

## **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, Almanya'da Yaşayan Türk Sigortalılarının Bu Ülkedeki Sigortalılık Başlangıçlarını, Türkiye'de de Sigortalılık Başlangıcı Kabul Eden Kararı Hakkında Kısa İnceleme**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2010/10-232 K. 2010/272 sayılı 21.03.2010 tarihli kararında, sigortalının Almanya'da ilk defa sosyal sigortaya giriş tarihinin Türk sosyal sigortalılarına giriş tarihi olarak kabulü gerektiği görüşü benimsenmiş, bu karardan sonra, Almanya'da yaşayan Türk işçilerinin yurt dışı borçlanma talepleri neredeyse patlama yapmış, SGK'nun, bu durumdaki Almanya sigortalılarının tahsis taleplerini reddetmesi nedeniyle Türk Mahkemelerinde çok sayıda davalar açılmıştır.

Son olarak, 6552 sayılı Torba Yasa ile HGK kararı doğrultusunda 3201 sayılı Yasanın 5'inci maddesinin beşinci fıkrasına; *“Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce akit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların akit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir.”* cümlesi eklenerek SGK'nca uygulamanın Hukuk Genel Kurulu kararına göre yürütülmesi sağlanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının gerekçesinde; *506 sayılı Yasa'nın 108. maddesine koşut olarak sigortalının Almanya'da ilk defa sosyal sigortaya giriş tarihinin Türk Sosyal Sigortalılarına giriş tarihi olarak kabulü gerektiği* belirtilip, bu kabul; Anayasa'da uluslararası sözleşmenin iç hukuk açısından "Yasa" gücünde görüldüğünden ve "normlar hiyerarşisi" yönünden daha alt sırada kabul edilmediğinden hareketle, Türkiye Cumhuriyeti İle Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin 29. maddesi 4. bendinde yer alan; *"bir kimsenin Türk sigortasına girişten önce bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde; Alman Rant Sigortalılarına girişi Türk Sigortalılarına giriş olarak kabul edilir"* hükmüne ve bu hükmün 3201 sayılı Yasa'dan daha sonra yürürlüğe girmiş olmasına dayandırılmıştır.

Oysa;

1- 3201 sayılı Yasa'ya 17/4/2008 tarihli, 5754 sayılı Yasa'nın 79. maddesi ile eklenen 5'inci fıkrasında; *“ Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz”* hükmü yer almakta olup, **yargı organlarını bağlayıcı bu hüküm, Hukuk Genel Kurulu tarafından dikkate alınmamıştır.**

2- Bu konuda öncelikle önce esas alınması gereken, Anayasa'nın temel ilkelerinden **sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkeleridir.** Her hukukçu bilmektedir ki; anayasal eşitlik ilkesi, bir çok Anayasa Mahkemesi kararında yasaların Anayasa'ya aykırılığı kararı verilmesine gerekçe olarak yer aldığı üzere, *“durumları aynı olanlara aynı, farklı olanlara farkı kuralların uygulanmasını”* gerektirir. Esasen, her iki ülkede sosyal güvenlik hakkından yararlanan taraf ülke vatandaşlarının temel sosyal güvenlik haklarının düzenlendiği, 01.11.1965 yürürlük tarihli Türkiye Cumhuriyeti İle Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde yer alan kuralların, Almanya'daki Türk vatandaşlarına, **sosyal güvenlik hakkı yönünden kendileri ile aynı durumda olan, Türkiye'de yaşayan Türk vatandaşlarına oranla imtiyaz tanınacak şekilde uygulanması Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.**

