**Yürütmenin durdurulması ve duruşma istemlidir**

**DANIŞTAY BAŞKANLIĞI’NA,**

**DAVACI :**Türk Tabipleri Birliği

 Şehit Daniş Tunalıgil Sokak No:2 Kat 4 Demirtepe - Ankara

**VEKİLİ** :Av.Mustafa GÜLER (Ankara Barosu 10568)

 Strazburg Caddesi 28/28 Sıhhiye 06430 Ankara

 Tel: 0312 2297130 – 2300677 – 0532 4905981

**DAVALI** :Sosyal Güvenlik Kurumu – Ankara

**T.KONUSU** :Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanmış olan 2015/19 sayılı Genelge’nin “*1.18-Özel sağlık hizmeti sunucularında görev yapan hekimler”* başlıklı bölümün (a) bendinin ikinci paragrafının, (f) bendinin birinci paragrafının, (b), (c), (d) ve (g) bentlerinin yürütmesinin durdurulmasıyla iptaline karar verilmesi ile incelemenin duruşmalı olarak yapılması istemidir.

**ÖĞRENME** **TARİHİ:**30.07.2015

**AÇIKLAMALAR**

Özel sağlık kuruluşları, çalışanları olan hekimlerden, şirket kurarak kendilerine hizmet faturası kesmelerini ve ücretlerini bu fatura karşılığında ödemeyi istemekte, çalışanları buna göre yönlendirmektedir. İş alanındaki daralmanın da etkisiyle pek çok hekim, **esasen bordro karşılığında ücretli olarak çalışması gerekirken**, şirket kurup asıl işverene hizmet satan alt işverenmiş gibi konumlandırılmıştır. Mevcut **iş ilişkisi işveren tarafından taşeronluk gibi sunularak, çalışanlar işçilik haklarından yoksun bırakılmakta, işveren de çalışma yaşamını düzenleyen kuralların getirdiği yükümlülüklerin pek çoğundan kurtulmaktadır**. Hastane işletmecisi ile çalışan hekim arasındaki işçi işveren ilişkisini perdelemeye çalışan bu uygulama hukuka aykırıdır.

Hukuka aykırı bu ilişkilendirme biçimi, 6645 sayılı Torba Yasa ile kısmen yasallaştırılmıştır. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasasına bu Torba Yasa ile eklenen bir hükümle, özel sağlık kuruluşları ile hekim arasındaki iş ilişkisinin doğal niteliğinin farklı biçimde sunulmasının Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından kabul edileceği belirtilmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu da yayınladığı 3.7.2015 tarih ve 2015-19 sayılı Genelge ile söz konusu Yasa’nın uygulamasına ilişkin bir takım ayrıntıları düzenlemiş, ayrıca yasalaştırılamayan işverene ceza affını da örtülü bir düzenlemeyle Genelge’ye koymuştur.

Özel hastane işletmecisi ile işçi statüsünde çalışan hekim arasındaki çalışma ilişkisi değişmeksizin, taraflar arasında yapılacak yeni bir sözleşmeyle, hekimin işçilikten alt işverenliğe (taşeronluğa) geçirilmesi; bu suretle hak kayıplarına uğratılmasına ilişkin Genelge hükümleri aşağıda belirteceğimiz sebeplerle hukuka aykırıdır.

Söz konusu Genelge Resmi Gazete’de yayınlanmamış, haricen 30.07.2015 tarihinde öğrenilmiştir. Bu bakımdan dava süresindedir.

Bu alana ilişkin genel açıklamalardan sonra, iptali istenen düzenlemelere ilişkin ayrı ayrı açıklamalarda bulunulacaktır.

**1-İŞ İLİŞKİSİ VE SOSYAL GÜVENLİK**

İş Kanununun 8. maddesine göre *“İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.”*

Aynı Kanun’un 2.maddesinde alt işverenliğin de tanımı yapılmıştır: *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”*

Tanımlara bakıldığında da görüleceği üzere yasakoyucu, alt işverenlik yoluyla işlerin parçalanıp işçilerin haklarının kısıtlanması ve işverenlerin yükümlülüklerden kaçınmalarını önleyebilmek için alt işverenliği oldukça sınırlandırmıştır. Dava konusu işlem özelinde değerlendirme yapıldığında, alt işverene devredilebilecek işlerle ilgili sınırlamalar karşısında sağlık hizmeti sunan işverenin yardımcı iş olarak nitelenemeyecek hekimlik hizmetini alt işverene devretmesi genel olarak mümkün bulunmamaktadır.

