırma yapmamıştır. **Davacı kendisinin ortağı olmadığı şirketler dışında Sosyal Sigortalar Kurumu'na tâbi zorunlu sigortalılığı varsa, bu takdirde, mahkemenin baskın çalışmayı araştırıp, sonucuna göre karar vermesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir**", (Yarg. 10 HD., 4.3.2004, E. 2003/9845, K. 2004/1532).

(7) Davacının hangi tarih aralığında şirket ortağı olduğu hususu açıkça belirlenmelidir

Yarg. 10 HD'ye göre,

“1479 Sayılı Kanununun Ek 20/3. maddesinde öngörülen sosyal güvenlik destek primi borcunun kapsamının belirlenmesinde, **5510 Sayılı Kanunun 9. maddesi hükmü doğrultusunda, davacının ortağı olduğu limited şirketin ticaret sicil kayıtlarının ve giderek davacının şirketteki ortaklık dönemlerinin esas alınması gerekmekte olup**, Mahkemece, şirketin ticaret sicil kayıtları getirilerek, şirketin hangi tarihte feshedildiği, davacının hangi tarih aralığında şirket ortağı olduğu hususu açıkça belirlenip davacının ortak olduğu dönemlerde sosyal güvenlik destek primi borcu yükümlüsü olduğu gözetilerek, elde edilecek sonuca göre bir karar verilmelidir. Mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu, şirketin vergi kayıtları esas alınarak, karar verilmesi, yasaya aykırı olup bozma nedenidir” (Yarg. 10 HD., 7.4.2016, E. 2015/822, K. 2016/5088).

(8) limited şirket- vergi kaydının kapanması –şirketin sona erdiğini göstermeyeceği sigortalılığın devam ettiği- sosyal güvenlik destek primi kesilmesi gerektiği

Yargıtay HGK'na göre;

“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 636'ncı maddesinde sona erme sebepleri ve sona ermenin sonuçları gösterilmiş olup, bunlar;

“(1) Limited şirket aşağıdaki hâllerde sona erer: a) Şirket sözleşmesinde öngörülen sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle, b) Genel kurul kararı ile, c) İflasın açılması ile, d) Kanunda öngörülen diğer sona erme hâllerinde, (2) Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, ortaklardan veya şirket alacaklılarından birinin şirketin feshini istemesi üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, müdürleri dinleyerek şirketin, durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler, buna rağmen durum düzeltilmezse, şirketin feshine karar verir, (3) Haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkemeden şirketin feshini isteyebilir. Mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir, (4) Fesih davası açıldığında mahkeme taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir, (5) Sona ermenin sonuçlarına anonim şirketlere dair hükümler uygulanır.”

şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu limited şirketin sona erme hâlleri arasında vergi kaydının kapanmasına dair bir ifade bulunmamaktadır. Türk Ticaret Kanunundaki düzenlemeden vergi dairesinden alınan vergi kaydının kapandığına dair belgenin limited şirketin mevcudiyeti üzerinde etkili olmayacağı, sadece vergi mükellefiyetinin devam etmediğini belirten bir uygulama olarak kabul edilebileceği, ancak Türk Ticaret Kanununun 636'ncı maddesinde belirtilen hâllerden birinin

varlığı hâlinde şirketin sona ereceği ve 637'nci maddesi uyarınca ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile şirketin sona ereceği anlaşılmaktadır.

Hâl böyle olunca, davacıların emekli olmasına rağmen mevcut limited şirket ortaklığından dolayı 1479 Sayılı Kanun'un Ek 20'nci maddesinde belirtilen oranlar dâhilinde sosyal güvenlik destek primi kesilmesine dair Kurum işleminde isabet-sizlik bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, vergi kaydı kapanan limited şirketin faaliyette bulunamayacağı ve bu durumda şirket ortaklarının gerçek çalışmasının söz konusu olamayacağı, gerçek çalışma olmadan limited şirket ortaklarının emekli aylığı üzerinde yapılan sosyal güvenlik destek primi kesintilerinin Kanunun amacına aykırı olduğu, bu sebeplerle kararın onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir./...

KARŞI OY

Dava, davacıların emekli aylıklarından yapılan SGDP kesintilerinin iadesine ilişkindir.

Davacıların aylıklarından yapılan kesintilerin nedeni, limited şirket ortağı olmalarına ilişkindir. Zaman itibari ile uygulanması gereken 6762 Sayılı Kanun'un 549/ son maddesi, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 160 ila 162. maddeleri, işi bırakmanın ilgili vergi dairesi tarafından re'sen şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirilmiş olması, buna ve şirketin gayriaktif hale gelmiş olmasına bağlı olarak davacıların ortağı oldukları limited şirketin münfesih hale geldiğinin ve sonrasında da bu sebeple 6102 Sayılı Kanun'un Geçici 7. maddesi uyarınca re'sen sicilden terkin edilmiş olduğunun anlaşılması, her ne kadar davacıların şirket ortaklıkları şirketin sicilden terkin edildiği tarih itibariyle sona ermiş ise de, 1479 Sayılı Kanun'un Ek 20. maddesiyle şirket ortaklığına dayalı tesis olunan sigortalılığın sona ermesi hakkındaki anılan kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi suretiyle, yerel mahkemenin direnme kararının onanması görüşümdedir." (YHGK., 28.3.2018, E. 2016/21-441, K. 2018/565; aynı yönde YHGK, 6.12.2017, E. 2015/21-3886, K. 2017/1534).

ff) Adi komandit şirket ortakları

5510 sayılı Kanunda açıkça zikredilmemekle birlikte sayılan anonim şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketten söz ederek ardından diğer şirketlerden söz edilmesi karşısında şirket ortağı olduğu için m.4/1, (b) bendine göre sigortalı olan bir diğer grup ise adi komandit şirketin ortaklarıdır²¹⁹.

²¹⁹ Güzel/Okur/Caniklioglu, 109; Sözer, Sosyal Sigortalar, 88; Arıcı, 247; Uşan, Sosyal Güvenlik, 86; Bulun Toktaş, 167.

gg) Donatma iştirakinin ortakları

Türk Ticaret Kanununa göre, “Birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştiraki vardır” (m. 1064/1). Tek başına bir geminin maliki veya işletme hakkına sahip olan ticaret şirketleri veya diğer tüzel kişiler hakkında ise donatma iştirakine ilişkin hükümler uygulanmaz (m.1064/2). Dolayısıyla donatma iştirakinin tüm ortakları 5510 sayılı Kanun m.4/1, (b) bendine göre sigortalıdırlar.

hh) Adi Şirketin ortakları

5510 sayılı Kanunda m.4/1, (b) bendine göre sigortalı olduğu belirtilen bir diğer grup ise adi şirket ortaklarıdır²²⁰. Adi şirket, “Adi ortaklık sözleşmesi” başlığı ile Türk Borçlar Kanununun 620. Maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, “adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir” (f.1). Kanuna göre, bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır (m.629/2).