3- Sosyal Hukuk Devletinin asıl amacı sosyal adaletin sağlanmasıdır. Bu amaçla Devlet tarafından **sosyal ve ekonomik hayata yapılacak müdahalelerin adalet duygusuna uygun olması, sosyal adaleti, yani gelirlerin adil paylaşımı ve hakkın adil kullanımına yönelik olması** gerekir. Bu müdahaleler içinde hukuk kuralları ve yargılama da bulunmaktadır. Dolayısı ile Sosyal Hukuk Devleti'nin gerekleri yargı organlarını da bağlayıcı olup, **yargı kararları Sosyal Hukuk Devleti ilkesine uygun olmak zorundadır.**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2010/10-232 K. 2010/272 sayılı kararına gerekçe yapılan, Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29. maddesinin 4. bendinde yer alan hüküm, 02.11.1984 tarihinde imzalanan ek sözleşme ile Sözleşmeye eklenmiş, 05.12.1984

tarihli 3241 sayılı Kanunla onaylanıp 01.04.1987 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, “**Bölüm V Malullük, Yaşlılık Ve Ölüm Sigortaları (Aylıkları)**” ana başlığı altında bulunmakta ve bu hakların düzenlendiği bölümde yer almaktadır. Bu nedenle **söz konusu hükmün, düzenlediği hak konusunu oluşturan diğer hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.** Yargısal yorumun bu şekilde yapılması gerektiği de her hukukçu tarafından bilinmektedir. Zira Sözleşmenin Malullük, Yaşlılık Ve Ölüm Sigortaları yönünden 02.11.1984 tarihinde imzalanan ve 5.12.1984 tarihli 3241 sayılı Kanunla onaylanıp 01.04.1987 tarihinde yürürlüğe giren maddeleri **27, 28, 29. maddeleridir.** Bu maddeler incelendiğinde;

Sözleşmenin 27. maddesinde;”**Her iki akit taraf mevzuatına göre nazara alınabilecek sigortalılık sürelerinin mevcudiyeti halinde, uygulanacak mevzuata göre yardım hakkının doğmasında, diğer akit taraf mevzuatına göre geçen ve aynı zamana rastlamayan, hesaba dahil edilebilir nitelikteki sigortalılık süreleri de nazara alınır.**”

28/(3) maddesinde; “**Aylık veya gelir talep etme koşullarının sadece 27’nci maddenin nazara alınması ile yerine gelmesi halinde ikame süresine isabet eden yardım kısmının sadece yarısı ödenir.**”

29/(3)-a maddesinde;“**Yetkili Türk Sosyal Sigorta Mercii, birleştirilen sigortalılık süreleri kendi mevzuatına göre geçmiş ve aylık veya gelir hesabında nazara alınacakmış gibi, aylık veya geliri tespit eder.**”

29/(3)-b maddesinde;”**Yetkili Türk Sosyal Sigorta Mercii bilahere, (a) bendine göre nazari olarak tespit edilen aylık veya gelirin, kendi mevzuatına göre geçen prim ödeme sürelerinin her iki akit taraf mevzuatına göre geçen prim ödeme sürelerinin toplamına olan oranına uyan kısmını hesaplar, bu şekilde hesaplanan aylık veya gelir meblağı, gereği halinde, Türk mevzuatında öngörülen en düşük aylık, aylık veya gelir düzeyine çıkartılır.**“

29/(4) maddesinde;“**Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edilir.**”

Hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümlerden 29/(4) maddede yer alan;“**Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edilir.**” düzenlemesi 27. maddedeki hükümle paralel bulunmakta, 28 ve 29. maddelerdeki düzenlemelerden ayrı olarak yorumlanıp anlaşılmaması vargısal yorum usulüne göre mümkün bulunmamaktadır.

Sözleşmenin 27-29. maddelerinde 01.04.1987 yürürlük tarihli Ek Sözleşme ile getirilen değişiklikler, **her iki ülkedeki sigortalılık süreleri** üzerinden yaşlılık aylığına (kısmi aylığa) hak kazanılması halinde uygulanması gereken düzenlemelerdir.