İşverenler genellikle işçilik haklarını karşılamaktan kaçınmak ve benzeri sebeplerle esasen iş sözleşmesi olarak yürütülen hizmet ilişkilerini alt işverenlik olarak niteleyerek buna göre işlem yapılmasını talep etmektedir. Ancak kimi zaman SGK müfettişlerinin tespitleri, kimi zaman da işçilik haklarıyla ilgili talepler üzerine ortaya çıkan uyuşmazlıklarda ortaya çıkan yargısal kararlarda sözleşmelerin hukuksal nitelemesinin, yapılan işe göre olacağı açıkça ortaya konulmaktadır.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin saptanması, buna bağlanan sosyal güvenlik sistemini de belirleyecektir. Nitekim, iş ilişkisinin varlığı halinde çalışan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasasının 4/a maddesi (SSK) kapsamında değerlendirilecekken bu ilişkiye alt işverenlik nitelemesi yapıldığında aynı hekimin tabi olduğu sosyal güvenlik 5510 sayılı Yasa’nın 4/b maddesi (Bağkur) olacaktır. Her iki maddenin sağlık güvencesi ve emeklilik koşulları bakımından birbirinden oldukça farklı hükümler içermesi çalışanın bu sebeple çeşitli kayıplar yaşamasına sebep olabilecek niteliktedir.

Diğer taraftan, işverenle çalışan arasındaki çalışma ilişkisi iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyorsa, taraflar buna bambaşka isimler verip farklı nitelemelerde bulunsalar da, iş sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Bir başka anlatımla, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, aralarındaki sözleşmedeki adlandırmalara göre değil, ilişkinin fiili işleyişine göre belirlenir.

**2-6645 SAYILI YASA’NIN ARKA PLANI**

Soma’da ve Ermenek’te meydana gelen maden facialarında yüzlerce işçinin ölmesinin sebepleri arasında işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerindeki yetersizliklerin de ifade edilmesi, bu alandaki profesyonellerin yetkilerinin artırılmasının yanı sıra Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın denetim elemanlarının etkinliğinin artırılmasına yönelik düzenlemeleri içeren bir Yasa Taslağı hazırlanmıştır. Söz konusu Taslak[[1]](#footnote-1) TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunda oluşturulan Alt Komisyonda görüşülmüş, esas Komisyondaki görüşmelerinin de bitmesine yakın; bu davaya konu Genelge’nin dayanağı olan teklif ile birlikte özel sağlık kuruluşu sahiplerine çalışanları ile aralarındaki iş ilişkisini farklı olarak göstermiş olmaları sebebiyle SGK’nın kurulduğu tarihten bu yana kesilmiş cezaların affına ilişkin bir önerge sunulmuştur. Komisyonda, üyelerden gelen tepkiler üzerine ceza affına ilişkin önerge geri çekilerek, çalışanlarla işveren arasındaki ilişkinin alt işverenlik olarak tanımlanması halinde de SGK’nın aldığı sağlık hizmeti bedelini ödemesine dair kanun teklifi yasalaştırılmıştır.

**3-6645 SAYILI YASA’NIN EK 10. MADDESİNİN KAPSAM VE İÇERİĞİ**

6645 sayılı Yasa ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasasına eklenen madde şöyledir:

**EK MADDE 10 –** **(Ek: 4/4/2015-6645/49 md.)** Kurumla sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından Kuruma bildirilen hekimlerden Kurumca belirlenen yüzdelik oran içerisinde kalan ve sözleşme kapsamı branşlarda fiilen hizmet sunan sağlık hizmet sunucusu bünyesindeki hekimlerle sınırlı olmak üzere,

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

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

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

Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri hâlinde sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Ancak, bu maddenin yayımı tarihinden önce 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışılan sürelere ilişkin haklar saklıdır.”

**Özel sağlık kuruluşu ile hekim arasında yapılan hizmet alım sözleşmesi (taşeronluk) ile SGK’ya sunulan hizmetin bedeli SGK tarafından ödenecektir**

Düzenlemeye baktığımızda; kuralın SGK ile sözleşmeli özel sağlık kuruluşları ve buralarda çalışan hekimleri kapsadığı görülmektedir.

Kapsamda yer alan hekimlerden özel sağlık kuruluşu ile iş sözleşmesi olan, yani bordro karşılığı özel hastane işletmecisinden **ücret alarak çalışanların özel sağlık kuruluşuna aynı zamanda fatura karşılığı sundukları sağlık hizmetleri** ile özel sağlık kuruluşu ile aralarında iş sözleşmesi olmaksızın, İl Sağlık Müdürlüğünden gerekli çalışma izni alınarak özel sağlık kuruluşunda hizmet sunan **hekimlerin fatura karşılığı sundukları hizmetlerin bedeli** SGK tarafından özel sağlık kuruluşuna ödenebilecektir.

Böylece, aslında aralarındaki ilişkinin doğası gereği hizmet akdi olması gerekirken işveren ihtiyaçlarını karşılamak için kendisine şirket kurdurulup özel hastaneye hizmet satar gösterilen hekimden alınan hizmetin SGK’ya satılmasında bedelinin ödenememesine ilişkin kural aşılmış olmaktadır.

Bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme İş Kanunu uyarınca iş sözleşmesidir. Bu ilişkiye tarafların verdiği isim veya farklı anlamlandırmalarının önemi olmaksızın çalışan konumunda bulunan hekimin İş Kanunun tanıdığı bütün haklardan yararlanacağında kuşku yoktur.

Hekimle sağlık kuruluşu arasında, hizmet akdinin farklı nitelenmesine dayalı sözleşme yapılmasına Sosyal Güvenlik Kurumunun muvafakat etmesi ve bu suretle hizmet bedelini sağlık kuruluşuna ödemesi yasal düzenleme ile mümkün hale getirilmiş olsa da bu düzenleme taraflar arasındaki iş ilişkisinin gerçek niteliğinden farklı sonuçlar yaratmasını sağlamaz. Bir başka anlatımla, hekimle özel hastane arasında hizmet sözleşmesinin bütün unsurlarını taşıyan bir çalışma ilişkisi mevcut olmasına karşın hizmet alım sözleşmesi adıyla taşeronluk sözleşmesi yapmaları, SGK’nın da bu sözleşmeyi tanımış olması, hekimin çalışmasının getirdiği işçilik haklarını ortadan kaldıramaz.

**Özel sağlık kuruluşunda esasen işçi statüsünde çalışan hekimin doğal olarak bağlı olduğu sosyal güvenlik kuralları tarafların nitelemeleriyle değil işin gerçek işleyişiyle belirlenir**

Yasal düzenlemenin ikinci kısmı, bir kısım hekimlerin sosyal güvenliklerinin sağlanacağı kurallara ilişkindir. Buna göre; “Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri hâlinde sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılır.”Yani bu hekimlerin Bağ-Kur sigortalısı sayılacakları belirtilmiştir. Yasa’nın 4/a (SSK) kapsamında sağlanan sosyal güvenlik hakkının kapsamı 4/b’dekine (Bağ-Kur) göre nispeten daha iyidir. Bu bakımdan getirilen düzenleme çalışanlar bakımından hak kaybına sebep olabilecek niteliktedir.

Şirket ortağı olan veya muayenehanede mesleğini serbest icra eden hekim zaten Bağ-Kur’ludur. Ancak bu kişilerin aynı zamanda hizmet sözleşmesiyle (işçi olarak) çalışmaları halinde, sigortalılıklar yarışır ve 5510 sayılı Yasa gereği işçi sigortasına üstünlük tanınarak Yasa’nın 4/a maddesi kapsamında (SSK’lı) sayılırlar.

Sosyal güvenliğin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle tarafların nitelemesiyle tabi olunan maddeler değiştirilemez. Kişilere uygulanacak kurallar tarafların belirlemesine değil yaptıkları işin ne olduğuna bağlıdır. Bu bakımdan, söz konusu yasal düzenlemenin taraflar arasındaki iş ilişkisinin sözleşmede ortaya çıkan niteliğinin gerektirdiği sosyal güvenlik kurallarına tabi olunacağı şeklinde anlaşılması gereklidir.

**4-SGK GENELGESİ VE HUKUKA AYKIRILIKLARI**

SGK, 6552 ve 6645 sayılı torba yasalar ile 5510 sayılı Yasa’da yapılan değişikliklerin uygulamasının gösterildiği bir Genelge yayınlamıştır.

Genelge’nin ***“1.18 –Özel sağlık hizmeti sunucularında görev yapan hekimler”*** başlığı altında yer alan düzenlemeler, 5510 sayılı Yasa’nın Ek Madde 10 hükmünün uygulamasının nasıl yapılacağının duyurulduğu kısımdır.

Genelge’nin bu kısmı, yasal düzenlemelere ilişkin bir açıklamadan sonra uygulamanın nasıl yapılacağını maddeler halinde açıklamaktadır.

Ancak hemen belirtelim ki, 6645 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme asıl olarak, SGK’nın hizmet aldığı özel sağlık kuruluşlarına hangi koşullarda ödeme yapabileceğini düzenlemektedir. Buradan yola çıkarak, özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitelerinin sağlık kurumlarında çalışanların sosyal güvenliklerine ilişkin temel düzenlemelere gitmek; bunu yaparken de çalışanların sosyal güvenlik haklarını zayıflatan bir yaklaşımla hareket etmek üst normlara olduğu kadar, sosyal güvenlik hukukunun ve Sosyal Güvenlik Kurumunun kurulmasına ilişkin temel felsefeye de bütünüyle aykırıdır.

Genelge’nin dava konusu hükümlerine tek tek baktığımızda aşağıdaki hukuka aykırılıklar göze çarpmaktadır.