Öğretide de ifade edildiği gibi adi şirketlerde, ortaklardan her biri işveren durumunda bulunduğu, bir veya birkaç ortağa şirket yönetiminde görev verilmiş ve karşılığında ücret ödenmiş olsa bile, adi şirket ile bu kişi arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesine dayandığından, bunların m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaları mümkün değildir²²¹. Nitekim Kanun da söz konusu kişileri m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı saymıştır.

e) Tarımsal faaliyette bulunanlar

5510 sayılı Kanunda m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılan bir diğer grup ise tarımsal faaliyette bulunanlar, bir diğer deyişle çiftçilerdir²²² (m. 4/1, b, 4). Tarımsal faaliyet Kanunun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, tarımsal faaliyet, kendi mülkünde, ortaklık veya kiralama suretiyle başkalarının mülkünde veya kamuya mahsus mahallerde; ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yoluyla yahut doğrudan doğruya tabiatan istifade etmek suretiyle bitki, orman, hayvan ve su ürünleri elde edilmesini ve/veya bu ürünlerin yetiştiricileri tarafından; muhafazası, taşınması veya pazarlanmasını ifade eder (m. 3/19). Bu kapsamda faaliyette bulunanlar m. 4/1, (b) bendi kapsamında zorunlu sigortalı sayılırlar²²³.

²²⁰ Sözer, Sosyal Sigortalar, 88; Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, 247; Bulun Tokkaş, 168.

²²¹ Şakar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 210.

²²² Bulun Tokkaş, 170; Mülayim, Baki Oğuz: Tarım Sektöründe Çalışanların Sosyal Güvenliği, Ankara 2021, 127.

²²³ Daha önce söz konusu faaliyette bulunanlar 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununun (RG., 20.10.1983, 18197) kapsamına girmektey-

Konuya ilişkin olarak 2013/11 sayılı Genelgeye göre, “1/10/2008 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılan 2926 sayılı Kanuna tabi sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi kapsamında devam ettirileceğinden, 1/10/2008 tarihinden önce tarımsal faaliyetlerinin bulunması nedeniyle ziraat odasına, ziraat odasının bulunmadığı yerlerde ise tarım il/ilçe müdürlüğüne kayıtlı olanlardan, 1/10/2008 tarihinden önce Kuruma kayıt ve tescili yapılamayanlar ile ilk defa 1/10/2008 tarihinden sonra tarımsal faaliyete başlayanlar Kanun hükümleri gereğince sigortalı sayılacaklardır” (137).

Kanunun 6. maddesinde yer alan bir düzenlemeye göre, tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, bu Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler sigortalı sayılmazlar (m. 6/1, 1). Dolayısıyla, bu kapsamda zorunlu sigortalı sayılmak için tarımsal faaliyette bulunmak yetmemekte, aynı zamanda bu faaliyetten elde ettiği gelirinin 6. maddede belirtilen tutardan daha fazla olması da gerekmektedir²²⁴. Oysa biz kayıt dışılığın çok yüksek olduğu ülkemizde zorunlu sigortalılığı böyle bir koşula bağlamanın sosyal sigortaların zorunluluğu ilkesi ile bağdaşmadığı, kişilere zorunlu sigortanın dışına kaçma olanağı sunduğu kanaatindeyiz²²⁵.

İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

(1) Tarımsal faaliyetin olup olmadığının araştırılması gerektiği

Yargıtay 10. HD’ye göre;

“1. Dosya kapsamı incelendiğinde, 1998 Şubat ayına ait tevkifat kesintisi ve 06.03.1995-21.05.2009 tarihleri arası ziraat odası kaydı bulunan davacı için 01.03.1998-21.05.2009 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalı kabul eden Kurumun daha sonra tevkifat kesintisinin Kurum kayıtlarına intikal etmemesi nedeniyle sigortalılığı iptal ettiği, ilgili dönemde sigortalı olduğunun tespiti ve yaşlılık aylığı bağlanması istemli açılan işbu davada, Bölge Adliye Mahkemesince yukarıda belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.../...

6. Kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunan ve bildirimsiz kalan sigortalılar için 5510 Sayılı Kanun’un 86. maddesinde öngörülen “hizmet tespiti” davasına eşdeğer bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

diler. 5510 sayılı Kanunla 2926 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış (m. 106/4), anılan Kanunun kapsamına girenler de 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılmışlardır.

²²⁴ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 109.

²²⁵ Aynı yönde Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 109; Öğretide Mülâyim de hükmün isabetsiz olduğunu, geliri düşük olanları kapsam dışı bırakmak yerine başka kapsama alınmalarını kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılması gerektiğini belirtmektedir, Mülâyim, Tarım Sektöründe Çalışanların, 131.

Anılan düzenlemede, kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takiben başlayacağına hükme bağlanmış olması karşısında, kayıt ve tescil, ya da tescil yerine geçen iradi prim ödemesi veya prim tevkifatı öncesine isabet eden tarımsal faaliyet ve buna dayalı “sigortalılığının tespiti” söz konusu olamayacaktır.

7. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.05.2011 gün, 2011/10-230 Esas 2011/319 Karar sayılı, 29.02.2012 gün ve 2011/10-769 Esas 2012/107 karar sayılı ve 27.06.2012 gün 2012/10-292 Esas ve 2012/415 Karar kararlarında da açıkça belirtildiği üzere, davacının tarımsal faaliyetinin kesintisiz sürüp sürmediğinin tespiti için, **Mahkemece;**

a-)Çekişmeli dönemde davacının nerede oturduğu; Nüfus Müdürlüğü, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı ve Muhtarlık kayıtları esas alınarak belirlenmeli,

b-)Dönem içinde Ziraat Bankası, Kooperatif veya Birlikler aracılığıyla “Tarımsal Amaçlı Kredi” kullanıp kullanmadığı araştırılmalı,

c-)Dönem içinde ürün teslimatından dolayı prim kesintisi yapıp yapılmadığı veya sigortalılık iradesini ortaya koyacak şekilde prim ödemesinin bulunup bulunmadığı araştırılmalı,