Burada hemen belirtmek gerekir ki, **sigortalılık** kavramı ve buna göre **sigortalılık süresi**, Yargıtay'ın yıllardır süren içtihatlarında da yer aldığı üzere, **fiili çalışma durumunu ifade etmekte** olup, Türk Hukuk sisteminde sosyal sigorta hakları yönünden **fiili olmayan sigortalılık süreleri iptal edilmekte, yaşlılık aylığı hesabında dikkate alınmamaktadır.** Bu nedenle, 3201 sayılı Yasa kapsamında yapılan **borçlanma ile elde edilen sigortalılık süresi**, Yasa hükmünde olan Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin 27. maddesinde yer alan “**Her iki akit taraf mevzuatına göre nazara alınabilecek sigortalılık süreleri**” kapsamında bulunmamaktadır.

Oysa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun incelenen kararı bu temel sosyal sigorta kuralını yok saymakta, **fiili çalışmaya dayanmayan, sigortalılık kavramı kapsamında bulunmayan** ve 3201 sayılı Yasa ile tanınan **yurtdışı hizmet borçlanması ile elde edilen kaydi sigortalılık süresini**, aylığa hak kazanmada geçerli süre saymış olmakta, önceki kararları ile de çelişmektedir.

4- 22.05.1985 tarihli 3201 sayılı Yasa, sadece Almanya'da değil, Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen sigortalılık sürelerini borçlanmak suretiyle, **bu süreler Türkiye'de geçmiş gibi (kayden)** kabul edilerek, bu ülkelerle imzalanmış **sosyal güvenlik sözleşmelerindeki hükümler dışında**, Türk mevzuatındaki hükümlere göre sosyal sigorta haklarından ayrıca yararlanmaları amacına yönelik bulunmaktadır. Bu nedenle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile,

Sözleşmedeki 29/4. madde hükmünün tek başına değerlendirilip, 506 ve 5510 sayılı sayılı Yasalar ile ilişkilendirilerek, bu yasalarda **Türk vatandaşı olup Türkiye'de ikamet eden sigortalılara tanınmayan bir borçlanma hakkına ek hak tanınacak şekilde yorumlanması, sosyal güvenlik hakkı yönünden aynı durumda bulunan Türk Vatandaşları arasında yaşlılık aylığına hak kazanmada farklı kuralların uygulanması ve giderek adaletsizlik sonucu doğurmakta, Anayasal eşitlik ve Sosyal Hukuk Devleti ilkesine aykırı bulunmaktadır.**

Zira, Türkiye'de 1970 yılında ilk defa işe girip, ülkenin ekonomik ve sosyal koşulları nedeniyle sosyal güvenlik kapsamına alınamamış, günlerce fiili çalışması buluna kişiler, ya dava süresinin hak düşürücü süre kapsamına girmesi, ya da dava açma olanağı olmaması nedeniyle prim ödeme gün sayılarını ve sigortalılık süresini dolduramadıklarından **kademeli geçiş sürelerini beklemek zorunda iken, kendileri ile aynı durumda olan ve yurt dışında eski tarihlerde işe girişi bulunan kişilerin belli miktar para ödeyerek yaşlılık aylığına hak kazandırılması adaletli bir uygulama da olmayıp, bu uygulamadan karlı çıkan tek kuruluş, bozdurulan dövizleri kasasına aktaran Hazine olmaktadır.**

5- Bu adaletsiz uygulama ile ilgili Türk Mahkemelerinde görülüp karara bağlanmış ve halen görülen binlerce davadan somut örnek vermek gerekirse;

Almanya'da 01.01.1984 tarihinde tescilli 30 gün sigortalılık süresi olan, 2004-2013 yılları arasında 10 yıllık hizmeti bulunan ve Türkiye'de sadece 25.01.2014 – 29.01.2014 arasında 5 **günlük sigortalılığı bulunan 26.12.1955** doğumlu Türk Vatandaşı, **3600 gün karşılığı 41.126,40 TL ödediğinde;** 30 yıl, 5 gün sigortalılık süresi elde etmekte ve 506 sayılı Yasanın Geçici 81/C maddesi gereğince, **01.02.2014 tarihi itibarıyla** 15 yıllık sigortalılık süresi, 55 yaşını doldurmuş olma ve 3600 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeme koşulu ile **yaşlılık aylığına hak kazanmaktadır.**