**a)** **Özel sağlık kuruluşları ile hizmet alım sözleşmelerinde 4/a veya 4/b’ye tabi olunacağına ilişkin hüküm bulunanların sigortalılığı buna göre belirleniyor**

Genelge’nin (a) bendi şöyledir:

*a)Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri halinde, hizmet alım sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.*

*Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin, özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından* ***4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bildirimlerinin yapılması halinde, özel sağlık hizmet sunucuları ile yaptıkları hizmet alım sözleşmesinin onaylı bir örneği sağlık hizmet sunucusundan istenilecek ve sözleşme metninde çalışmanın (a) bendi kapsamında bildirilip bildirilmeyeceğine ilişkin bir hükmün olup olmadığı kontrol edilecektir. Hizmet alım sözleşmesi metni içerisinde çalışmanın (a) bendi kapsamında bildirilmesine ilişkin bir hükmün bulunması halinde yapılan bildirimler geçerli kabul edilecek, aksi halde yapılan bildirimler iptal edilerek 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.***

Bu düzenlemenin birinci paragrafı, 5510 sayılı Yasa’nın Ek 10. Maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesini tekrar etmektedir.

Düzenlemenin ikinci paragrafında, hekimler için sağlık kuruluşları tarafından “işçi” olarak bildirim yapılmış olması halinde, sözleşmelerinin getirtilerek incelenmesi ve ***sözleşme metninde*** çalışmanın (a) bendi kapsamında bildirilmesine ilişkin hüküm olup olmadığı kontrol edilerek, bunun sonucuna göre, gerekiyorsa (b) bendine göre sigortalı sayılacakları belirtilmektedir.

Düzenleme sonrasında verilen iki örnekten birincisinde sözleşmede (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmak için hüküm bulunmayan ikincisinde ise bu yönde hüküm bulunan olgular tanımlanarak yapılacak işlem ifade edilmiştir.

Genelgenin açıklaması ve örneklerin sunumu çalışanın tabi olacağı sosyal güvenlik kurallarının tarafların keyfi nitelemesiyle belirlenebileceğini ifade etmesi bakımından hukuka aykırıdır. **Sosyal güvenlik kurallarının kamu düzenine ilişkin karakteri de gözetildiğinde, kişilerin tabi olacakları sosyal güvenlik kurallarının tarafların iradesiyle değil çalışmanın niteliğiyle belirleneceği açıktır.** Bu bakımdan taraflar arasındaki sözleşmede aralarındaki iş ilişkisinin 5510 sayılı Yasa’nın 4/a (işçi-SSK) veya 4/b (bağımsız çalışan – Bağ-Kur) kapsamında değerlendirileceğini “tercih etmeleri” herhangi bir değer taşımaz. Bu bakımdan, yasal düzenlemede yer alan *sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça* ibaresinin, *taraflar arasındaki iş ilişkisinin unsurlarına ilişkin belirlemelerin söz konusu iş ilişkisini 5510 sayılı Yasa’nın 4/a maddesi kapsamında değerlendirmeyi gerektirmemesi halinde* 4/b kapsamında sigortalı sayılır olarak anlaşılıp uygulanması gereklidir.

Her iki yaklaşım arasında temel farklılık şudur: SGK tarafından ortaya konulan yaklaşım, **işin niteliğini gözetmeksizin sadece şekli olarak sözleşmede açıkça (a) bendine tabi olunacağının yazılıp yazılmadığını önemsemektedir**. Dolayısıyla, taraflar arasındaki güç dengesizliği sebebiyle sözleşmelerin işverenin istediği gibi yazılacağı yaşam deneyimleri ile bilindiğine göre işin yürütüm tarzından bağımsız olarak sosyal güvenlik kurallarının, çalışanın aleyhine olacak şekilde, belirlenmesi söz konusu olabilecektir.

Bu nedenledir ki, iş ve sosyal güvenlik hukukunda taraflar arasında düzenlenen kağıtlarda ne yazdığından daha çok işin nasıl yürütüldüğüne bağlı olarak hukuksal değerlendirmeler yapılarak sonuca varılır. Örneğin, hizmet alımı gibi görünen sözleşmeye karşın çalışmanın unsurları hizmet akdinin varlığını gösteriyorsa sözleşmede ne yazdığı önemsenmeksizin hizmet akdinin kuralları uygulanır. Bir başka örnek olarak, kişiler arasında düzenlenen ibra belgeleri geçerli kabul edilirken işverenin işçiden aldığı, hiçbir alacağı kalmadığını söyleyen ibra belgeleri, yukarıda ifade edilen yaklaşımın sonucu olarak, güvenilir ödeme belgeleriyle desteklenmedikçe, geçersiz sayılmaktadır.

Sonuç olarak, yasal düzenlemenin anlamını değiştirerek, sosyal güvenlik kurallarından hangilerinin uygulanacağını sadece taraflar arasındaki sözleşmedeki hükümleri bırakan dava konusu Genelge’nin (1.18/a) hükmünün ikinci paragrafının iptalini talep ediyoruz.

