

Prof. Dr. Berin ERGİN

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?

1) KANUN HAKKINDA GENEL AÇIKLAMA

Rücu konusundaki görüşlerimizi açıklamadan önce 5510 sayılı Yasa bağlamında kanun koyucuya sormak gerekir; bu kadar eleştirinin yapıldığı ve olumsuzluklarının açıklandığı tasarrufların kanunlaşmasını şiddetle gerçekleştirmesinin nedenleri ulusal bütünlük ve ülke yararı için vazgeçilemez miydi? Bu yasa bu hali ile kanunlaşması idi Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sonu mu gelecekti? Bu Yasa kanunlaşsın Avrupa Birliği dönem raporu Türkiye'yi sorunsuz mu ilan edecek ve buyurun AB entegrasyonu için tamamen hazırız artık son noktayı koydunuz mu diyecekti? Bunları birilerinin sorduğundan şüphemiz yok ama yanıt verilmemiştir. Gittikçe her bakımdan çözülme noktasına varmak için acele ile olumsuz bir sonun hazırlandığı görmezden gelinemez, buna bir dur demek gerekmektedir. Toplumun çok büyük bir kısmını ilgilendirecek yasa yapılırken toplumun beklentilerine, eşitlik ilkelerine, temel haklara ve kazanılmış haklara uygun ve demokrasinin yaşamasının nedeni olan istikrarlı hükümleri içeren nitelikte olması zorunludur. Bu nedenle doğruların tekrarlanması hukuk devleti adına ve ülke ekonomisinin selameti için yarar olduğundan eleştiriler bitmeyecektir.

5510 sayılı Yasa, Sosyal Güvenlik Reformu adı

altındaki uygulamanın nasıl olacağı bile ortaya konulmadan zorluklar ve hâttâ imkânsızlıklar sarmalında alt yapısı olmadan ve birbiri içinde kaynaştırılması imkânsız yapıların koordinasyonu için ne gibi bir yapı düşünüldüğü nasıl bir proje yapıldığı açıklığa kavuşmadan, bir kaos içinde uygulanmaya geçilmek istenmektedir. Birçok hakların hukuk devleti ve demokrasiye aykırı bir biçimde ortadan kaldırdığı veya kısmen değiştirildiği bir yapılanmadan, çağdaş bir uygulama diye bahsetmek mümkün değildir. Özellikle kanun yapma tekniği açısından da alışılmışın dışında ve gerek Anayasa hükümlerine ve gerekse demokratik devlet yönetim ve denetim modeline aykırı bir yapılanma içinde oluşturulan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası ve Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun uygulanması ya hep birlikte seyredilecek ve boyun eğilecek, veya devlet adamları bu yapılanmanın Hukuk Devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, adil olmadığı, anlatımında ifade noksanlıkları ve Türkçe bozuklukları olduğu için, daha ciddi ve bilimsel bir çalışma sağlanmasına yönelik olarak önemli bir yasanın gerçekten çağdaş nitelikte yapılması için start verecektir.

Henüz alt yapının da hiçbir şekilde oluşturulmadığı ve teknolojinin gerektirdiği biçimde Sosyal Güvenlik Kurumunun işleyişi ve hizmet vermesi

için gerekli donanımın olmadığı yönetmeliklerin çıkarılmadığı gerçeği karşısında 01.01.2007 tarihinde yasanın nasıl yürürlük kazanacağı konusu da merakla beklenmektedir.

Yasa hazırlanırken çeşitli platformlarda bilimsel ve toplumun beklentilerine ve Devletin yapısına uygun uzun vadeli bir uygulamaya örnek teşkil edecek nitelikte olan açıklamalar yapılmış ve uygulamada ortaya çıkacak sorunlar gösterilmiş anlatılmıştır. Türk toplumunun yapısına uygun ve çağdaş eşitlikçi sosyal nitelikli ve finansmanı açısından gerçekçi, emekçinin emeğinin farkında olarak, ve emek vermeyenle eşit haklara sahip kılmanın eşitlik olmadığı bilinci ile bir yapılanma gerekli ve zorunlu iken, yasa yapılırken ve ülkenin çıkarları ve sürekliliği açısından üzerinde titizlikle durulması gerektiği halde bu yapılmamıştır. Üçüncü dünya ülkelerine verilen tavsiyelerin etkisinde kalınarak, ekonomik açıdan iflas ettirilen ve siyasi açıdan çö-

sebebiyet vereceği muhakkaktır. Acaba istenen de bu mudur? Yasanın bu haline, Sosyal Devlet ilkesi sonuçları bağlayarak açıklama yapmak gerçekçi değildir. Yıllardır üzerinde durulmaktan eskimiş gibi görünse de yeni yasada bugüne kadar yapılmış eleştiriler ve uygulamadaki olumsuzluklar, kanun koyucuyu hiç etkilememiştir. Yargıtay kararları ile oluşturulmuş uygulamadaki yanlışlıkların düzeltilmesine açık bir şekilde de gayret edilmemiş ve sorunlar dikkate dahi alınmadan yasa çağa ve sigortacılık prensiplerine aykırı olarak çıkarılmıştır. Bu hali ile yasa toplumu rahatsız eden bir yapı içinde olup, kayıt dışı ekonomiyi cazip hale getiren başka bir olumsuz düzenleme olmuştur.

Rücu konusundaki sorgulamaya ise, yasa bu muğlak ifadelerle uygulamaya girerse bitmeyecektir. Çünkü; Türkiye bugün ne yazık ki, Avrupa Birliği ülkelerinin ürettiği insana değer vermeyen politikayı benimsemiştir. Aslında Avrupa ülkeleri, ekonomide

5510 sayılı Yasa'nın işverenler için ağır yük getirerek caydırıcılıktan uzak, kayıt dışılığa özendirdiği, üzerinde ittifak edilen bir husustur.

kertilen ulusların akibeti görmezden gelinerek, Avrupa Birliği'ne şirin görünmek adına yasa yapmanın akılcı olmadığı da ayrı bir gerçektir.

Bu kanun nasıl yapılmıştır? Neden gerek Emekli Sandığı Kanunu ve gerekse 506 Sosyal Sigortalar Kanunu ve Bağ Kur Kanunu uygulamaları ile oluşmuş birikimden yararlanılarak aksayan tarafları ve değiştirilmesi gereken hükümleri dikkate alınmamıştır? Prim ödeyen ve vergi veren ile vergi vermeyen ve prim ödemeyen aynı sistem içinde aynı haklar imkân ve sorumluluklara muhatap kılınmakla karmaşa yaratılmıştır.

5510 sayılı Yasa'nın işverenler için ağır yük getirerek caydırıcılıktan uzak kayıt dışılığa özendirdiği üzerinde ittifak edilen bir husustur.

Henüz 506 sayılı Yasa kapsamında primli rejim sistemi uygulamasında gerekli hizmeti vermekte imkânsızlıklar içinde olan Devletin, sosyal güvenlik sistemini tek çatı altında toplayarak özellikle de genel sağlık sigortasından yararlanacaklardan bir kısmının primsiz sistem içinde hak sahibi kılınmasının nasıl bir uygulamaya sahne olacağını hep beraber göreceğiz. Böylesi hükümleri içeren bir uygulamanın hayatiyete geçirilmesinin anarşik ortamın yaratılmasına

daha da büyüyerek, Amerika Birleşik Devletleri ve dünya pazarında önemli bir yer işgal eden ve etmeye devam edecek olan Asya ülkeleri ile rekabet yarışındadır ve Türkiye Avrupa Devletlerinin bu görüntüsüne heveslenmiştir. Bu heves ile bir takım özelleştirmeler ve sözde yeni yapılanma modeli ve sosyal devlet ilkesi görüntüsü ile aslında ondan uzaklaşan nitelikte olarak sosyal güvenlik sistemi politikalarını hemen uygulamaya koyarak, IMF ve Dünya Bankası ve AB politikalarını alt yapı oluşturmadan derhal kabul etmiş ve yasa çıkarmayı meziyet saymıştır. Bizce sosyal güvenlik açısından IMF ve Dünya Bankası dayatmaları ile oluşturulan reform yıkıcı bir reform olarak gelecek nesilleri bunaltacaktır.