Oysa, 01.01.1984 tarihinde Türkiye'de (A) futbol kulübünde sporcu olarak 5 yıl çalışmış ve Türkiye Futbol Federasyonunda bu çalışma süresine ilişkin Noter sözleşmesi bulunan **26.12.1955** doğumlu futbolcunun bu çalışmaları SGK'na bildirilmemiş ise, 1.1.1999- 31.12.2013 arasında SGK'na bildirilmiş 15 yıllık sigortalılık süresi ve **3600 gün hizmeti bulursa da,** 01.01.1984 başlangıç tarihli sigortalılık süresine ilişkin dava ve talep hakkı, **Yargıtay kararlarına göre hak düşürücü süre kapsamında bulunduğundan,** tüm takım arkadaşlarının tanıklıkları ve Kanunla kurulmuş Futbol Federasyonundaki **Noter huzurunda yapılmış iş sözleşmesine** rağmen, bu sigortalılık süreleri dikkate alınmadığından yaşlılık aylığına hak kazanamamakta ve **aylık alabilmek için 60 yaşını dolduracağı 01.02.2016 tarihine kadar beklemek zorunda kalmaktadır.**

506/79. maddede yer alan 5 yıllık hak düşürücü süre ile ilgili Yargıtay'ın kararları, işverence **SGK'na bildirim olduğunda hak düşürücü sürenin işlemeyeceği, bildirim olmadığında işleyeceği** şeklindedir. Yıllardır bu yorum değiştirilmemiş, SSK ve **SGK'nun denetim görevi göz ardı edilmiş,** Sosyal Hukuk Devleti ilkesi yok sayılmıştır. Zira, 506/79. maddenin 5. fıkrasındaki hüküm "**Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır.**" şeklindedir. Yaşlılık aylığına hak kazanmada kadınlar için 20 erkekler için 25 yıllık sigortalılık süresi aranan Yasa'da, sigortalılığın oluşumunda hiç bir görev ve sorumluluk yüklenmeyen **sigortalıya, hakkını aramada 5 yıllık süre tanınmasının, adalet duygusu ile bağdaşmadığını,** hak kavramı açısından ve usul hukukuna göre önemli çelişkilere biri olduğunu yıllardır savunduğumuzu yeri gelmişken belirtmek gerekmektedir.

Sigortalılık konusunda işçiye hiç bir görev ve sorumluluk yüklemeyen Yasa, işverene karşı sigortalı hakkını 79/5. maddedeki **Kurumun tespit görevi ile korumaya almıştır.** Bu hükme göre 5 yıllık hak düşürücü sürenin söz konusu olabilmesi için gerekli koşullardan biri de Kurumca (SSK ve SGK) **işverenin çalıştırdığı ve SSK'na bildirmediği sigortalının tespit edilememesi** halidir. **Tespit edilemeden** bahsedilebilmesi için Kurumca kendine yüklenmiş göreve göre, elindeki Yasal imkanlarla araştırma, inceleme, denetim vb **tespite yönelik işlemler yapılmış**