**b)Sözleşmesinde sosyal güvenlik kurallarına ilişkin hüküm bulunmayan bordrolu çalışanlar da Bağkur’lu yapılıyor**

Genelge’nin (b) bendi hükmü şöyledir:

***b)*** *Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin, 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihinden önce özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları ile yaptıkları sözleşmelerinde herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte çalışmalarının Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bildirilmesi halinde, bu bildirimlerin 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihine kadar olan kısmı geçerli kabul edilecek, bu tarihten itibaren ise (b) bendi kapsamında yeniden sigortalılığı başlatılacaktır.*

Bu hükme göre şirket ortağı olan veya muayenehanesi bulunup da özel sağlık kuruluşundaki çalışması sebebiyle 5510 sayılı Yasa’nın 4/a hükmü kapsamında (SSK) sigortalı olan kişilerin bu sigortalılıkları, sözleşmelerinde aksine bir hüküm olmadığı takdirde, 23.4.2015 tarihinden itibaren, otomatik olarak 4/b’ye kaydırılacaktır.

Söz konusu çalışanların şirket ortaklığı ya da muayenehane varlığı sebebiyle 4/b (Bağkur) kapsamında sigortalı sayılacaklarında tartışma bulunmamaktadır. Bu kişileri daha sonra hizmet sözleşmesi ile çalışmaya başladığında ise 4/a (SSK) kapsamında sigortalı sayılacaklardır. Bu durdumda her iki sigortanın çakışması söz konusudur. 5510 sayılı Yasa’nın 53. Maddesi bu durumun çözümünü düzenlemiştir. Buna göre, **“Sigortalının … (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde ise aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır…”** Bu durumda, muayenehanesi olan hekimin aynı zamanda özel hastanede hizmet sözleşmesiyle çalışması halinde, Yasa’nın 4/a (SSK) hükmüne göre sigortalı sayılacağı anlaşılmaktadır.

Dava konusu Genelge ise bu durumda olan, sigortalılığı 4/a kapsamında yapılmış ve sürmekte olan hekimlerin sosyal güvenliğinin 23.4.2015 tarihinden itibaren 4/b kapsamında olacağını belirtmektedir. Böyle bir belirlemenin yasal bir dayanağı yoktur. 6645 sayılı Kanunla yapılan düzenleme de bu uygulamaya imkan vermemektedir. 6645 sayılı Yasa hekimlerin özel hastanede hizmet akdi yerine alt işveren olarak çalışabilmesine imkan sağlamakla birlikte hizmet akdiyle yürütülen çalışmaların alt işverenliğe dönüşeceğine ilişkin bir kural içermemektedir.

Genelge’de bahsi geçen çalışanlar, hizmet akdiyle, işçi olarak çalıştıkları için 4/a kapsamında bildirimleri yapılmıştır. Bu çalışanların çalışma ilişkilerinde herhangi bir değişim olmadıkça SGK’nın bunların tabi olduğu sosyal güvenlik kurallarını -çalışan için daha dezavantajı olan- 4/b şeklinde değiştiremez. Aksi yönde işlem yapılmasını talimat eden Genelge’nin (1.18/b) hükmünün iptaline karar verilmesini talep ediyoruz.

**c) Kanunun uygulamasında denetim elemanlarının tespitleri de sınırlandırılmaktadır**

Genelge’nin (c) bendinde Kurumun denetimle görevli memurlarının çalışanların sosyal güvenlik ilişkisini tespit etmelerinde çalışma ilişkisinin unsurlarından başka sınırlar tanımlanmaktadır.

Söz konusu hüküm şöyledir:

***“c)*** *Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerden, 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihinden önce özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları ile yaptıkları sözleşmelerde herhangi bir hüküm bulunmayan ve Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılığı başlatılanların, Kurumun denetimle görevli memurları tarafından söz konusu özel sağlık hizmet sunucusunda yapılan denetimler neticesinde,* ***bu çalışmaları en fazla 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihine kadar olan kısmı 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sayılabilecektir.*** *Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sayılan çalışma sürelerine göre de (b) bendi kapsamındaki sigortalılığı tespit edilecektir.”*

Bu düzenlemeyle, hekimlerin özel sağlık kuruluşlarındaki çalışmalarının esasen hizmet akdi olmasına karşın SGK’ya alt işverenlik olarak bildirildiğinin sonradan denetimle görevli memurlar tarafından saptanması halinde bu çalışmaların en fazla 23.4.2015 tarihine kadarki kısmının 4/a kapsamında sayılabileceği belirtilmektedir. Böylece, hekimin çalışması 23.4.2015 tarihinden sonra da hizmet akdi niteliğinde olmasına karşın sigortalılığının 4/a kapsamında değerlendirilmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

Özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitesi hastanelerinde hekimlerin 23.4.2015 tarihinden sonra hizmet akdiyle çalışmaları yasaklanmadığına göre böyle bir sınırlamanın hukuka uygun bir temeli de bulunmamaktadır.