ç-25.04.2006 gün 26149 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5488 Sayılı Tarım Kanun’un 19. maddesi uyarınca **Çiftçi Kayıt Sistemine dahil edilerek doğrudan gelir desteği alıp almadığı ve bu bağlamda davacının hangi ürünleri ekerek bunları nelerere sattığı,** 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun “Zirai kazanç, zirai faaliyet, zirai işletme, çiftçi ve mahsulün tarifi” başlıklı 52, “Zirai kazançta vergileme” başlıklı 53, ve “Vergi Tevkifatı” başlıklı 94 vd. maddeleri ile 213 Vergi Usul Kanunu’nun “Vergi kesenlerin sorumluluğu” başlıklı 11. maddesi kapsamında **zirai kazançlarından dolayı vergi ödeyip ödemedikleri araştırılmalıdır.** Konu ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.12.2010 gün ve 2010/10-580-647 Sayılı kararında da açıkça belirtildiği üzere “Tevkifat yapma ve kurum hesaplarına aktarma yükümü, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 94/11. maddesinde öngörülen çiftçilerden satın alınan zirai mahsuller için yapılan ödemelerden gelir vergisine mahsuben tevkifat yapma yükümüne paralel olarak getirilmiştir. Bakanlar Kurulu Kararı kapsamındaki gerçek ve tüzel kişiler, tarımsal faaliyette bulunan bu kişilerden satın aldıkları ürün bedellerinden tevkifat yapmakla yükümlüdürler.” Tevkifat suretiyle vergilendirilen çiftçiler yaptıkları satış ve hizmetleri dolayısıyla müstahsil makbuzu almak ve saklamak zorundadırlar.

d-)Tarımsal faaliyeti kapsamında ilaç, gübre ve sulama parası ödeyip ödemediği, varsa bunların fatura ve belgelerinin nelerden ibaret olduğu, Ziraat Odası, Kooperatif veya Birliklere üyeliği varsa bu kuruluşlara düzenli bir şekilde aidat ödeyip ödemediği araştırılmalı, tarımsal faaliyete elverişli tapulu taşınmazının bulunup bulunmadığı, tarımsal faaliyetin taşınmaz kiralınması yoluyla gerçekleştirildiğinin savunulması

halinde; taşınmazların, kimden hangi yıllar için kiralandığı, kiracının; kiralama yoluyla faaliyetini yürütmeye elverişli alet ve edevatının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, traktörünün bulunduğu ileri sürülmesi halinde, traktörün hangi tarihte satın alınıp ilgilisi adına trafiğe tescil edildiğini gösteren fatura ve trafik tescil belgesinin celp edilmeli,

e-)Hayvan yetiştiriciliği bulunduğu ileri sürüldüğü hallerde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.06.2011 gün ve 2011/10-306-365 Sayılı Kararında da belirtildiği üzere 16.05.1986 tarihinde yürürlüğe giren 3285 Sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanununun 22. maddesi kapsamında hayvanlarına ilişkin menşe şehadetnamesinin bulunup bulunmadığı tespit edilerek, büyük ve küçükbaş hayvanlarına ilişkin istatistik bilgileri ve bu hayvanlara ilişkin yapılması zorunlu bulunan periyodik aşılara ilişkin bilgiler İlçe Tarım Müdürlüklerinden sorulmalı, köy muhtarı ve ihtiyar heyeti üyeleri gibi tarımsal faaliyetin varlığını yakından bilebilecek durumdaki tanıklar dinlenilerek sigortalılık olgusunun varlığı hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır.

8. Ayrıca 2926 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtilen şekilde sigortalılığın sona erip ermediği araştırılmalı ve bu bağlamda çekişmeli dönemde 506 Sayılı Kanun kapsamında sigortalılığı ya da 1479 Sayılı Kanun kapsamında zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı varsa ve bu sigortalılık süresi makul süreyi aşmışsa, ...nun 14.02.2007 gün, 2007/21-73-71 Sayılı ve 14.03.2012 gün, 2011/10-804-152 Sayılı kararları göz önünde bulundurularak sigortalılığın sona erdiği olgusu da dikkate alınmalıdır.

9. Belirtilen açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde, her ne kadar yapılan bir kısım araştırmalar nazarında Bölge Adliye Mahkemesince yukarıda belirtildiği şekilde karar verilmiş ise de, tarımsal faaliyet anılan yöntemler çerçevesinde belirlenip, ürünlerin kime satıldığı araştırılıp sonucuna göre karar verilmelidir.

10. Tarımsal faaliyetin ispatlanması durumunda, tahsis istemi yönünden yapılacak incelemeye esas olmak üzere, davacının Kurum tarafından 2011 yılında tescil edilmesi ile prim ödemelerinin 2011 yılında başlaması, davacının 03.01.2014 tarihinde toptan ödeme talebinde bulunması, 09.02.2018 tarihli tarım sigortalı bilgilerinde 21.07.2011-28.11.2013 arası 2 yıl 4 ay 9 gün hizmetin bulunduğu prim borcunun olmadığı ile fazla ödemenin bulunmadığı yine aynı prim ödemelerine göre 08.12.2022 tarihli Tarım Sigortalılık Bilgilerinde, 01.03.1998 (Ek 19), 01.05.2008-21.05.2009, 21.07.2011-28.11.2013 tarihleri arası 5609 gün hizmetin belirtildiği, prim borcunun olmadığı ve fazla ödemenin bulunmadığının belirtildiği anlaşılmalı, 03.01.2014 tarihli toptan ödeme talebi sonucu da araştırılarak prim ödemelerine göre sigortalılık süreleri netleştirilip sonucuna göre karar verilmelidir.

11. Bölge Adliye Mahkemesince her ne kadar "... davacının kısmi emeklilik şartlarını taşıması sebebiyle emeklilik aylığı bağlanmasına" şeklinde hüküm kurulmuş ise de, uyuşmazlık konusu dönem dışındaki süreler de belirtmek suretiyle tahsise

esas alınan sürelerin denetime elverişli olacak şekilde gerekçede gösterilmemesi ile tahsis başlangıcının kararda gösterilmemesi sonucu infazda tereddüt yaratacak şekilde hüküm kurulması yerinde görülmemiştir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, yazılı şekilde karar tesisi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” (Yarg. 10 HD., 8.3.2023, E. 2023/2016, K. 2023/2214).

(2) 2926 sayılı Kanuna tabi sigortalılık iradesini ortaya koyacak herhangi bir başvurusu, prim ödemesi, ürün satışı veya bu satışlardan yapılan prim tevkifatı bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği

Yargıtay 10. HD’ye göre;

“Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de kanun hükümleri doğrultusunda, sigortalılığın ancak davacının sigortalılık iradesini ortaya koyacak herhangi bir başvurusu, prim ödemesi, ürün satışı veya bu satışlardan yapılan prim tevkifatı yapılması koşuluyla olabileceği göz önünde bulundurularak, davacıya ait iki farklı yılın iki farklı ayına ait tevkifat belgeleri bulunduğu açık olup ayrıca ara dönemlerde de ürün satışları bulunduğu gözetilmeden bu dönem yönünden ret kararı verilmesi hatalıdır.

