



SAYI : 53878609-101.07.04-E.7851

BAŞVURU NO : 2017/123

KARAR TARİHİ : 11/07/2017

### TAVSİYE KARARI

#### BAŞVURAN

:

#### BAŞVURAN VEKİLİ / TEMSİLCİSİ

:

#### BAŞVURUYA KONU İDARE

:

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

#### BAŞVURUNUN KONUSU

:

BAĞ-KUR prim ödeme sürelerinin geçerli sayılması talebi hakkındadır.

#### BAŞVURU TARİHİ

:

10.1.2017

#### I. BAŞVURANIN İDDİA VE TALEPLERİ

1) Başvuran; 2011 yılında 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kapsamında çıkan aftan yararlanmak için Mersin Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Toroslar Sosyal Güvenlik Merkezine başvurduğunu, anılan idarenin verdiği cevapta 5 yılı aşkın 5669 gün süreye ilişkin prim borcu olduğu, 16.086,85 TL olan borcun verilen süre içerisinde ödemesi halinde sigortalılık süresinin durdurulmamış gibi değerlendirileceğinin tarafına bildirilmesi üzerine belirtilen borcunun süresi içinde ödeyerek ve 5 yıl beklediğini, tüm şartları sağladıktan sonra ise Mersin Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Akdeniz Sosyal Güvenlik Merkezine tahsis talebiyle başvurduğunu ancak Mersin Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Akdeniz Sosyal Güvenlik Merkezinin 13/04/2016 tarih ve 2155476 sayılı yazısında 25 yıl 50 yaş şartının sağlanmış olmasına rağmen 5375 gün şartının dolmadığını belirten cevabı vermesi üzerine bu kararın hukuka aykırı olduğunun ispatını ve iptal edilmesi için gereğinin yapılması talebiyle kurumumuza başvurmuştur.

## II. İDARENİN BAŞVURUYA İLİŞKİN AÇIKLAMALARI

2) Sosyal Güvenlik Kurumu Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Bağımsız ve Hizmet Akdiyle Çalışanlar Daire Başkanlığının konuya ilişkin 07/03/2016 tarih ve E.1295374 sayılı yazısı ve eklerinde özetle;

2.1) Başvuranın 31/05/2011 tarihinde 6111 sayılı kanun kapsamında 4/1- (b) kapsamında bulunan 5669 gün karşılığında 16.086,85 TL borcunun yapılandırıldığı ve sigortalının yapılandırma borcunun tamamını ödediği, daha sonra adı geçenden hizmetlerin birleştirilmesi aşamasında vergi kaydı, esnaf sicil oda kaydı, meslek oda kayıtlarının istenildiği, ancak herhangi bir meslek odasında ve esnaf sicilde kaydı olmadığı, vergi dairesinin faal olarak bildirilen vergi kayıt sürelerinin güncellendiği ve vergi kayıt süresi 2149 gün olarak tespit edildiği, dolayısıyla sigortalının yapılandırma neticesinde ödediği miktar azaldığından sigortalıya fazla çıkartılan borç miktarının faizi ile birlikte iade edildiği,

3) Diğer taraftan, başvuranın 04/01/2016 tarihli dilekçe ile tarafında yaşlılık aylığı bağlanması yönünde talepte bulunduğu, askerlik borçlanması ile işe girişinin 16/05/1988 olarak dikkatte alınarak sigortalının aylığa hak kazanma koşullarının 506 sayılı Kanunun geçici 81 inci maddesinin B/g bendi gereğince 25 yıllık sigortalılık süresi, 50 yaş ve 5375 prim ödeme gün sayısı olduğu ve sigortalılık süresi ve yaş şartını yerine getirmesine rağmen 540 askerlik borçlanması, 2149 gün 4/1-(b) kapsamında ve 1374 gün 4/1- (a) kapsamının da olmak üzere toplamda 4063 gün prim ödeme gün sayısı olması nedeniyle aylığa hak kazanmadığını yönünde kararlarını bildirmiştir.

## III. İLGİLİ MEVZUAT

4) **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinde**, “...Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler...” ,

5) **14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun "Kurumun Görevi" başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasında**; “Kurum, idarenin işleyişiyle ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.”,

6) **4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun "Dürüst Davranma" başlıklı 2 nci maddesinde**; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

7) **4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun "Dürüst Davranma" başlıklı 3 üncü maddesinde** “Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.”,

8) **1479 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında**, “Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına çalışan esnaf ve sanatkarlar ile diğer bağımsız çalışanlar hakkında malullük, yaşlılık ve ölüm hallerinde bu kanunda yazılı şartlarla sosyal sigorta yardımları sağlanır.”