5510 sayılı Yasa’nın 59. maddesine göre *“Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülür...Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları…tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir.”*

Kurumun kendi denetim elemanı tarafından, özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki çalışmanın 4/a kapsamında sigortalılığı gerektirdiği saptanmasına ve Yasa’nın 59. maddesine göre bu saptama aksi sabit oluncaya kadar geçerli kabul edilmesine karşın dava konusu Genelge hükmüyle denetim elemanının bu saptaması 23.4.2015 tarihinden sonrasına ilişkin olarak değersizleştirilip, etkisizleştirmektedir. Kanunla verilmiş yetkinin genelge ile kaldırılmasının hukuka aykırılığı tartışmasızdır. Bu bakımdan dava konusu Genelge’nin (1.18/c) hükmünün iptaline karar verilmesini talep ediyoruz.

**d) Hizmet akdiyle çalışanlar, özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitesi hastanesinde alt işverenlik sözleşmesiyle hizmet vermeye başladığında, sözleşme tarihinden itibaren 4/b’li (Bağkur) sayılacaklardır**

Genelge’nin (d) bendinde mevcut çalışmaları sebebiyle Yasa’nın 4/a maddesi kapsamında sigortalı olarak çalışmaya devam edenlerin özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitesi hastanesinde alt işverenlik sözleşmesiyle hizmet vermeye başladığında, sözleşme tarihinden itibaren 4/b’li (Bağkur) sayılacakları düzenlenmiştir.

Genelge hükmü şöyledir:

***“d)*** *Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışmaları devam ederken, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihinden sonra hizmet alım sözleşmesi imzalamak suretiyle hizmet vermeye başlamaları ve sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmaması halinde, hizmet alım sözleşmesinin imzalandığı tarih itibariyle (b) bendi kapsamında sigortalılıkları başlatılacaktır.”*

Hükümde, hekimlerin 4/a kapsamında sigortalı sayılmalarını gerektiren *çalışmaları devam ederken* özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitesi hastanelerine hizmet vermek üzere alt işverenlik anlaşması yapmaları halinde devam eden çalışmaları yok sayılarak alt işverenliğe itibar edilmesi gereği belirtilmektedir.

Oysa, yukarıda açıklandığı üzere sigortalılıkların çakışması durumunda hangisine üstünlük tanınacağı Yasa’nın 53. maddesinde düzenlenmiş; 4/a ve 4/b sigortalılıklarının çakışması halinde sigortalının 4/a kapsamında sigortalı sayılacağı belirtilmiştir. Herhangi bir yasal dayanak olmaksızın, Genelge hükmüyle sigortalının 4/a kapsamındaki sigortalılığının sürmesinin engellenmesi hukuka aykırıdır.

Diğer yandan, bu kişilerin 4/a yerine 4/b yani Bağkur sigortalılığına geçirilmeleri hizmet alım sözleşmesinin imzalandığı tarihte yapılacaktır. Söz konusu sözleşmenin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında fark ortaya çıktığında, altı ay sonra hizmet sunmak üzere bir sözleşme imzalandığında, alt işveren hekimin çalışmaya başlamasından önce sigortalılığının değiştirilmesi söz konusu olacaktır. Oysa düzenlemenin sözleşmenin yürürlük tarihine, dolayısıyla hizmetin fiilen sunulmaya başlandığı tarih esas alınarak yapılması gereklidir.

Bütün bu sebeplerle dava konusu Genelge’nin (1.18/d) hükmünün iptaline karar verilmesini talep ediyoruz.

**f)Çalışanların sigortalılığı sonlandırılmaktadır**

Sosyal Sigortalar Kurumu, 5510 sayılı Yasa uyarınca otomatik sigortalılık esasını bir kenara bırakmış ya da hizmet akdiyle çalışanları işten çıkarttırmıştır.

Genelge’nin (f) bendi şöyledir:

“***f)*** *23/4/2015 tarihinden önce sözleşmelerinde (a) bendi kapsamında olma yönünde hüküm bulunmayan hekimlerin sigortalılıkları 22/4/2015 tarihi itibarıyla sona erdirilecektir.*

*23/4/2015 tarihinden önce 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak bildirilenler hakkında 22/4/2015 tarihinden itibaren on gün içinde verilmesi gereken işten ayrılış bildirgesinin geç verilmesi nedeniyle idari para cezası uygulanmayacaktır. Bu kapsamdaki sigortalıların 2015 yılı Nisan ayı aylık prim ve hizmet belgesinin 22 gün olarak düzenlenmesi gerekmekte olup işverenlerden alınacak 8 günlük iptal belgesi ile takip eden aylarda da aynı şekilde aylık prim ve hizmet belgesinin düzenlendiğinin tespit edilmesi halinde geriye yönelik olarak iptal aylık prim ve hizmet belgesi alınacaktır.”*

Bu bendin ilk paragrafında 23.4.2015 tarihinden önce sözleşmelerinde 4/a kapsamında hüküm bulunmayan hekimlerin sigortalılıklarının geçmişe dönük olarak sona erdirileceği belirtilmekte; ikinci paragrafta da bu işlem sebebiyle işverene ceza uygulanmayacağı belirtilmektedir.