TMO Başmüdürlüğü tarafından Mali İşler Dairesi Başkanlığı’na yazılan iç yazışmada, davacının sattığı ürünlerden kesilen prim tevkifatı bulunduğu belirtilerek yazı ekinde sunulduğu ve altında “Ek: Bağ-Kur prim listesi” şeklinde de belirtilmiş olmasına rağmen listenin ekli olmadığı, buna rağmen listenin akıbetinin de araştırılmaması, ayrıca davacı yerine farklı bir kişiye ait prim ödeme bilgilerinin dosyaya girdiği anlaşılmakla davacıya ait prim ödemelerini gösteren Tarım Bağ-Kur sigortalılığına ilişkin sicil dosyasının tamamlanmaması da hatalıdır.

Mahkemece, uyuşmazlık konusu döneme ilişkin olarak; belirtilen liste akıbetinin araştırılarak varsa tevkifat dönemlerinin hüküm altına alınması gerekir, ayrıca davacıya ait Tarım Bağ-Kur sigortalılığına ilişkin sicil dosyasının da celbi ile prim ödemesi bulunup bulunmadığının tespiti ile davacının 2926 sayılı Kanuna tabi sigortalılık iradesini ortaya koyacak herhangi bir başvurusu, prim ödemesi, ürün satışı veya bu satışlardan yapılan prim tevkifatı bulunup bulunmadığı hususları araştırılarak sigortalılık süresi belirlenmeli ve yapılacak araştırma ve inceleme sonucuna göre karar verilmelidir” (Yarg. 10 HD., 17.2.2023, E. 2023/993, K. 2023/1336).

(3) Ürün tesliminin özel kuruluşlara veya gerçek kişilere yapılması hâlinde hak ve mükellefiyetin başlangıcı için bu tevkifatın Kurum hesabına intikal etmesinin zorunlu olması gerektiği

YHGK’ya göre;

“26. Somut olayda davacının 18.04.2011 tarihli başvurusu üzerine Kurum tarafından ibraz ettiği 10.06.2002 ve 13.06.2002 tarihli müstahsil makbuzları ile 21.11.1995 tarihinde başlayan ve hâlen devam eden Lapseki Ziraat Odası kaydına istinaden 01.07.2002 tarihi itibariyle sigortalılığının başlatıldığı, 6111 sayılı Kanun kapsamında yapılanırdmadan faydalanarak primlerini ödediği, 07.09.2015 tarihli tahsis talebinin müstahsil makbuzlarında görünen Bağ-Kur prim kesintilerinin Kurum kayıtlarına intikal etmediğinden bahisle sigortalılık tescil tarihinin 25.04.2014 tarihine kaydırılarak prim ödeme gün sayısının yeniden düzenlendiği belirtilerek reddedilmesi üzerine eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

27. Şu hâlde yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; **ürün tesliminin özel kuruluşlara veya gerçek kişilere yapılması hâlinde hak ve mükellefiyetin başlangıcı için bu tevkifatın Kurum hesabına intikal etmesinin zorunlu olması gerektiği dikkate alındığında dava dışı gerçek kişiler tarafından ürün teslimi sırasında tevkifat yoluyla davacı adına kesilen primin Kurum hesabına intikal etmediği durumlarda bu makbuzlara istinaden tevkifata dayalı geriye dönük tescil imkanına sahip olmayan davacının Tarım Bağ-Kur sigortalısı sayılması mümkün değildir.**

28. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 22.09.2010 tarihli ve 2010/10-380 E., 2010/420 K., 25.01.2017 tarihli ve 2015/10-264 E., 2017/153 K., 08.02.2017 tarihli ve 2016/10-1906 E., 2017/215 K. ile 18.01.2022 tarihli ve 2019/ (21)10-594 E., 2022/9 K. sayılı kararları da aynı yöndedir.

29. Davacının bu dönemde Tarım Bağ-Kur sigortalısı sayılması mümkün olmadığına göre 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 54. madde hükmünden de yararlanamayacağı kabul edilmelidir.

30. Hâl böyle olunca bu yönere işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygundur.” (YHGK, 19.4.2022, E. 2019/21-406, K. 2022/572).

3. m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar: Jokeyler ve antrenörler

Kanuna göre, m. 4/1, (b) bendine göre sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler hakkında da uygulanır. Bir diğer deyişle bu kişiler de m. 4/1, (b) bendine göre sigortalı sayılırlar.

6132 sayılı Kanunda kimlerin jokey ya da antrenör sayılacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık At Yarışları Yönetmeliği (AtYY) bu kavramları tanımlamıştır. Yönetmeliğe göre, “Jokey: Koşularda at binen ve bu Yönetmelik hükümlerine göre jokey lisansı taşıyan kişiyi” (m. 4, (1), z, gg), antrenör ise “yarış atlarının talim, terbiye, idman, bakım, besleme, tedavilerinin takibi ve koşulara ilişkin hizmetlerinin yapılmasıyla so-

rumlu olan ve bu Yönetmelik hükümlerine göre antrenörlük lisansı taşıyan kişiyi” (m. 4, (1), ç) ifade eder.

Yönetmelik kapsamında jokey lisansı, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 436. maddesi ile 6132 sayılı Kanunun 8. maddesi hükümlerine göre oluşturulan ve sürekli kurul niteliği taşıyan yüksek komiserler kurulu tarafından verilen, nüfus ve diğer lüzumlu bilgileri içeren resimli belgedir (At YY. m. 4). Antrenörlük lisansının ise hangi koşullarla ve hangi merci tarafından verileceği ise Yönetmeliğin 84. maddesinde düzenlenmiştir.

Tüm bu hükümler dikkate alındığında at yarışlarında at binmek üzere lisans alan jokeylerle Yönetmelik hükümlerine göre antrenörlük lisansı sahibi olan kişilerin sosyal güvenliği m.4/1, (b) bendi çerçevesinde sağlanacaktır.

2013/11 sayılı Genelgeye göre, 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörlerin sigortalılıkları lisans belgesine istinaden fiilen çalışmaya başladıkları tarihten itibaren başlatılacak ve bu tarih Türkiye Jokey Kulübü tarafından bir ay içerisinde Kuruma bildirilecektir. Fiili çalışma ise lisans belgesinin onaylanması ile başlayacaktır (2013/11 s.lı G., 116). İlk defa 1/10/2008 tarihinden sonra Kanun m. 4/1, (b) bendine tabi sigortalı sayılan jokey ve antrenörlerin bildirimini ise sigortalı işe giriş bildirgesi ile Türkiye Jokey Kulübü tarafından Kuruma verilecektir (2013/11 s.lı G., 116).

İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

YHGK önüne gelen bir olayda vefat eden jokeyin sigortalılığının tespitinin m. 4/1, (a) bendi kapsamında talep edildiği, m. 4/1, (b) bendi kapsamında bir tespit talebi olmadığı için davanın taleple bağlılık kuralı gereğince reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

(1) Taleple bağlılık- 5510 Sayılı Kanun m.4/1-b bendi kapsamında sigortalılık tespitinin talep edilmediği- tespit yapılmayacağı

YHGK'ya göre;

“2-) *Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesi); “Hâkim, talepten fazla veya başkasına hükmedemez.” düzenlemesine yer verildiği gibi, aynı Kanun'un 75/1.maddesinde (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesi); “Kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hakim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen nazarı dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz” hükmü yer almaktadır. Kanun'un bu açık hükmünden de anlaşılacağı üzere hakim, iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olup, talepten fazlasına veya başkasına hükmedemeyeceği açıktır.*

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu'nun 4/1 maddesi “Birinci fıkranın (b) bendi gereği sigortalı sayılanlara dair hükümler; 10/7/1953 tarihli ve 6132 Sayılı At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler hakkında da uygulanır.” şeklinde düzenleme içermektedir.

Eldeki davada; davacılar murisinin davalı işveren nezdindeki çalışmalarının tespiti istemine dair olup, davacılar murisinin 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi kapsamında sigortalılığının tespiti istemini içermemektedir. Mahkemece, istemin 5510 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden önceki dönem yönünden kabulünde bir isabetsizlik bulunmamakla birlikte, 01.10.2008 tarihi ve sonrasındaki dönem yönünden 5510 Sayılı Kanun'un açık hükmü gereği davacılar murisi yönünden uygulanamayacağı ve istemin 5510 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi kapsamında sigortalılığın tespitini içermediği anlaşılmasına göre, 01.10.2008 tarihi ve sonrası dönem yönünden davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”, (Yarg. 10 HD., 11.2.2016, E. 2015/17939, K. 2016/1655).

(2) Jokey olarak çalışmanın ispatı

Yargıtay 10. HD'ye göre;

“Önceki bozma ilamında belirtildiği şekilde, hükmedilen dönemi içerir dönem bordrolarından bordro tanıkları resen seçilerek dinlenilmeli, ... Kulübü tarafından isimleri bildirilen, ... Hipodromunda dava döneminde **yarışlara katılan jokeylerden mahkemece resen belirlenecek olanların bilgi ve görgülerine başvurulmalı, belirttiği takdirde tanık anlatımları arasındaki çelişkiler giderilmelidir. Yılın her dönemi yarış olup olmadığı hususu ... Kulübünce cevaplanmadığından tekrar sorulmalı, ayrıca davacıya ait jokey antrenör lisansının hangi tarihte verildiği hususu da... Kulübünden sorularak, böylelikle, kayıtlarda görünmeyen davacı çalışmalarının, hangi sebeplerle kayıtlara geçmediği ya da bildirim dışı kaldığı hususu yeterince araştırılmalı, çalışmanın varlığı, kısmi ve kesintili olup olmadığı yönetime araştırılmalı, uyumsuzluk konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek, varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir”** (Yarg. 10 HD., 22.9.2016, E. 2016/10391, K. 2016/11548; aynı yönde Yarg. 10 HD., 12.01.2015, E. 2014/24886, K. 2015/129).

(3) Davacı murisinin antrenör olarak çalışıp çalışmadığının araştırılması- hangi atlar için antrenörlük yapıldığı

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“... mahkemece yapılacak iş; Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığından, davaya konu dönemde davalı işverenin kaç adet yarış atı olduğu tespit edilmeli; **davacı murisinin, davalı işverenin hangi atlarına antrenörlük yaptığı, antrenörlük yaptığı yarış atlarının, davaya konu dönemde kaç adet yarışa katıldığı yöntemince araştırılmalı;** davacı murisinin davaya konu dönemde, davalı işverenin yarış atlarında çalışmaları tespit edilen jokey, jokey yardımcıları, seyisler gibi çalışanlar ile davalı işverenin yarış atlarının bulunduğu hipodrom ve haralarda çalışmaları tespit edilen antrenör, jokey, jokey yardımcısı, seyis gibi

çalışanların re'sen tanık sıfatıyla beyanlarına başvurulmalı; yargılama sürecinde dinlenen tanık anlatımlarının değerlendirilmesinde, iddia olunan çalışmanın niteliği, süresi ve kesintili olup olmadığı nazara alınmalı; 1.10.2008 tarihinden önceki döneme dair çalışmaların 506 Sayılı Kanun kapsamında (5510 Sayılı Kanununun 4/1-a maddesi kapsamında), 1.10.2008 tarihinden sonrası döneme dair çalışmaların 5510 Sayılı Kanununun 4/1-b maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeli; böylece, bu konuda gerekli tüm soruşturma yapılarak uyumsuzluk konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir”, (Yarg. 10 HD., 25.6.2013, E. 2012/19363, K. 2013/14381).

506 sayılı Kanun dönemin- Taraflar arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirilmesinin yapılması

Yargıtay 10 HD'ye göre;

“2- Davada çözümlenmesi gereken hukuksal sorun, jokey ve antrenörle işveren durumunda bulunan at sahipleri arasındaki hukuki ilişkinin ne olduğudur. Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 2 ve Borçlar Kanunu'nun 313 üncü maddeleridir. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesine göre, sigortalı sayılabilmek için “bir hizmet akdine dayalı olarak ve bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlardan” olmak gerekmektedir. Başka bir anlatımla, sigortalı sayılmak için:

a) İş ilişkisinin kural olarak hizmet akdine dayanması.

b) Hizmet akdinin çalışana yüklediği edimin, işverene ait işyerinde görülmesi.

c) 506 sayılı Yasa'nın üçüncü maddesinde belirlenen “sigortalı sayılmayanlardan” olmaması koşulları hep birlikte gerçekleşmelidir. Öbür yandan, Borçlar Kanunu'nun 313 üncü maddesinde hizmet akdi “işçi belirli veya belirli olmayan bir zamanda hizmet görmeyi ve işsahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder” şeklinde tanımlanmıştır. Anılan tanımlamaya göre, “zaman” ve “bağımlılık” unsurları hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özellikleridir. Başka bir anlatımla, çalışan, Borçlar Kanunu'nun 313 üncü maddesinin öngördüğü çerçeve içinde “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarını gerçekleştirecek biçimde çalışmaktaysa, aradaki ilişki hizmet akdine dayanıyor demektir. Kuşkusuz, sigortalı sayılabilmek için bunlardan ayrı olarak hizmet sözleşmesinin öngördüğü edimin işverene ait işyerinde görülmesi koşulunun da gerçekleşmiş bulunması gerekir.

Bu nedenle, açıklanan ilkeler gözönünde tutulmak suretiyle jokey ve antrenörlerin işlerini nerede, ne şekilde ve hangi koşullarda yaptıklarının, işin nerede görüldüğünün, özellikle 5132 sayılı At Yarışları Hakkındaki Kanun ile At Yarışları Tüzüğü'nün (Talimatname) nin 94, 99, 104 üncü maddeleri de nazara alınarak açıkça saptanması gerektiği su götürmez.

Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda sigortalılık ve hizmet akdi bakımından yasanın belirlediği unsurların varlığının gereğince inceleme konusu yapılmadığı

açık-seçiktir. Mahkemece yapılacak iş, öncelikle işin yapıldığı yerin tahsis ve ayırım şekli, jokey ve antrenörlerin temin ve çalışma statüleri, -at sahiplerinin atlarını eğitmek üzere çalışma alanına getirip çalıştıranları seçme ve tercih hakları olup olmadığı da gözetilerek- çalışma şartları, süresi ve ayrıca ücret biçimi yasal dayanakları da açıkça gösterilerek araştırılıp saptanmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın gerekçeleri ve nedenleri inandırıcı güç ve nitelikte olmayan, davacı bakımından olayı bireyleştirilmeyen genel nitelikteki bilirkişi raporuna dayanılarak eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”, (Yarg. 10 HD., 18.2.1985, E. 1985/29, K. 1985/8799).

V. Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlileri (m. 4/1, c)

1. Genel Kural

5510 sayılı Kanuna göre, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa göreve başlayıp da²²⁶, kamu idarelerinde, m. 4/1, (a) bendine tabi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı olması öngörülmemiş olanlarla m. 4/1, (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında m. 4/1, (a) bendine göre sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ve ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86. maddesi uyarınca açıktan vekil atananlar m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m.4/1, c).

Görüldüğü gibi, m. 4/1, (c) bendine göre sigortalı sayılmak için kamu idarelerinde yukarıda anılan biçimde çalışmak gerekmektedir. Bu Kanun anlamında kamu idareleri ise, 2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun m. 3/1, (a) bendinde belirtilen kamu idareleri ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı idare, ortaklık, müessese ve işletmeleri ve yukarıda belirtilenlerin ödenmiş sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları ortaklık ve işletmelerden Türk Ticaret Kanununa tabi olmayanlarla özel kanunlarına göre personel çalıştıran diğer kamu kurumlarını ifade eder (m. 3/21).

Kurumun 2013/11 sayılı Genelgesine göre; 2008 yılı Ekim ayı başından sonra kamu idarelerinde ilk defa çalışmaya başlayacak olanlardan;

- 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kadro ihdası yapılmış olan kamu kurum ve kuruluşlarında daimi kadrolara atananlar,

²²⁶ Önemle vurgulayalım ki, bu koşul maddede yazmamakta, ancak Kanunun geç. 4. maddesi hükümlerinden bu sonuç çıkmaktadır. Öte yandan bu düzenlemenin Devlet memurları arasında sosyal güvenlikleri bakımından farklılık yarattığı, bunun da Anayasaya aykırı olduğu iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bkz. AYM., 30.03.2011, E. 2008/56, K.2011/58, RG., 28.12.2011, 28156.

- 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kadro ihdası olmamasına rağmen kanunlarında bulunan özel hükümler uyarınca 5434 sayılı Kanunla ilgilendirilmeleri gerekenler,

- 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarında sözleşmeli olarak göreve başlayanlar,

- Kadro karşılığı sözleşmeli personel çalıştıran kamu kurum ve kuruluşlarının kanunlarında belirtilen kadro ve unvanlarda çalışanlar,

m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır (2013/11 s.lı G., 186-187).

Yine Kurum Genelgesine göre, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununda veya kendi personel kanunlarında belirtilen sürelerde talep etmeleri halinde m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklarına hükmedilenlerden, yazılı talepte bulunmamalarına rağmen emeklilik keseneği ve kurum karşılıklarını/primlerini süresi içinde Kurum hesabına yatırdığı anlaşılanlar da, ayrıca bir yazılı talepleri aranmaksızın m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır (2013/11 s.lı G., 187).

Bunun gibi, 2008 yılı Ekim ayı başından sonra kamu idarelerinde ilk defa, 657 sayılı Kanununun 86. maddesi gereğince memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine açıktan vekil olarak atanmalar da m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır (2013/11 s.lı G., 187).

Belirtelim ki 2013/11 sayılı Genelgede geç. m. 4 ile bağlantılı olarak m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacağı belirtilen bazı kişilere ilişkin açıklamalar da bulunmaktadır. Örneğin, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kamu idarelerinde hizmet akdi ile veya sözleşmeli olarak çalışanlardan; ilgili kanunları gereği 5434 sayılı Kanun ile ilgilendirilenler de aynı statüde çalışmaya devam ettikleri sürece, m. 4/1 (c) bendine göre sigortalı sayılırlar²²⁷.

Bunun gibi, sosyal güvenlik bakımından T.C. Emekli Sandığına tabi bir görevde bulunmakta iken, özelleştirme programına alınan kuruluşların bu Kanuna göre emeklilik hakkı tanınan kadro ve pozisyonlarına atanananlarla, bu kuruluşların özelleştirilmeleri sonucu sermayelerindeki kamu payı %50'nin altına düşenler ile bunlardan anonim şirkete dönüştürülüp dönüştürülmediğine bakılmaksızın satılan veya devredilenlerde T.C. Emekli Sandığına tabi olarak çalışan personelden isteyenlerin Sandıkla ilgileri devam eder, yani m. 4/1, (c) bendine göre sigortalı sayılırlar (5434 s. K. m. 71/1).

²²⁷ Kanun bunun sonucunda bunlar hakkında geç. m. 4 hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.

Son olarak ekleyelim ki, 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununa²²⁸ göre, sözleşmeli er adayları ile sözleşmeli erbaş ve erler; ön sözleşme yapılması ile birlikte 5510 sayılı Kanun m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m. 7/1).

Önemle belirtmek gerekir ki, m.4/1, (c) bendine göre sigortalı olanlar sadece uzun vadeli sigorta kollarından yararlanacaklardır. Kanuna göre, “*Bu Kanunun kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümleri bu maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara bu kapsamda oldukları sürece uygulanmaz*” (m.4/6). Dolayısıyla m.4/1, (c) bendine göre sigortalı olanlar kısa vadeli sigorta kollarının kapsamına alınmamışlardır²²⁹.