Ancak bu arada belirtelim ki, 506 sayılı Yasa'nın ömrünü tamamlamış olduğu da bir gerçektir. Yıllardır karışık bir o kadar da anlamını yitirmiş, uygulamacılara kök söktüren, anlamaya çalışan halkın aklını karıştıran, değişiklikleri ek ve geçici maddeler ile yapılmış ve eklemelerin çeşitli kanunlar içinde gösterilerek, maddelerden bahsederken farklı farklı tarih ve numara ile anılması gereken bir model içinde, neredeyse bütünlüğünü kaybetmiş bir nitelikte olarak sürüp giden yasanın yerine

çağdaş, akılcı, demokratik ilkelerle uyumlu bir yasanın çıkarılması beklenmekteydi. Fakat 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yerini alan 5510 sayılı Yasa'nın ne şekil açısından ve ne de muhteva açısından kabul olunabilir bir yasa olduğunu gönül rahatlığı ile söylemek mümkün değildir.

II) İŞVERENE RÜCU VE SS. KURUMUNA SAĞLADIĞI YARAR

Türk Sosyal Güvenlik sistemi sosyal sigortaları primli rejim sistemi ile oluşturmuştur. Bunun anlamı sosyal sigortalardan yararlanabilmek için ilgilinin parasal katkıda bulunmasıdır. Bu sistemin işlemesi için teknik yapı işçi ve işveren katkısı üzerine kurulmuştur. Bu katkı ve katkının kullanılması ile elde edilecek meblağ yine katkıda bulunanlara sistemin kuralları dahilinde riskleri karşılamak üzere sunulmaktadır. Genel kural bu olmakla beraber Devlet sosyal devlet ilkesi adı altında bu katkılarla oluşan primli rejimin hizmet etmekle yükümlü olduğu alanın dışına kayarak, sosyal nitelikte olmak üzere ve sigorta tekniğine tamamen aykırı olarak karşılıksız yardımlarda bulunmayı yasallaştırmıştır. Böylece gerek Emekli Sandığı, gerek Bağ-Kur ve gerekse Sosyal Sigortalar primli sistem çatısı altında olarak hizmet vermekte oldukları halde yapılarına aykırı olarak özel şartlar sağlanarak birçok grup kapsama alınmış ve yeterli katkı payı, gerek kurumları ve gerekse sistemin içine dahil edilenlerden alınmaksızın ödemeler yapılmış ve yapılmaktadır. Bu yetmiyormuş gibi kuruluş ve hizmet amacı aktüeryal esaslara göre olması gerektiği halde katkı payı aktüeryal esaslara uymadığı halde bir de bunların hak sahiplerine de ödeme yapılması, SS.Kurumunu sistemsizliğe iterek görevlerini yerine getiremeyecek duruma sokulmasına neden olunmuştur. Devlet sosyal devlet niteliğine uygun olarak başka bir yapılanmayı gerçekleştirebilir ve açık verilmesinin önüne geçebilirdi. Zira karşılık ödeyerek belirli risklerin sigorta tekniği içinde güvenceye alınması işleminde biriken fonların üçüncü kişilere veya gruplara kaydırılması eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi sistemin işlemesini de olumsuz etkilemiştir. Kurum karşılıksız yardım yapmak için oluşturulmamıştır. Nitekim 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu 15. maddesi ile Primsiz Ödemeler Genel Müdürlüğü kurulmasına dair hüküm kabul edilmiştir. Karşılıksız

Aynı çatı altında özel şartlar sağlanarak ve aktüeryal hesapların hiç düşünülmediği, yok farz edildiği bir uygulama içinde emeklilik hakkının sağlanması adil değildir.

yardım için aynı kurum içinde ayrı bir yapılanma ile sosyal yardımların gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır ama bu kısım ile ilgili kaynak oluşumu hakkında bir hükme yer verilmemiştir. Bunun için ayrı bir bütçenin oluşturulması ve fon teşkili ile bu fonların işletilmesinden elde edilecek meblağlar sosyal yardım niteliğinde nerelere, kimlere, hangi şartlarla dağıtılacağı yasa hükmü ile belirlenmelidir. Ancak primli rejim içinden pay ayrılarak menfaat sağlanacak gruplar belirlenmesi yöntemine devam olunacaksa burada topluma hizmette eşitsizlik ve haksızlık yapılır. Ancak sunu belirtelim ki, Anayasa'nın 61. maddesinde hükme bağlanmış sosyal güvenlik açısından özel olarak korunması gereken kişilere yapılacak ödemeler ve sağlanacak haklar ayrı olarak Kurumun karşılıksız hak ve menfaat sağlamanın eşitlik ilkesine aykırılığını ve adil olmadığını belirtmek istemekteyiz. Yoksa elbette Devletin anayasal görevleri arasında sayılmış ve özellikle sosyal güvenlik bağlamındaki genel toplumsal yarar ilkesi çerçevesinde yükümlülüklerini yerine getirmek için her türlü araçların kullanılması gereklidir. Ancak 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesi ayrı bir fon tesisini öngörmemiş bulunması yanlış olmuştur. İki sistemin birbiri içinde ve aynı çanaktan beslenmesi hakkaniyete aykırıdır. Sistemin baştan itibaren iflasına ışık yakılmıştır. Bu nedenle birçok sorunlar çıkacaktır. Katkıda bulunanların talebe hakları olan hizmetin, gereği gibi yerine getirilmemesi sorunların en başında yer alacaktır. Saniyen eşitlik ve demokratik haklar gündeme gelecektir. Ayrıca 5510 sayılı Yasa'ya baktığımızda, sistemde çalışmaya başladığı tarihten itibaren katkı payı veren ve aynı zamanda belirtilmiş süre boyunca çalışan ve yaş şartını da yerine getirenlerin yanında, bu şartları hiç yerine getirmemiş ancak belirli görevlerde bulunduğu için kapsama dahil edilmiş kişilerin de aynı hak ve imkânlardan yararlanması söz konusu edilmiştir. Aynı çatı altında özel şartlar sağlanarak ve aktüeryal he-

sapların hiç düşünülmediği, yok farz edildiği bir uygulama içinde emeklilik hakkının sağlanması adil değildir. Bu bağlamda sosyal güvenliğin yaygınlaştırılması amacının güdüldüğünün ileri sürülmesinin sosyal devlet ilkesi ile açıklanmasının inandırıcılığı yoktur. Gerçi bu durum 506 sayılı Yasa'nın uygulanmasında da ek maddeler ek geçici maddeler ile sisteme sokulmuş ve kurumun kuruluş amacındaki görevini ifa etmesini engelleyen nedenlerdi, ancak yeni yasa ile hiç de adil olmayan bu uygulamaya son vermek gerekirken yine anlaşılamayan bir teknik ile ve böylesi bir karmaşa içinde kapsam belirlenmiştir. Kanun koyucunun en azından gerekçede bunu açıklaması gerekirdi. Yasanın bu karmaşık hali RÜCU konusunun Kurum bakımından önemini bir kere daha vurgulamaktadır. Çünkü şimdiye kadar Kurumun iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık sebebiyle ortaya çıkan ve aktifinde azalmaya neden olan sigorta olayı nedeniyle işverenden yasaya ve Anayasa Mahkemesi kararlarına¹ aykırı olan rücu davaları ile maalesef elde ettiği meblağlara ihtiyacı vardı. Bugün de Yargıtay kararları ile aynı sonuca ulaşabileceği endişesini taşımaktayız. Devlet kurumlarının sürekli korunduğu bir zihniyet ile hakkın tesliminden ziyade kamu kurumlarının yararına hareket etmenin adaletin tecellisi olarak görüldüğü bir uygulama yoktur denebilir mi? Zira 506 sayılı Yasa hükmüne aykırı olarak Yargıtay kararları ile gelişen uygulama sonucu, kurum lehine yasa hükmünü aşan subjektif kararlar olduğu bir gerçektir. Senelerdir bu bağlamda adil yargılama ilkesi ihlal edilmiştir². SS. Kurumunun süreklilik arz eden bir nitelikte olmak üzere rücu yoluyla elde edeceği meblağlara ihtiyacı vardı.