olması gerekir. Tespit için hiç bir işlem yapılmamış ve yetkiler kullanılmamış ise, **tespit edilememe** halinden, dolayısı ile Yasanın Kuruma yüklediği **sigortalının hakkını koruma görevini yerine getirdiğinden bahsedilemez**. Bu durumda usul hukukuna göre 5 yıllık hak düşürücü süre de işlemez. Oysa yukarıdaki örnekte görülmektedir ki, çalıştığı Noter sözleşmesi, basındaki boy boy transfer ve attığı gol resimleri, milyonlarca seyircinin izlemesi ile sabit futbolcuların, Türkiye **Futbol Federasyonunda bulunan Noter Sözleşmelerini bile takip etmeyen SSK'nun**, bu sigortalılar ve benzeri durumda olan çok sayıdaki meslek grubu sigortalıları açısından 506/79. maddede kendine yüklenen **sigortalılığı tespit görevi kapsamında hiç bir işlem yapmadığı sabit olduğuna göre**, esasen bu sigortalılar yönünden **5 yıllık hak düşürücü sürenin söz konusu olmaması gerekir**. Aksi durum, Yargıtay'ın 79/5. fıkrada yer alan hak düşürücü sürenin unsurlarından sadece birini (Kuruma belge verilmesi) halini denetim görevi kapsamında görüp, Devletin en büyük Kurumunu belge geldiğinde inceleme ve görev yapma ile yükümlü bir Kurum olarak gördüğü sonucuna götürür. Böyle bir yorumu kabullenmek mümkün olmayıp, 506, 5502 ve 5510 sayılı Yasalarda SGK'na yüklenmiş görev ve yetkiler belirli olduğuna göre, SGK'nun belge verilmese de çalışma hayatını denetim, inceleme ve sigortalılığı tespit görevi bulunduğu açık olup, Sosyal Hukuk Devleti ve Kurumun kuruluş amacı bakımından bu SGK'nun bu görevi tartışmasızdır. Aksi bakış açısı, SGK'nu özel sigortacılık yapan bir şirket olarak görmekte eş anlamlı olur.

6- Ancak Yargıtayca, Türk - Alman sosyal güvenlik sözleşmesinde yer alan, her iki ülkedeki sigortalılık süresi üzerinden **kısmi aylığa hak kazanma halinde uygulanabilecek** hükmün, Anayasal eşitlik ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı şekilde, yargısal yorum ilkesine uyulmaksızın zorlama usulle yorumlanarak, yurt dışındaki Türk Vatandaşlarına ayrıcalık sağlanırken, Noter sözleşmesine, basın haberleri ve fotoğraflara göre sigortalılığı sabit futbolcu ya da benzer durumda bulunan diğer Türk vatandaşları için, 506/79. maddede yer alan, çalıştıkları Kurumca ***tespit edilemeyen*** sigortalılar hükmünden harekete, bu durumdaki sigortalıların durumlarını tespit için SGK'nca **Kanunla kendine yüklenmiş denetim görevi için hiç bir işlem yapılmadığı, basının bile takip edilmediği, kanunla kurulmuş federasyon kayıtlarının istenmediği** somut olduğu halde bile, belirtilen sigortalılar açısından 506/79. maddede hak düşürücü sürenin işlemesi için yasal koşul olan, çalıştıklarının Kurumca ***tespit edilememesi*** olgusu gerçekleşmediğinden hak düşürücü sürenin dolmadığı şeklinde yorum yapılmamış, bu tür davalarda hep hak düşürücü sürenin dolduğu kabul edilerek **yurt içi sigortalıların haklarını almaları önlenmiştir**.

7- **Sonuç olarak**; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2010/10-232 K. 2010/272 sayılı kararı ile bu karardaki gerekçelere göre 3201 sayılı Yasaya eklenen yurt dışı sigortalılarının ***akit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarihin ilk işe giriş tarihi olarak kabul edileceği*** hükmünün uygulamasını, **Sosyal Hukuk Devleti değil, ancak Hazineye döviz getiren bir Liberal Hukuk Devleti uygulaması** olarak kabulü mümkün görülebilmekte olup, açıkladığımız gerekçelerle **bu uygulama Anayasal denetime açık ve Anayasa'ya aykırılıktan iptal edilebilir** nitelik taşımaktadır.

Dileğimiz, Yargıtay'ın **en azından** 5 yıllık hak düşürücü sürenin, SSK ve SGK'nın tespit ve denetim görevini yapmadığı sabit olan durumlarda, çalıştığı belgeli sigortalılar yönünden hak düşürücü sürenin işlemeyeceği şeklinde ve Sosyal Hukuk Devleti ilkesine uygun içtihat oluşturarak, **Sosyal Hukuk Devleti ve Liberal Hukuk Devleti arasında bir nebze olsun denge sağlamasıdır**.

06.06.2015- İzmir