2. m.4/1, (c) bendi gibi sigortalı sayılanlar

a) Genel olarak

Kanunda m. 4/1, (c) bendine göre sigortalılığa ilişkin genel kural belirtildikten sonra esasında devlet memuru ya da kamu personeli olmayan bazı kişiler de m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Bunlar bir kadro karşılığı olarak çalışmayan, ancak yaptıkları iş itibarıyla iş sözleşmesi ile ya da bağımsız çalıştıkları söylenemeyecek, sosyal güvenceye kavuşturulması gereken, özellikle seçimle işbaşına gelen, Devletin yasama ve yürütme faaliyetini üstlenen kişilerdir. Bunun gibi seçimle yerinden yönetim organında yer alanlarla Milli Savunma Bakanlığı ya da emniyet teşkilatı adına ve hesabına okuyan öğrenciler de bir başka önemli kategoriye oluşturmaktadır. Aşağıda bu kategoride yer alanlar hakkında kısaca bilgi verilecektir.

b) Kuruluş ve personel kanunları veya diğer kanunlar gereğince seçimle veya atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenler

Kanunun m.4/1, (c) bendine göre sigortalılığa ilişkin hükümler, kuruluş ve personel kanunları veya diğer kanunlar gereğince seçimle veya atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenlerden; bu görevleri sebebiyle kendilerine ilgili kanunlarında Devlet memurları gibi emeklilik hakkı tanınmış olanlardan hizmet akdi ile çalışmayanlar hakkında da uygulanır (m.4/4, a).

c) Seçimle kamu hizmeti niteliğinde görev üstlenenler

Kanuna göre, başbakan, cumhurbaşkanı yardımcıları²³⁰, bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, bakan yardımcılığı, belediye başkanları, il encümeninin seçimle gelen üyeleri de m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m.4/4, b). Her ne kadar Kanunda Başbakanlık söz edilse de cumhurbaşkanlığı sistemine geçtikten sonra artık ülkemizde başbakan kalmadığı için bu hükmün bir karşılığı da kalmamıştır ve Kanundan çıkarılması gerekir.

²²⁸ RG., 22.03.2011, 27882.

²²⁹ Alper, Sosyal Sigortalar, 77.

²³⁰ Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ibaresi maddeye 703 sayılı KHK ile 2018 yılında eklenmiştir.

2013/11 sayılı Genelgeye göre, 2008 yılı Ekim ayı başından sonra TBMM üyeliğine seçilenler seçildikleri, Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ile açıktan bakan olarak atanmalarından itibaren m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır. Kanunun yürürlük tarihinden önce 5434 sayılı Kanuna tabi hizmeti olanların ise sigortalılıkları seçildikleri veya atandıkları tarihi takip eden aybaşından itibaren başlatılacaktır. Malullük, yaşlılık ve emekli aylığı almakta iken 2008 yılı Ekim ayı başından sonra TBMM üyeliğine seçilen veya açıktan bakan atananlardan isteyenler emekli aylıkları kesilmek suretiyle aylıklarının kesildiği tarihten itibaren sigortalı sayılacaklardır. Bakanlar hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri gibi işlem yapılacaktır (2013/11 s.lı G., s.187).

d) Kamu görevlileri sendikaları ya da konfederasyonlarının yönetim kurullarında görev aldıkları için aylıksız izinli olanlar

Devlet memuru ya da kamu görevlisi iken bir diğer deyişle m. 4/1, (c) bendi kapsamında iken, kamu görevlileri sendikaları ya da konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenlerden aylıksız izne ayrılanlar da bu görevde oldukları sürece m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır (m.4/4, c).

e) Askeri öğrenciler

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra harp okulları, fakülte ve yüksek okullarda Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askeri öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitimine tabi tutulan adaylar, Kanun m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m.4/4, d). Ancak bunlardan okullarını bitirdikten sonra görevlerine başlamadan ayrılanların, bu okullarda geçen öğrencilik süreleri sigortalılık süresinden sayılmaz (m.4/5). Aynı şekilde bu okulları tamamlamadan ayrılanlarla tamamlamalarına rağmen görevlerine başlamadan ayrılanların, bu okullarda geçen eğitim süreleri sigortalılıklarından sayılmaz (m. 4/5).

Öte yandan, 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname²³¹ uyarınca Harp Okulları kapatılarak Milli Savunma Bakanlığına bağlı Milli Savunma Üniversitesi (Kara, Hava ve Deniz Harp Okulları ve Astsubay Meslek Yüksekokulları) ile İçişleri Bakanlığına bağlı olarak Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademileri kurulmuş olup, 680 sayılı KHK²³² ile yapılan değişiklik uyarınca da, 6.1.2017 tarihinden itibaren söz konusu okullarda öğrenim gören öğrenciler hazırlık sınıfı da dahil Kanunun m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır (2013/11 s.lı G., 191).

²³¹ RG., 31.7.2016, 29787.

²³² RG., 6.1.2017, 29940.

Buna karşılık, 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca Gülhane Askeri Tıp Akademisi kapatılarak Sağlık Bilimleri Üniversitesine devredilmiş olup, bu üniversitede öğrenim görenler askeri öğrenci olma vasfını kaybettiklerinden 31.7.2016 tarihinden sonra bu okullarda öğrenim görenler Kanunun m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmayacaklardır (2013/11 s.lı G., s. 191).

f) Polis Akademisi öğrencileri ile Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan öğrenciler

Polis Akademisi ile fakülte ve yüksekokullarda, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrenciler ile polis nasbedilmek üzere Polis Meslek Eğitim Merkezlerinde polislik eğitime tabi tutulan adaylar²³³ m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. Bu okulları tamamlamadan ayrılanlarla tamamlamalarına rağmen görevlerine başlamadan ayrılanların, bu okullarda geçen eğitim süreleri sigortalılıklarından sayılmaz (m. 4/5).

Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile fakülte ve yüksekokullarda Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı nam ve hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı nam ve hesabına okumaya devam edenler ile subay ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar²³⁴, hakkında da, m. 4/1, (c) bendi hükümleri uygulanır. Ancak bu şekilde m. 4/4, (d), (e) ve (f) bentlerinde belirtilen okulları tamamlamadan ayrılanlar ile bu okulları tamamlamalarına rağmen görevlerine başlamadan ayrılanların, bu okullarda geçen eğitim süreleri sigortalılıklarından sayılmaz (m. 4/5).

2013/11 sayılı Genelgeye göre, 4652 sayılı Polis Yükseköğretim Kanununda "6638 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"²³⁵ ile yapılan değişiklikle Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Polis Amirleri Eğitimi Merkezi Müdürlüğüne dönüştürüldüğünden, Polis Akademisi Başkanlığına bağlı Polis Amirleri Eğitim Merkezi Müdürlüğünde öğrenim gören öğrenciler öğrenime başladıkları tarihten itibaren Kanunun m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır. Ancak bunlardan da okullarını bitirdikten sonra görevlerine başlamadan ayrılanların bu okullarda geçen öğrencilik süreleri sigortalılık süresinden sayılmayacaktır (2013/11 s.lı G., s.192).

²³³ Adaylarla ilgili hüküm bende 2013 yılında 6495 sayılı Kanunla eklenmiştir.