Anayasa Mahkemesi'nin 26. maddenin lafzından artan sermaye değerinin artış olduğu dönem itibarıyla işverene rücu edilmesini gerektirecek bir anlatım çıkmadığı bu nedenle maddenin iptaline gerek olmadığı görüşüne rağmen maalesef Yargıtay Devleti koruma bilinci ile işverene, yasaya aykırı olduğu halde tekrar tekrar rücu edilmesine imkân veren kararlar vererek, işverenler aleyhine haksız sonuç doğmasına sebep olunmuş ve adil yargılama prensiplerine aykırı hareket edilmiştir³.

Aslında SS. Kurumu açısından işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandırılmış olması Kurumun işini son derece kolaylaştırır ve fevkalade memnun ederdi ama maalesef, işverenin sorumluluğu yasada kusur esasına göre belirlenmiştir.

Kurum ancak işverenin kastı, kusuru, hukuka aykırı fiili, ihmali sonucu meydana gelen zarar verici olayda işvereni sorumlu tutabilmektedir. 5510 sayılı Yasa'da da kusur esasına dayalı sorumluluk ilkesine aykırı bir düzenleme getirilmemiştir. SS. Kurumu rücu konusunda kusur ihdası için her olayda işvereni kusurlu bulmaya yönelik değişik yöntemler getirebilecektir. Bunu yasanın uygulanması ile göreceğiz.

Sonuç olarak yıllardır SS. Kurumuna rücu önemli girdi sağlamış bulunduğundan böylesi bir girdiden mahrum kalınmasına SS. Kurumu müsaade etmeyecek ve çeşitli kusur biçimleri icat edilecek, bilirkişilik kurumu da bunun aleti olacaktır.

III) RÜCU KONUSU İŞLETMELERİN EKONOMİSİ AÇISINDAN TEHLİKELİ BOYUTLARA VARACAK NİTELİKTE DÜZENLENEMEZ

Gerek yasanın içerdiği hükümler ve gerekse uygulamada ortaya çıkacak sorunlar ve yargı kararları ile bir takım muğlak ifadelerin yorumundan kaynaklanacak adaletsizlikler, rücu konusunu gündemden düşürmeyecektir. Mevcut durum ve yeni yasa ile uygulamada nasıl bir yorum yapılacağı konusunu belirleyebilmek için aşağıdaki bazı açıklamalara kısaca değinmek gerekmektedir.

A- Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Rücu⁴

Genel anlamda rücu bir kimsenin bir ödemede bulunması halinde bundan yararlananlara başvurabilmesi halidir. Başka deyişle geri ödemeyi talep edebilmedir. Tediye bulunan kişinin ödediğini, gerçekte ödemesi gerekenlerden geri alabilmesi imkân olan rücu hakkı ve imkânı ancak yasa metinleri ile kurallara bağlanır. Her ödeme halinde geri alın hakkı yasal bir düzenlemenin varlığı halinde mümkündür. Yasal düzenlemenin olmadığı geri alıma cevaz verilmediği hallerde rücu mümkün değildir.

Gerek 506 ve gerekse 5510 sayılı Yasalarda işverenin iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık halinde sigortalı ve SS. Kuruma karşı sorumluluğu kusur esasına göre düzenlenmiştir. İşverenin hiçbir kusuru bulunmadığı hallerde sorumlu tutulamayacağı yasa hükmüdür. 5510 sayılı Yasa bağlamında madde metninin gerek lafzi ve gerekse ruhi yorumunda işvere-

nin sorumlu olması için, kesin olarak, sigortalıya zarar veren veya ölümüne sebep olan fiilin işlenmesinde kastının bulunması aranmıştır veya işveren iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı davranmış olması halinde sorumlu tutulmuştur. Başka deyişle işverenin kusursuz sorumluluğu söz konusu değildir³.

Nitekim, gerek 506 sayılı Yasa'nın 10. maddesi ve gerekse 5510 sayılı Yasa'nın 23. maddesinde düzenlenmiş, işverenin süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluğu konusunda da, işverenin sorumluluğu kusur esasına dayandırılmıştır. Bu maddelerdeki kusur zarar verici fiilin meydana gelmesinde işverenin kastı veya ihmali veya iş sağlığı ve güvenliği açısından mevzuata aykırı fiilleri bakımından değil ve fakat, işverenin, mevzuat gereği, sistemin koymuş olduğu bürokratik işlemleri yapmaması, ihmal etmesi ve bu nedenle yasa hükümlerine aykırı hareket etmesi nedeniyle, o arada meydana gelen sigorta olayın-

nin iş kazası meslek hastalığı veya hastalığa maruz kalması hallerinde, işverenin sorumlu tutulması, yasa gereği yapmakla görevli olduğu işlemleri yapmadığı, yasa hükümlerine uymadığı, aykırı hareket ettiği için kusurludur ve burada kusursuz sorumluluk hali söz konusu değildir. İşverenin kastı bulunmaktadır. Kayıt dışı işçi çalıştırmak ve sigorta primi ödememek az vergi vermek için kasten yasaya aykırı hareket ettiği için sorumluluğu kusur sorumluluğudur. İşçiyi sigortalı olarak çalıştırmak yükümlülüğünde olan işverenin işyerinde istihdam ettiği halde sırf sigorta primi ödememek için ve kayıt dışı istihdam yaratmış bulunması nedeniyle, kusurlu hareketini bilerek ve isteyerek yasaya aykırı fiil ve eylemi gerçekleştirmiştir. Bu nedenle kast ve kusur unsurları tam olarak gerçekleşmiştir. Bu maddedeki sorumluluk sınırlarını 21. maddede bağlamında değerlendirmek maddeler ile getirilmek istenen düzene aykırılık oluşturur. 23. maddeye

5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde, SS. Kurumunun sigortalıya ödediği meblağı işverenden tahsil etmek gibi bir hakkı bulunduğunun temel nedeni gerekçede belirtilmemiştir.