Genelge’nin çıktığı tarih 3.7.2015’dir. Bu tarihte yapılan bir genelge 22.4.2015 tarihinden itibaren hekimlerin sigortalılığının sona erdirilmesi gereğini ifade etmektedir! 5510 sayılı Yasa gereğince otomatik sigortalılık söz konusudur. Dolayısıyla sigortalılığın sona erdirilmesi çalışan için işten çıkartma anlamındadır. Bu uygulamayla, Sosyal Güvenlik Kurumu muhtemeldir ki hekimin 22.4.2015 tarihinden itibaren 4/b kapsamında çalıştırılacağını düşünmektedir. Bu noktada ölçüt olarak aldığı tek husus ise *sözleşmelerinde (a) bendi kapsamında hüküm olup olmaması*dır. Ancak hekimlerin tabi olacakları sosyal güvenlik kuralları sadece sözleşmeleri esas alınarak belirlenemez, fiili çalışmanın kurallarıdır asıl belirleyici olan. Bu bağlamda, hekimlerin fiili çalışmalarının niteliğini değerlendirmeksizin sadece sözleşmelerine bakılarak şekli bir değerlendirme ile sigortalılığının sonlandırılmasına sebep olan bu düzenleme, hiçbir yasal kurala da dayanmadığından hukuka açıkça aykırıdır. Bu nedenle Genelge’nin (1.18/f) bendinin birinci paragrafının iptaline karar verilmesini talep ediyoruz.

**g) Kurum kendi tespitlerinin yetersiz araştırmayla yapıldığını söyleyip, çalışanların hak kaybına yol açacak şekilde geçmişe dönük yeniden inceleme yolunu açarak işverenlere dolaylı af getirmektedir**

Özel sağlık kurumlarının çalışanlarından hizmet aldıkları yönündeki bildirimlerinin gerçeği yansıtmadığı, hizmet alımı gibi gösterilen çalışmaların esasen hizmet akdi olduğu ve bu sebeple bildirimlerin 4/b yerine 4/a’ya göre yapılması gerektiği Sosyal Güvenlik Kurumu denetim elemanlarının tespitleriyle anlaşılmıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumu, bu sebeple kesilmiş olan cezaların tahsili yerine, önce 6645 sayılı torba Kanun’a af hükmü konulması için TBMM Sağlık Komisyonunda gayret etmiş, bu olmayınca; Ülkemiz tarihinde örneğine ender rastlanacak bir metin olan dava konusu Genelge’nin (g) bendiyle, **kendi denetim elemanlarının tespitlerinin yeterli araştırma yapılmadan ortaya çıktığı, eksik inceleme ve araştırma neticesinde karar verildiğine yönelik suçlamalarda bulunarak** incelemelerin geçmişe dönük yinelenmesine olanak sağlamıştır.

Ayrıca, söz konusu hükümde, İş Kanunu hükümleri tersyüz edilerek hizmet akdi tanımı yapılmış, incelemelerde bu tanımdaki unsurlara göre değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Genelge kuralı şöyledir:

***“g)******23/4/2015 tarihinden önce Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca*** *yapılan incelemelerde* ***yeterli araştırma yapılmadan*** *hizmet akdi olması yönünde* ***karar verilenler*** *hakkında bu maddede belirlenen hususlara göre işlem yapılacaktır. Buna göre, hizmet akdi iki taraflı sözleşme olduğundan, çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayalı olduğu yönünde tarafların (hekim ile özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerinin) ittifakının olup olmadığına bakılacak, taraflardan birinin veya her iki tarafın da çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayalı olmadığı yönündeki itirazları dikkate alınmak suretiyle hizmet akdinin tüm unsurları ile birlikte gerçekleşip gerçekleşmediğine dikkat edilecektir. Ayrıca, mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversiteleri yaptıkları sözleşme neticesinde hizmetlerinin karşılığının ilgili mevzuatı gereği serbest meslek makbuzu düzenlenmeksizin gider makbuzu veya gider pusulası aracılığıyla ödenmiş olması tek başına çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayalı olduğu anlamına gelmeyeceğinden Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca düzenlenen raporlarda belirtilen kanaatlere ulaşılmasında bu hususlara uygun tespit yapılmadığının, dolayısıyla* ***eksik inceleme ve araştırma neticesinde bu kanaate varılmasının*** *isabetli olmadığının anlaşılması halinde raporlardaki bu eksiklik giderilmek, araştırma ve inceleme tamamlanmak üzere yeniden değerlendirilmesi istenilecektir.”*

5510 sayılı Yasa’nın 59. maddesine göre “Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülür...Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları…tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir.”