²³⁴ Bu bent Kanuna 2017 tarih ve 680 sayılı KHK ile eklenmiş, ardından bu değişiklik 2018 tarih ve 7072 sayılı Kanunla aynen kanunlaşmıştır.

²³⁵ RG, 4.4.2015, 29316.

g) Polis Meslek Eğitim Merkezlerinde polislik eğitime tabi tutulan adaylar

2/8/2013 tarihli ve 28726 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6495 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 39 uncu maddesi ile Kanunun 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendinde yapılan değişiklik uyarınca polis nasbedilmek üzere Polis Meslek Eğitim Merkezlerinde polislik eğitime tabi tutulan adaylar 6495 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 2/8/2013 tarihinden itibaren Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca sigortalı sayılacak olup, bunlardan Polis Meslek Eğitim Merkezlerindeki eğitimlerini tamamlamadan ayrılanlar ile eğitimlerini tamamlamalarına rağmen görevlerine başlamadan ayrılanların Eğitim Merkezlerinde geçen eğitim süreleri sigortalılıklarından sayılmayacaktır.” (2013/11 s.lı G., s. 192).

h) Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan tabip ve uzman tabiplerin 65 yaşından sonra geçen çalışmaları

694 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” nin 85. maddesi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen ve 1.2.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanunun 81. maddesi ile de aynen kabul edilen Ek. 17. madde uyarınca, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan tabip ve uzman tabipler ile 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu hükümlerine göre istihdam edilen aile hekimleri, her yıl ilgili Bakanlıkça uygun görülme şartıyla yetmişiki yaşına kadar çalışabileceklerdir. Buna göre, Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği 25.8.2017 tarihinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan tabip ve uzman tabipler ile 5510 sayılı Kanunun m.4/1, (c) bendi kapsamında görev yapmakta iken 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu hükümlerine göre aile hekimi olarak görev yapan ve her yıl Bakanlıkça çalışmaları uygun görülenlerden,

- Kararnamenin yürürlüğe girdiği 25.8.2017 tarihinden sonra 65 yaşını doldurmadan önce, bu görevlere açıktan atama yoluyla atanalar,
- Kararnamenin yürürlüğe girdiği 25.8.2017 tarihinden önce 65 yaşını doldurmuş veya bu tarihten sonra dolduracak olanlardan açıktan atama yoluyla atanalar,
- 65 yaşını doldurmuş olan ancak görevi ile ilişkisi kesilmeyip çalışmaya devam edenler,

3359 sayılı Kanunun Ek 17. maddesi uyarınca 72 yaşına kadar çalışabilecekler ve 5510 sayılı Kanunun m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır (2013/11 s.lı G., s. 192-193).

1) Öğretim üyelerinin bazı koşulların varlığı halinde yaş haddinden sonraki çalışmaları

Kurum Genelgesine göre, 18.6.2017 tarihli ve 7033 sayılı Kanununun 14. maddesi ile 2547 sayılı Kanun m.30'a eklenen fıkra uyarınca yaş haddini dolduracakları tarihten önce başvurmuş olup, sözleşme tarihi itibarıyla öğretim üyesi kadrolarında bulunanlardan yükseköğretim kurumlarınca belirlenen bölüm ve programlarda görevlerinde kalmalarında fayda görülenler, yükseköğretim kurumunun teklifi ve Yükseköğretim Kurulunun onayı ile emeklilik yaş hadlerini doldurdukları tarihten itibaren, yetmiş beş yaşını geçmemek üzere emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanıncaya kadar birer yıllık sürelerle sözleşmeli olarak çalıştırılabilecek, bunların sigortalılık veya iştirakçilik ilişkisi önceki kadro unvanları esas alınmak suretiyle devam ettirilecektir. Ancak bu hükmün uygulamasında Hazine ve Maliye Bakanlığının uygun görüşü ile 5/12/2017 tarihinde Yükseköğretim Kurulunun resmi internet sitesinde yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenmiş Yükseköğretim Kurumlarında Emeklilik Yaş Haddini Doldurmuş Öğretim Üyelerinin Sözleşmeli Olarak Çalıştırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar dikkate alınarak işlem yapılacaktır. Buna göre,

-Yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim üyelerinin, sözleşmeli olarak çalıştırılmak için müracaatlarını, yaş haddini doldurmadan en az üç ay önce kadrosunun bulunduğu bölüm başkanlığına, dekanlığına veya enstitü/yüksekokul/konservatuvar müdürlüğüne yapmaları ve sözleşmeli olarak çalışmaları,

-2547 sayılı Kanununun 30 uncu maddesine eklenen fıkra hükmünün yürürlüğe girdiği 1/7/2017 tarihi ile Yükseköğretim Kurumlarında Emeklilik Yaş Haddini Doldurmuş Öğretim Üyelerinin Sözleşmeli Olarak Çalıştırılmasına İlişkin Usul ve Esasların yürürlüğe girdiği 5/12/2017 tarihi arasında yaş haddinden dolayı emekli olan öğretim üyelerinin, 5/12/2017 tarihinden itibaren üç ay içinde emekli oldukları yükseköğretim kurumlarına müracaat ederek sözleşmeli olarak çalışmaları,

halinde 5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır (2013/11 s.lı G., s. 193).

i) Emekli aylığı almakta iken belirli görevlere seçilen ve atanalar

Kurum Yönetim Kurulunun 16.5.2019 tarih ve 2019/105 sayılı Kararı uyarınca emeklilik veya yaşlılık aylığı almakta iken genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, tarafından kurulan birlik ve işletmeler, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin % 50'sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklarda herhangi bir kadro, pozisyon veya görevlerde;

- 5335 sayılı Kanun m.30/4 hükmüne göre aylıkları kesilmeksizin çalışmaya başlayanlardan 5510 sayılı Kanun m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacağı belirtilenler,
- 5335 sayılı Kanun m.3/4'de sayılmamakla birlikte kendi kurum veya personel kanunlarında ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde aylıkları kesilmeksizin çalışabileceği hükme bağlananlar,

16.5.2019 tarihinden itibaren 5510 sayılı Kanun m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

Ayrıca, 5335 sayılı Kanun m.30/4 fıkrası hükmüne göre aylıkları kesilmeksizin çalışmaya başlayanlardan kendi kurum veya personel kanunlarında ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde istekleri halinde emekli aylıkları kesilmek suretiyle sigortalı olabileceklerine dair hüküm bulunanların örneğin milletvekilleri, belediye başkanları, Radyo Televizyon Üst Kurulu Üyeleri, Kamu Denetçiliği Kurumu baş denetçi ve denetçileri gibi sigortalıların istekleri halinde emekli aylıkları kesilmek suretiyle 5510 sayılı Kanun m.4/1, (c) bendi kapsamında sigortalılıkları devam ettirilecektir (2013/11 s.lı G., s.193-194).



AKADEMİK SOSYALİSTLER PLATFORMU