dan sorumlu tutulması olup, bu sorumluluk yine kusur esasına dayalı bir sorumluluktur. İşveren mevzuata aykırı olarak sigortalıyı kayıt etmemiş ve yükümlülüklerini yerine getirmeyerek, işçiyi mevzuat gereği yararlanacağı hak ve imkânlardan mahrum bırakmıştır. İşveren yasaya aykırı fiili nedeniyle kusurludur. Çünkü mevzuata aykırı hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir, bu nedenle kusurludur. Bu maddeler açısından sorumluluk, zararı meydana getiren olayda kusurunun olmaması ile karıştırılmamalıdır. Başka deyişle SS. Kurumuna bildirme işleminin yapılmamasına rağmen, işçinin iş sağlığı ve güvenliği açısından her türlü koruma yapıldığı, önlemler alındığı ve dikkat ve ihtimamda bir noksanlık bulunmadığı iddiaları ve savunmaları işvereni sorumlu olmaktan kurtarmamaktadır. Bu maddenin uygulanmasında bir takım hafifletici kuralların kabulüne ve kıyas yolu ile 21. madde hükümlerinden yararlanmaya çalışmak gibi uygulamalar kanun koyucunun iradesine aykırı düşer. Yasanın ifadesinden burada kusursuz sorumluluk esasını kabul ettiğini ileri sürmek doğru olmayacaktır. Çünkü, işverenin işyerinde sigortalı çalıştırmaya başladığını Kuruma hiç bildirmemesi veya geç bildirmesi ve bu bildirimlerin yapılmadığı dönemde işçi-

aykırılığın herhangi bir indirimine konu olmasını ve 21. maddeye benzer bir yapılanmanın uygun olacağını belirtmek maddenin amacına aykırı düşer. Bu nedenle bu haldе işveren tam ve mutlak bir sorumlulukla karşı karşıya bırakılarak caydırıcılık esası uygulanmıştır. Maddede yükletilen görev sadece bürokratik bir takım işlemlerin yapılmasıdır. Bu bağlamda bu madde açısından bir takım indirimlerin uygulanmasını hakkaniyet esası dairesinde yorumlamak yanlış ve maddenin amacına, sosyal güvenliğin ve mevzuatın amacına aykırı düşer. 23. madde ile düzenlenmiş hüküm yerinde olup, işverenin bu madde hükümlerine uymamasının sonuçlarının hafifletilmeye çalışılması caydırıcılık ile bağdaşmaz.

B- 5510 Sayılı Yasa'nın Gereğesi, Amacı Açıklamaktan Uzaktır

Diğer üzerinde durulması gereken konu da; 5510 sayılı Yasa'nın 21. md. de, SS. Kurumunun sigortalıya ödediği meblağı işverenden tahsil etmek gibi bir hakkı bulunduğunun temel nedeninin gerekçede belirtilmemiş olmasıdır. Yasa gerekçesine baktığımızda ki bu gerekçe sırf yasaya gerekçe yazmak için konmuş olup, gerekçe adı altında

maddeye benzer cümlelere yer verilmiştir. En vahimi de, yasa madde numaraları ile gerekçe madde numaraların birbirini tutmamasıdır. Konumuzla ilgili madde gerekçesi 26. madde olarak geçmiştir. Yasanın 21. maddesine gelinceye kadar olmayan maddelere gerekçe yazılıp numara verildiğinden 21. madde gerekçesi madde 26 olarak belirlenmiştir. Bu gerekçenin ifadesi de aynen şöyledir:

"Bu madde ile işverenin iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kastı veya suç sayılabir bir hareketi olması ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliğine aykırı davranışı halinde yapılan veya ileride yapılacak ödemelerde bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının esas alınarak, sigortalı veya hak sahibinin işvereniden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene rücu edilmesi, işverenin ve sigortalının sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin de dikkate alınması." öngörülmüştür.

Yukarıya aldığımız numarası yanlış bu gerekçenin, felsefesinin 506 sayılı Yasa'nın kanunlaşmasından itibaren gelişimini ve doktrindeki görüşleri esas alarak cevaplamak gerekirse; Sosyal güvenliğin oluşumundaki tarihi temel felsefe olan "ekonomik yönden güçsüzler karşısında güçlü olanlar olarak kabul edilen zenginlerden vergi ve sigorta primi adı altında alınan değerlerin fakir sınıfların gelirlerine yansıtılması ulusal gelirin yeniden dağıtılması" fikrinin gerekçe olduğu varsayılabilir. İnsana verilen değer bağlamında korumaya yönelik olarak Devletin insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek ve sağlığına yönelik düzenleme yapmak yükümlülüğü nedeniyle işverenin işçilere daha dikkatli, özenli davranması ve yasal yükümlülüklerini ciddi bir şekilde yerine getirmesi için sorumluluğa ilişkin hükümlerin gerekli olduğu kaçınılmazdır. Bu sebeple Devletin yaptığı giderlerin geri alınmasının da hukuksal eşitlik gereği zorunlu olduğu söylenmektedir İşverenlerden belirli zararların istenmesinin, kusurlu ve kusursuz işveren açısından eşitliğin sağlanması açısından da gerekli olduğu kaçınılmazdır, şeklinde gerekçesi olduğu kabul edilebilir.

Sosyal Devlet ilkesini benimsemiş olan, T.C. Anayasası 2. md. Sosyal Devlet ilkesini temel bir ilke olarak kabul ettiğinden, Sosyal Devletin görevi, toplumu oluşturan bireylerin huzur içinde ve insan haysiyet ve onuruna yaraysır bir nitelikte olmak üzere yaşamlarını ve çalışmalarını sürdürmek için kişi ile top-

lum arasındaki güveni, dengeyi, toplumun huzurunu sağlamaktır. Devlet, emek sermaye ilişkisinde çalışanların ve işverenlerin haklarında temel hak ve özgürlükler ile bağdaşmayan şartları ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Ancak Devlet, sadece zayıf güçlü diye değil, vatandaşlar arasında ayırım yapmaksızın tüm ulusu oluşturan bireyleri, eşit normlar içinde korumak, gözetmek yaşam şart ve imkânlarını kalkındırmakla görevlidir. Bu bağlamda 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde düzenlenmiş rücu konusu düzenlenirken, işverenlerin ekonomik çıkmazlarla karşılaşmalarının önlenmesi de asıldır. İşte bu nedenle SS. Kurumunun işverene rücu edebilmesi için kusur esası benimsenmiş ve hakkaniyet veya tehlike sorumluluğundan yasada bahsedilmemiştir. Yasada yer almayan tanım veya kavramların yorumlar ile uygulamaya geçirilmesi hukuki olarak nitelenemez.

Temel insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkından çeşitli uluslararası belgelerden alıntılar yaparak eşitliğin sağlanacağını ve finansman dengesinin kurulacağını, sigortalı memnuniyetinin sağlanacağı beyanları ile yasa metninde olmayan bir uygulamaya cevaz vermek yasaya aykırılık teşkil eder. İnsan hakkı, adalet ve eşitlik söylemlerinde sürekli değişen ekonomik sistem ve devlet yapısı gözetilerek ve emek sermaye ilişkisinin yeni boyutları çerçevesinde yeni bir ruh, felsefe ve sistem anlayışı ile ve ancak yasal düzenleme ile sorumluluklar ve yükümlülükler getirilebilir. Bu nedenle de 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde yer alan işverenin sorumluluğu ve sınırları bakımından getirilmiş düzenlemenin yasa metninden farklı bir biçimde ve özellikle 506 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi, hukuka aykırı uygulama gibi bir uygulamaya sahne olmaması önemli olup, yasaların lafzi ve ruhi yorumu dışına çıkılmaması gerektiği bilincinde olunması asıldır. Özellikle rücu konusunda 506 sayılı Yasa döneminde verilmiş rücu kararlarından emsal oldukları gerekçesi ile yararlanılarak hüküm oluşturma yanlış olacağını da vurgulamak gerekmiştir.

C- Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Rücu Kusur Esasına Dayandırılmıştır

Pozitif hukuk bağlamında sigorta olayında 21. madde işverenin sorumluluğunu kusur esasına dayandırarak sınırlamıştır. Kanun koyucu başkaca hiçbir amaç gütmemiştir.