Kurum, çıkarttığı bu Genelge ile 5510 sayılı Yasada, SGK denetim elemanlarının tespitlerine tanınan doğruluk karinesini ortadan kaldırmaktadır. Ancak genelge ile kanun hükmü ortadan kaldırılamayacağından söz konusu genelge hükmü kanuna aykırı emir niteliğindedir.

Diğer yandan, söz konusu Genelge hükmünde, 23.4.2015 tarihinden önce denetim elemanlarının yeterli araştırma yapmadan çalışma ilişkisinin hizmet akdi olduğuna karar verdiklerini belirterek hizmet akdinin taraflarından birinin çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayalı olmadığı yönünde itirazı varsa hizmet akdinin unsurlarının bulunup bulunmadığının bu husus dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir.

Hizmet sözleşmesi İş Yasasında tanımlanmıştır. İş Yasasının 8. Maddesindeki tanıma göre “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” Tarafların aralarındaki ilişkinin niteliği ne ise sözleşme de ona göre belirlenir. Yoksa tarafların o ilişkiye subjektif olarak verdiklerine anlama değer verilemez. Bu bağlamda, çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayalı olduğu yönünde her iki tarafın da ittifakı olmasa da kurulmuş olan ilişki iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyorsa bunun başka türlü anlamlandırılması için bir sebep yoktur.

Bu sebeplerle, Kurum denetim elemanlarının incelemeleri sonucunda ve Kurumun karar süreçlerinde değerlendirilerek hizmet akdi olduğu yönünde verilmiş olan kararların yeniden ele alınması; sonucunda verilecek yeni kararlarla –işverenlere kesilen cezaların ortadan kalkmasının yanı sıra- çalışanların sigortalılıklarının da yeniden belirlenmesine sebep olacaktır. Oysa yasal düzenlemelerde böyle bir hak tanınmamıştır. Yasal düzenlemeler genelge kurallarıyla başkalaştırılıp ortadan kaldırılamaz.

Bu nedenlerle Genelge’nin (1.18/g) hükmünün iptaline karar verilmesini talep ediyoruz.

**YÜRÜTMENİN DURDURULMASI**

Dava konusu Genelge kurallarıyla çalışanların sigortalılığına ilişkin kamu düzenine ilişkin kurallara aykırı uygulama yapılması istenmektedir. Bütün bu Genelge düzenlemelerinin ruhu, bir kısım çalışanların hizmet akdinin yok sayılması ve bunların alt işveren olarak kabul edilip, asıl işverenle bağı kopartılarak, Bağkur’lu sayılmalarıdır. Bu uygulamalar, çalışanların yaşamlarında hemen etkisini doğuracak, kimileri bu sebeple emekli olamayacak veya sağlık hizmeti alamayacaktır. Ayrıca bu Genelge esas alınarak özel sağlık kuruluşlarında çalışanlara çeşitli alt işverenlik sözleşmeleri dayatılmakta, mevcut çalışmalarının bu sözleşmelerle SGK’ya bildirilmesi uygulaması yapılmaktadır.

Söz konusu uygulamaların yaşamda etki yaratmasından sonra iptal edilmesi halinde bu etkilerin ortadan kaldırılması genellikle mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan, hukuka açıkça aykırılığı yukarıda açıklanan dava konusu düzenlemelerin uygulanması halinde telafisi mümkün olmayan zararların da doğacağı anlaşılmaktadır. İYUK m.27’de aranan koşullar birlikte gerçekleşmiş olmakla, davalının savunması da beklenmeksizin dava konusu düzenleyici işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesini talep ediyoruz.

**HUKUKSAL** **NEDENLER** :Anayasa, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası, Türk Tabipleri Birliği Yasası ve ilgili diğer mevzuat.

**KANITLAR** :Ekli belgeler, TBMM zabıtları, Kurum kayıtları ve diğer kanıtlar.

**SONUÇ** **VE** **İSTEM** :Açıklanan nedenlerle, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanmış olan 2015/19 sayılı Genelge’nin 1.18-Özel sağlık hizmeti sunucularında görev yapan hekimler başlıklı bölümün (a) bendinin ikinci paragrafının, (f) bendinin birinci paragrafının, (b), (c), (d) ve (g) bentlerinin yürütmesinin durdurulmasıyla iptaline karar verilmesini, incelemenin duruşmalı olarak yapılmasını ve yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davalıya yükletilmesini saygılarımla ve vekaleten talep ederim. 28.9.2015

**Türk Tabipleri Birliği vekili**

**Av.Mustafa GÜLER**

**Eki:**

-Vekaletname

-Dava konusu 2015/19 sayılı Genelge

1. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss687.pdf [↑](#footnote-ref-1)