Kanun koyucu, hakkaniyet ve tehlike sorumluluğu gibi bir kuralın rücu kurumu açısından geçerli olacağına dair hiçbir hükme yer vermemiştir. Devletin sosyal güvenliği yaygınlaştırma ve sigortalıların refahını sağlama ve uluslararası belgelerle belirtilmiş yaşam düzeyinin kalkındırılması gibi söylemleri ifa için işverenlerin de ülke ekonomisinin kalkındırılmasındaki rolleri dikkate alınarak daha fazla sermaye sahibi olarak daha fazla istihdam sağlamaları için Devletin imkân ve şart hazırlamasının gerekli olduğu anlaşılabilir. İşverenleri kusursuz sorumluluk ile karşı karşıya bırakmanın yarardan ziyade zarar getireceği görülmüştür. Ayrıca işverene işçi ve hak sahiplerinin BK da düzenlenmiş objektif sorumluluk esaslarına göre dava açma hakkı bulunduğundan, Sosyal Sigortalar açısından kusur esasına göre sorumluluk düzenlenmiş, hakkaniyet ve tehlike sorumluluğu gibi sorumluluk biçiminin⁵, çalışma hayatında zorunlu sigorta ile risklerin sigorta ettirilmesi karşısında uygulanmayacağı anlaşıldığından işverenin sorumluluğu geniş tutulmamıştır. Kanun koyucunun rücu için amacı, 506 sayılı Kanun'un 26. maddesi bağlamında doktrinde belirtildiği gibi⁶, kurumun iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık nedeniyle sigortalıya, sigorta olayı vuku bulduğunda, ödemek durumunda kaldığı ve kalacağı giderler ve bağlanan gelirler nedeniyle, pasifinin artmasından dolayı rücu etmesi mümkün kılınmıştır. Kanunda böyle bir hak düzenlenmesi idi SS. Kurumunun sigorta olayı nedeniyle vuku bulan harcamaları ve bağlanan gelirleri kusurlu olan işverenden talebi mümkün olamazdı.

Kanun koyucunun rücu ile güttüğü diğer amaç ise; sosyal güvenlik mantığında zarar verici olayların önlenmesi ve gerekli önlemin alınması için sigorta ilişkisinde işverenin gerekli özeni, dikkati göstermesi tüm önlemleri alması ve yasa ile yükletilmiş tüm görevlerini eksiksiz yapması gerektiği bilincine erişmesini, etkin olarak sağlamaktır. Risklerin sigorta ile karşılanmasına rağmen, işverenin sorumlu tutulması, özensiz davranmasının ve yasalara aykırı hareketinin engellenmesi içindir. İşverenin kasıtlı davranmaması veya suç sayılan fiillerde bulunmaması için sorumlu tutularak, zarar verici fiillerin oluşmasında caydırıcılık yerleştirilmek istenmiştir.

Sorumluluk kusur esasına dayandırıldığına göre, işverenin iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık halinde SS. Kurumunun rücu etmesine muhatap olmasında kusurlu olup olmaması esas teşkil ede-

5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi lafzından, rücu sadece kusur halinde mümkün olup başka hiçbir gerekçe ile işverene müracaat edilmesi mümkün değildir.

cektir.

Uygulamada kusur sorumluluğu 506 sayılı Yasa döneminden beri uygulanmakta olup tehlike sorumluluğu veya hakkaniyet sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk esaslı pozitif hukuk açısından söz konusu olmamıştır. 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi lafzından rücu sadece kusur halinde mümkün olup başka hiçbir gerekçe ile işverene müracaat edilmesi mümkün değildir.

Yargıtay 506 sayılı Yasa'ya dayanarak verdiği kararlarda¹¹, işvereni kastı, suç sayılır hareketi, yasa hükümlerine uymaması, gerekli iş sağlığı ve güvenliği normlarını yerine getirmemesi nedenlerine bağlı olarak sorumlu tutmuş ve Kurumun rücu etmeye hakkı bulunduğuna hükmederek, hatalı bilirkişi raporlarına dayalı veya kusur oranlarının yanlış değerlendirilmiş bulunduğu gördüğünde yerel mahkeme kararlarını bozarak ve fakat Anayasa Mahkemesi'nin 26. madde ile ilgili son derece isabetli kararlarına aykırı olarak verdiği¹² kararları ile oluşturduğu bir sorumluluk uygulaması yapmaya çalışmıştır¹³.

Uygulamada ve doktrinde tartışılan, primli sigorta sisteminde işverenin riski zorunlu sigorta ile sigorta ettirdiği bir sistemde SS. Kurumunun işverene rücu etmesinin hukuka uygun olup olmadığı noktasındadır. Risklerin zorunlu sigorta kapsamında olması nedeniyle, kusurlu sorumluluğun dahi söz konusu olmamasına yönelik görüşler bulunduğu açıktır. Bu görüşler sigorta ilişkisinden hareketle riskin sigorta edilmiş olmasından dolayı artık işverene rücu edilmemesi yönündedir. Bu görüşe katılmadığımızı ve adil olmadığını burada belirtmek isteriz. Genel sigorta anlayışında riskin doğumuna neden olanlara sigortanın rücu etmesi kuraldır. Ancak bu rücu edilebilir bir takım şartlara bağlanmıştır. O halde Sosyal Sigortalar açısından da kusur, ihmal savaçlama ve yasa hükümlerine aykırı hareket etmenin bir yaptırımının olması adalet gereğidir. Nasıl olsa sigorta ettirdiğini düşünerek tehlikelerin bertaraf edilmesine gayret sarf etmemek, görevleri yapmaktan kaçınmak

veya eksik yapmak sureti ile zarar meydana gelmesine sebebiyet vermenin bir bedelinin olması gerektiği açıktır. Bu nedenle yasada kabul edilmiş ve hukuki niteliği itibarıyla kusura dayandırılmış sorumluluğun varlığı toplumun yararı ve iş ilişkilerinin selameti açısından gereklidir.

D- Yasa Metni Sorumluluğu Nasıl Düzenlemiştir?

a. Pozitif Sistem: Yasa Metinleri Açısından

506 sayılı Yasa II. Bölüm İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları başlığı altında düzenlediği 26. maddesi ile sigortalının iş kazası ve meslek hastalığına uğraması halinde işverenin sorumluluğunu; işverenin KASTI veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine AYKIRI HAREKETİ veyahut SUÇ SAYILIR bir hareketi sonucu olmuşsa, SS. Kurumunca sigortalıya veya hak sahibi kimselelere yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin sermaye değerleri toplamının işverenden sigortalı veya hak sahiplerinin isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere, işverene ödetirileceği şeklinde hükme bağlamıştır ve arkasından işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde KAÇINILMAZLIK İLKESİNİN DİKKATE alınacağını belirtmiştir.

5510 sayılı Yasa'nın Üçüncü Bölümü de Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri başlığını taşımakta olup 13 ve 14. maddelerde iş kazası ve meslek hastalığı ile ilgili hak ve şartları düzenledikten sonra kenar başlığı, İş Kazası ve Meslek Hastalığı ile Hastalık Bakımından İşverenin ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu olan 21. madde ile rücu aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

İşverenin sorumluluğu; iş kazası ve meslek hastalığı işverenin KASTI veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği MEVZUATINA AYKIRI bir hareketi sonucu meydana gelmişse, kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödetirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır, şeklindeki hükümle işverenin sorumluluğu belirlenmiştir.

Madde devamla uzun zamandır ihtilaf konusu olmuş kamu görevlileri hakkında rücu talebinin mümkün olamayacağı Anayasa 129/5. madde gereği buna imkân bulunmadığı tartışmaları sonunda yasal dayanağına kavuşmuştur! Daha önceki uygulamalar bağlamında yasada hüküm olmadığı halde Anayasa hükmü doğrudan doğruya uygulanarak kamu görevlilerinin sorumluluğu yeni bir boyutta çözümlenmişti. Belirtmek gerekir ki yasal dayanağı olmayan bir kuralın yargı kararlarını oluşturması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. 5510 sayılı Yasa Anayasa'daki 129/5. maddeyi genişleterek sosyal sigortalardaki sorumluluk için de uygulamayı gerekli görmüş ancak buna dair hiçbir gerekçe yazmamıştır. 21/5. fıkrası aynen şöyledir:

"İş kazası meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı baklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücu edilmez..."

Anayasa 129. madde ile memurlar ve kamu görevlilerine görevlerinin ifa edilmesinde güvence getirilmiştir. Buna göre, 129/5 fıkrası, memurların veya kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu olunamayacağını, ancak bağlı buldukları idare aleyhine açılacağına dair hüküm getirmiştir. Ancak idare tarafından memurlara veya kamu görevlilerine rücu edilmesi ayrı bir durumdur. İşte bu madde sebebiyle uygulamada kamu görevlileri aleyhine açılmış rücu davaları ve tazminat davaları sebebiyle oluşan tereddütler sonunda 5510 sayılı Yasa'ya konulan bu hükümle kamu görevlilerinin sosyal sigortalar karşısında sorumlu olmayacakları ve bunların kurumlarına da rücu edilemeyeceği yasa hükmü haline gelmiş ve böylece uygulamada kamunun başını ağrıtan bir sorun halledilmiştir. Zaten özel kesim işverenlere rücu ile yeterli derecede SS. Kurumu giderlerine karşılık peşin peşin gelir sağlanmaktadır. Bu madde ile hiç beklenmedik kurallar getirilerek hukuk sistemi alt üst edilmiştir. Kamu kurumlarına SS. Kurumunun iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık halinde rücu edemeyeceğine dair yasa maddesi getirilmiştir.

Açıklamak gerekir ki kanun koyucunun işverenin kamu veya özel olması arasında bir farklılık yaratmaması asıldır. Bu kadar geniş yetkiyi nereden almıştır. Herhalde kanun koyucu zuhulen böyle bir maddeye yer vermiş olsa gerek. Yasanın uygulanmasında farklılık eşitlik ilkesine ve demokratik anlayışa tamamen terstir. Bu nedenle Anayasa'nın 129/5 maddesindeki hükmün Sosyal Sigortalar Kanunu açısından uygulanmasını da kapsayacak şekilde kaleme alınmış bulunduğunu kabul etmek Anayasa ile getirilmiş temel hakları inkâr etmek demektir. Bu nedenle 21.5. fıkranın tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kaçınılmazdır¹³.

5510 sayılı Yasa 21. madde ile 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi arasındaki farklar da aşağıdaki gibidir.

● İşverenin suç sayılır bir hareketi sonucu iş kazası ve meslek hastalığının oluşmasına ilişkin fıkra 5510 sayılı Yasa'da yer almamış ve

● Bağlanacak gelirlerin Çalışma ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıkları'nca birlikte tespit olunanak tarifeye göre belirleneceğini belirten 506 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde belirtilmiş yöntem benzer bir yöntem için 21. maddede bir hüküm yer almamıştır.

● İş kazasının md. 13/2-a'da belirtilen sürede işveren tarafından bildirilmemesi halinde bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, kurumca işverenden tahsil olunur, şeklindeki hüküm eski yasada ayrı madde iken şimdi 21. maddede yer almıştır.

● 506 sayılı Yasa'da, ileride yapılması gerekli her türlü giderlerin tutarları ile, yerine, 21. maddede, ileride yapılması gereken ödemeler, denilmiştir.

● 506 sayılı Yasa'da, gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı, yerine, 21. maddede, bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının tahsil edileceği belirtilmiştir.

b. 21. Madde Hükmü Bağlamında Sorumluluğun Sınırları

Gerek 506 ve gerekse 5510 sayılı Yasalar işverenin iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık halinde kusurlu bulunduğu takdirde, hangi esaslar dahilinde sorumlu olacağını belirtmiştir.

Şimdiye kadar uygulamada Yargıtay kararları ile gerek Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı olarak ve gerekse 26. maddede vaki değişiklikler sebebiyle

eski içtihatların etkisinde kalınarak ve içtihatların zaman içinde ağır değişimleri sonucu adil olmayan kararlar verilebilmiştir. Uygulamadaki rahatsızlıklar göz önüne alınarak olması gereken bir düzen yerine yine birtakım tereddütlere ve hoşnutsuzluklara neden olacak kararların varlığı yasada önemli değişiklikler yapılmasını zorunlu kılmaktaydı.

İşverenin sorumluluğunun sınırlarını belirtmeden önce tekrar edelim ki; 21. madde, işverenin kastı ve yasalara aykırı bir eylemi olmadığı takdirde hiçbir şekilde işvereni sorumlu kabul etmemiştir. Kusurlu kabul edilmeyen işveren artık SS. Kurumunun sigortalı veya hak sahiplerine ödemediği ve ileride yapılması gereken ödemelerden sorumlu değildir ve gelir bağlaması halinde de bunun ilk peşin sermaye değerini ödemekle yükümlü olmayacaktır.

İşveren kusurlu kabul edildiği takdirde ve kusur oranına göre;

i- Kurumun sigortalı veya hak sahibine yaptığı ödemeler,

ii- İleride yapılması gerekli ödemeler,

iii- Bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamını, ödemekle yükümlü tutulduğu yine yasa hükmüdür.

iv-Bu meblağların tavan sınırı da sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutar olarak keza yasada belirtilmiştir.

Bu madde hükmüne göre, Yargı kararları ile işvereni yıllarca rücu davaları sebebiyle muhatap tutmak ve işverenin sorumluluğunu tükenmez bir biçimde devam ettirmek gibi bir uygulama 5510 sayılı Yasa bakımından söz konusu olamayacaktır. Başka türlü bir yorum yapılması mümkün değildir. Zira 26. maddeye yönelik iptal istemlerinde Anayasa Mahkemesi kararında, madde metninde ilk defa bağlanmış olan gelirin peşin değerinin istenmesinin dışında her seferinde, sosyal hukuk devleti gereği olarak, sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak maksadı ile yasa ile sonradan yapılan arttırmaların, 26. maddenin "ileride yapılması gerekli bulunan giderler" kapsamında olmadığı¹⁴, dört kez belirtilmiş bulunduğundan, bu kez 5510 sayılı Yasa 21. maddesinde açıkça ilk peşin sermaye ibaresi yer aldığından ve hangi sermaye olduğu daha açık olarak belirtilmiş bulunduğundan 21. madde hükmü gereğince, işverene ilk peşin sermayenin değeri toplamı dışında rücu imkanı yoktur.

İleride yapılması gereken ödemelerden maksat

ise, sağlık açısından araç gereç gibi değişmesi veya sağlanması gereken masraflar olarak yine kusur esasına göre ve işverenin sorumluluğunun devam ettiği ve illiyet bağının kesilmediği durumlarda ancak söz konusu olabilecektir. Kazaya uğramış işçinin işbu sebeple hakkı olan sağlık yardımları bağlamında bu kazaya veya meslek hastalığına ilişkin olarak ve sigortalının yasada belirtilmiş ilerde yapılması gereken giderler bağlamındaki giderin yapılmasında sigortalının bir kusuru olmadığı takdirde ancak kurumun işverene bunu rücu etmesi mümkündür. Tüm bu rücu hallerinde işverenin sorumluluğunun, tavan olarak belirlenmiş tutarın aşılması koşuluna bağlı olduğu genel kuralı her zaman uygulanacaktır.

O halde, 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi hükümünün eski yasa hükmüne kıyasla, sınırları daha kesin ve yorum yapmaya müsait olmayan bir uygulama

hangi hallerde indirim yapmayı gerektirir? Kaçınılmazlık işverenin hiç sorumlu olmayacağı sonucunu taşır mı taşımaz mı? Kaçınılmazlık işverenin kusurunu ortadan kaldıran bir neden ise işvereni sorumlu tutmak niye mümkün olsun? Kaçınılmazlığa bir oran uygulamak doğru mudur? Yoksa 5510 sayılı Yasa işverenin sorumluluğunu saptarken kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır hükmü ile, kaçınılmazlık olsa da işveren sorumlu olacaktır, sonucuna varılacak bir hüküm mü kastetmiştir? Uygulamada bu nasıl anlaşacaktır?

21. madde hükmündeki kaçınılmazlık ilkesi, 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine 4958 sayılı Yasa ile eklenmiş olan kaçınılmazlık ilkesi gibi hâkimin tazminat miktarından indirim yapması halinin devamı olarak düşünülmüş bir hüküm mü olacaktır? Yoksa işveren her şartta sorumlu olmalıdır, olay kaçınılmazlık halinde vuku bulmuş olsa bile işve-

Kaçınılmazlık önüne geçmenin imkânsız olduğu veya hangi önlem alınırsa alınsın, hangi boyutta dikkat sarf edilirse edilsin oluşması engellenemeyen fiiller ve olaylardır.

ma getirmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira bu madde ile işverene her artış yapıldığında kurumun rücu etme imkânı ortadan kaldırılmıştır.

c. Kaçınılmazlık İlkesi ile Ne Kastedilmektedir?

Yasada yer alan iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık hallerinde işverenin sorumluluğunun tespiti kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır hükmü işverenin sorumluluğunu nasıl ve ne derece etkileyecektir? Kaçınılmazlık ile ilgili hüküm 4958 sayılı Yasa ile 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine eklenmiş bir hüküm olarak kavramın tanımına aykırı bir uygulama ile işverenin sorumluluğunu artırmış ve kusur sorumluluğuna darbe indirmiş bulunduğundan, yeni yasa bağlamında nasıl bir uygulamaya sahne olacağı, bilirkişilerin elinde ne gibi yapıya ulaşacağı ve yargı kararlarına nasıl yansıtacağı ve nasıl bir yorum yapılacağını kestirmek mümkün olamamıştır.

506 sayılı Yasa bağlamında uygulamada, kaçınılmazlık ilkesinin uygulandığı hallerde BK. 43. maddeye göre hâkim, bilirkişi raporunda belirtildiği nispette bir indirim yapmaktadır. Kaçınılmazlık sadece indirim yapmayı mı gerektirmelidir veya

renin sorumlu olması asıldır, düşüncesi ile mi madde kaleme alınmıştır? Bunu madde metninin lafzından anlamak mümkün değildir. Çünkü kusuru tespit ederken, kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır cümlesinden, işveren kusursuz olsa da kaçınılmazlık ilkesinden hareket ile işveren her şeye rağmen kusurlu bulunacak şekilde bir yorum yapılmasını engelleyen bir ibare madde metninde yer almamıştır ve şayet bu yorum esas alınır, 506 sayılı Yasa dönemindeki Anayasa Mahkemesi kararlarına rağmen nasıl Yargıtay yanlış uygulamalarına devam ettiyse, bu maddenin bu muğlak ifadesinden dolayı, kanun koyucunun gerçek iradesi dışında ve yasada olmayan kurallara göre uygulamalar yapılabilecek ve karar düzeltme imkânı da olmayan iş mahkemesi kararları ile adil yargılamaya tamamen aykırı sonuçlar, konferansların ve seminerlerin tartışma konusu olmaya devam edecektir.

Kaçınılmazlık nedir? Kaçınılmazlık önüne geçmenin imkânsız olduğu, veya hangi önlem alınırsa alınsın, hangi boyutta dikkat sarf edilirse edilsin oluşması engellenemeyen fiiller ve olaylardır. Bunların en belirgin örneği tabiat olayları olarak ortaya çıkar. Ancak teknolojik nedenlerle teknoloji kullanımından

dolayı, alınan önlemlerin ve kullanmadaki özenin ve gösterilen itina ve dikkatin hiçbir şekilde etkili olmadığı ve zarar verici olayın oluşumunun hiçbir vasıta ile engellenemediği ve engellenmesinin de mümkün olmadığı, durumlardır kaçınılmazlık.

Kaçınılmazlık nedeniyle bir iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmişse bu takdirde işverenin mevzuat gereği almakla yükümlü olduğu tüm önlemleri almış olması durumunda artık sorumlu olmayacaktır, çünkü tüm önlemlere rağmen önlenmesi mümkün olmayan bir durum söz konusu olduğundan işveren sorumlu tutulmayacaktır¹⁰.

Genel olarak nitelemek gerekirse, kaçınılmazlık demek, vuku bulan olaya karşı koyulmazlık hali ve her türlü tedbirin alınmasına rağmen gerçekleşmesi önlenemeyen ve objektif bir kaçınılmazlık durumunun¹¹, söz konusu olmasıdır. Umulmadık bir hâl kaçınılmazlık olarak nitelenmeyecektir. Ummamak ummayı düşünmemek ve zarar verici olay ile karşılaşmak kaçınılmazlık olarak değerlendirilemez.

Olayın sosyal sigortalar açısından değerlendirilmesinde, yasanın gerekçesinde başka bir görüş olmadığına göre, kaçınılmazlık ilkesi ile güdülmüş amaç, kusurun saptanmasında, meydana gelen olayın mutlak ve objektif bir nitelikte önüne geçilmez olması ve mutlak olarak imkânsız bulunması halinin¹² kaçınılmazlık olarak kabulü ve sorumluluğun buna göre belirlenmesidir.

Kaçınılmazlık ilkesinin mutlak ve nisbi olarak uygulanacağına ilişkin yasa ile hüküm konabilir¹³. Sosyal Güvenlik Kanununda, kanun koyucu aksini belirtmediğinden kaçınılmazlık ilkesini "mutlak" olarak yasada ele almıştır. Aksi halde madde metnine kaçınılmazlık ilkesi bağlamında indirim de yapılması mümkündür denmesi gerekirdi. Bu hali ile madde metni çerçevesinde olayda kaçınılmazlık olduğunda işverenin kusursuz olduğu sonucuna varılarak SS. Kurumunun rücu imkanı ortadan kalkacaktır. Çünkü mutlak kaçınılmazlık kusuru ortadan kaldırır. Nisbi kaçınılmazlık halinde ise sübjektif bir niteleme olarak işverenin ekonomik durumu ile işçinin ekonomik durumu arasında bir dengenin sağlanması görüşünden hareketle güçlü ile güçsüz olan arasında denge sağlanması ve hakkaniyete dayandırılarak sorumluluğun saptanması yoluna gidilecektir ki, maddenin lafzından bu amaç ortaya çıkmamaktadır. Esasen ekonomik durumların temel alındığı bir uygulama objektif bir ölçüt olmaktan artık çok uzaktır. Zi-

ra her işveren veya her işletmenin ekonomik durumunun ekonomik dengeler açısından aynı esaslara bağlanması mümkün olmadığı gibi eşitlik ilkesine de aykırı bir durum yaratması bakımından kaçınılmazlık mutlak ve kaçınılmazlık halinde kusur yoktur, bu takdirde de kusura dayalı bir sorumluluktan artık bahsedilemez ve işverene rücu etmek imkânı ortadan kalkar.

506 sayılı Yasa uygulamasında 26. maddeye eklenmiş kaçınılmazlık ilkesi ile işverenin kasdının olmaması halinde de kaçınılmazlık ilkesinden dolayı indirimli bir sorumluluk uygulaması yapılması son derece yanlış bir uygulama olmuştur. Kavramların içeriğinin boşaltılarak başka anlamlar ile uygulanması yerine kanun koyucu açıkça işverenin kastı yoksa bile sorumlu olsun demek yerine, kaçınılmazlık ilkesi nazara alınacaktır demekle esasen muğlak bir hüküm getirmiştir.

Kaçınılmazlığın mutlak ve objektif olması asıl olduğuna göre yasada yer almış bulunan kaçınılmazlık ilkesinin uygulanmasını öngören kanun koyucu kusurun ortadan kalktığını ve işverene rücu edilemeyeceğini kabul etmiş demektir. Kanun koyucu yasanın gerekçesinde nisbi bir kaçınılmazlık hali benimsediğini belirtmediğine göre 21. madde metnindeki kaçınılmazlık mutlak kaçınılmazlıktır. Bunun aksine olarak kaçınılmazlık oranı belirleyen bilirkişi raporları ile oluşan yargı kararlarında indirim yapılmakla adaletli uygulama yapıldığı zan edilmemelidir. Yargı kararları yasa hükmü gereği mutlak kaçınılmazlık ilkesi doğrultusunda kusur olmayacağını gözeterek oluşturulmak durumundadır. Aksi halde kaçınılmazlık ilkesinin işverenlerin sorumluluklarının tayin ve tespitinde adil bir sonuç elde edilmesini sağlayabileceğini söylemek çok güçtür. Kusursuz sorumluluk ilkesinin kaçınılmazlık ile bertaraf edilmesi gibi bir sonuç herhalde kanun koyucunun amacı değildir.

O halde 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi gereği işverenin sorumluluğundan bahsedebilmek ve SS. Kurumunun rücu talebinde bulunabilmesi için işverenin kastının başka ifade ile kastın içinde yer alan kusurunun, ihmalinin veya mevzuata aykırı fiilinin olması gerekmektedir. İşveren yasada sorumluluk için konmuş bulunan unsurlardan hiç birinin kapsamında değilse bu takdirde, yasa metni gereği sorumlu olmayacak ve SS. Kurumu işverene rücu edeme-

yecektir. Bunun aksine bir düşünce ve uygulama yasaya aykırılık teşkil eder. Şöyle ki, 5510 sayılı Yasa hükmü gereği, işverenin sorumlu tutulması için ne hakkaniyet sorumluluğu ne tehlike sorumluluğu ve ne de kusursuz sorumluluk esası kabul edilmiş değildir. Yasada olmayan bir kuralın uygulamada yer alması ve yargı kararlarına gerekçe yapılması yanlıştır, adil değildir. Adil olmayan kararların verildiği bir sistemin adı demokrasi değildir. Özellikle 19. yy. felsefesi bağlamında emek ve sermaye ilişkisinde güçlü karşısında güçsüzün korunması ilkesine dayanarak işverenin sorumlu olması gerektiği yargısına varmak adil ve objektif olmayacağı gibi, hukuk devleti mantığı ile de bağdaşmaz.

SONUÇ

Sosyal Güvenlik Sistemi bir ülkenin Devlet yönetim modeli ile çok yakından ilgili olan bir kurum olarak ulusu meydana getiren bireylerin sosyal refahı ile orantılı düzenlenmiştir. Bu sistem sigortalıların risklere karşı koruma ve korunma yöntemlerini düzenleyen sistemdir.

T.C. Anayasası temel ilkeler babında Cumhuriyet ilkeleri olarak sosyal hukuk devletinden bahsettiğine göre, bu kavramın açıklamak istediği, ulusu meydana getiren bireylerin insan onuruna yaraşır bir biçimde yaşam düzeylerinin öncelikle asgari düzeyde sağlanması ve ondan sonra da devletin kaynaklarının ulus için gerekli seviyeye çıkarılmasını mümkün kılmak olacaktır.

Bunu yaparken de emek-sermaye ilişkisinde sadece emeğin korunmasına yönelik önlemler alınmamalıdır. Sosyal güvenlik açısından Devletin kamu kurumları marifeti ile yüklendiği yükümlülüklerin yerine getirilmesinde işverenlerin yasa düzenlenmemiş boyutlara varan ve sorumluluk adı altında yaptırımlara muhatap kılmak ülke ekonomisini olumsuz etkileyen en önemli unsur olacaktır. Bu bakımdan hakların ve borçların düzenlenmesinde, adil, eşitlikçi, yasalara uygun kuralların geçerli olmasını sağlamak birçok sorunun çözümlenmesinde en etkin yoldur. Yasanın 01.01.2007'de bu hal ile yürürlüğe girmemesinin en doğru yol olduğunu ve Türk halkının ihtiyaçlarına cevap verecek bir yasanın sadece IMF ve Dünya Bankası ve AB raporları doğrultusunda değil Türk bilim adam-

larının görüşlerinin alınması suretiyle elbirliği içinde yapılmasının doğru olduğunu söylemek gerekmiştir. Aksi halde gelecek nesillere layık oldukları düzeyde bir yasa bırakmak mümkün olmayacak ve tarih sayfaları acımasız eleştirilerle dolacaktır.

DİPNOTLAR

- 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararları hakkındaki açıklamalar için bkz. Aslanköylü Resul, Kurumun 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 10 ve 26. Maddesinden Doğan Rücu Hakkının Hukuksal Temeli, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi cilt 6, 2002 sayı 4, s.203 vd.
- Aslanköylü R. a.g.m. s. 266 vd., kararlar hakkındaki eleştirileri.
- Bu konudaki görüşler için bkz. Araslı Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Ank. 2002, s. 495 vd.
- Güzel Ali-Okur Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, 9. bası 2003, s. 242 vd.; Eren Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ank. 1974, s. 77 vd.; Sarper Süzek: İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 312 vd.
- İşverene rücu için kusur sorumluluğunun arandığı ve kusur konusundaki doktrindeki tartışmalar ve görüşler için bkz. Güzel-Okur, a.g.e., s. 243 vd.; Tekinay Akman-Burcuoğlu Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, İst. 1988, s. 670 vd.; Süzek S. a.g.e., s. 317 vd.; Şakar Müjdat: İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebepiyle Sosyal Sigortalının İşverene Rücuunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu, Sicil, MESS İş Hukuku Dergisi, Haziran 06, sayı 2 s. 132 vd.
- Araslı Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C I,2002, s. 8, 496 vd.
- ibid., s. 496.
- Bu konudaki incelemeler için ayrıca bakınız: Süzek Sarper: İş Hukuku, 2. bası İst. 2005, s. 314-341.; Şakar M. a.g.m., s. 132.
- Bu sorumluluklar bakımından bkz. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s.670 vd.
- Güzel Ali-Okur Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, 2003 İst., s. 242 vd.
- Yarg. 10. HD.'nin kararları için bkz. Tüba Mevzuat Bank 506 sayılı Yasa 26 ve 10. madde ile ilgili kararlar: Araslı U. a.g.e., s. 530 vd.; Ertürk Erhan: Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, C 1 Ank. 2001, s. 161 vd kararlar için bkz.
- Aslanköylü, a.g.m. s.254 vd.
- Yarg.10 HD.'nin kararları için bkz. Tüba Mevzuat Bank 506 sayılı Yasa 26. madde ile ilgili kararları.
- Bu konuda 506 sayılı yasa bağlamında verilmiş kararlar ve görüşler için ayrıca bkz. Araslı U. a.g.e. s. 512 vd.
- Aslanköylü R. a.g.m., s. 253 vd.
- Güzel-Okur, a.g.e., s. 247. Araslı U. a.g.e., s. 511.
- Eren Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İş kazası öve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, 1974, Ankara, s. 100 vd.
- ibid.
- ibid.: Keser Hakan: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısı ile Kurumun Yaptığı Harcamalarından Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık, Sicil, MESS İş Hukuku Dergisi, Haziran 06, sayı 2 s. 141 vd.
- ibid., s. 142 vd'daki açıklamalar ve atıf yapılan Yargıtay kararları.