“ Kanunun uygulanması bakımından kendi adına ve hesabına çalışanlar olarak nitelendirilen bağımsız çalışanlardan kanunla kurulu meslek kuruluşlarına yazılı olan gerçek kişiler ve tüzel kişilerden

*kollektif şirketlerin ortaklarını, adi komandit şirketlerin komandite ve komanditer ortaklarını, limited şirketlerin ortaklarını, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortaklarını kapsar.”* ,

**8.1.) 1479 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, “Ancak; Herhangi bir meslek kuruluşuna yazılması zorunlu olmıyanlar, ... Hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz.”**,

**9.) 5510 sayılı Kanunun geçici 17 inci maddesi** “ *Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlarla tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara göre tescilleri yapıldığı halde, bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunanların, bu sürelerle ilişkin prim borçlarını, prim borçlarının ödenmesine ilişkin Kurumca çıkarılacak genel tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren 6 ay içerisinde ödememeleri halinde, prim ödemesi bulunan sigortalıların daha önce ödedikleri primlerin tam olarak karşılıdığı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalıların ise tescil tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulur. Prim borcuna ilişkin süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyerek, Kurum alacakları arasında yer verilmez.*

*Ancak, sigortalı ya da hak sahipleri daha sonra müracaatları tarihindeki 80 inci maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenecek prime esas kazanç tutarı üzerinden hesaplanacak borç tutarının tamamını, borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödedikleri takdirde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.*

*Sigortalılıkları önceki kanunlara göre durdurulanlar için de bu maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.”* ,

**10.) 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 16 ncı maddesi,** “*Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar ile tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan mülga 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ve mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa göre tescilleri yapıldığı halde prim borçları nedeniyle ilgili kanunları uyarınca sigortalılık süreleri durdurulmuş ve bu sigortalılık süreleri bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ihya edilmemiş olanların kendileri veya hak sahipleri, bu sigortalılık sürelerinin ihyası amacıyla 5510 sayılı Kanunun geçici 17 nci maddesinin ikinci fıkrasına istinaden bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen ikinci ayın sonuna kadar yapacakları yazılı müracaatlarında, durdurulan bu sigortalılık süreleri için ödeyecekleri prim tutarının, sigortalılık süreleri durdurulmamış gibi değerlendirilerek bu Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasına göre hesaplanmasını talep edebilirler. Bu şekilde hesaplanan prim borç tutarının tamamı bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen beşinci ayın sonuna kadar ödendiği takdirde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Bu maddede belirtilen süre içinde hesaplanan borç tutarının tamamının ödenmemesi halinde ihya işlemi geçerli sayılmaz ve bu madde kapsamında ödenmiş olan tutarlar ilgilinin bu madde kapsamı haricinde başkaca prim borcunun bulunmaması kaydıyla faizsiz olarak iade edilir.”* düzenlemelerine yer verilmiştir.

#### **IV. KAMU DENETÇİSİ Özlem TUNÇAK’ IN KAMU BAŞDENETÇİSİ’NE ÖNERİSİ**

**11.)** Kamu Denetçisi tarafından yapılan değerlendirmede, başvuranın 6111 sayılı Kanundan yararlanarak Sosyal Güvenlik Kurumuna prim ödemesinde bulunduğu sürelerle bakımından Bağ-Kur sigortalısı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, yönünde ilgili kuruma tavsiyede bulunulmasına ilişkin öneri Kamu Başdenetçisi’ne sunulmuştur

## V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE A. Hukuka, Hakkaniyete ve İnsan Haklarına Uygunluk Yönünden Değerlendirme

**12.)** Başvuran T. S. 6111 sayılı Yasa ile yapılandırmadan yararlanmak için 31/05/2011 tarihinde borçlanma talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumu Mersin Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü, Akdeniz Sosyal Güvenlik merkezine başvurmuş, aslında 4/1-(b) kapsamında sigortalılık kaydı bulunmayan süreler, vergi kaydı vb. nitelikli belgeler araştırılmadan Kurum memurunun hatası ile borçlanma kapsamında değerlendirilerek, başvurana, 31/05/2011 tarihinde, 5 yılı aşkın, 5669 gün süreye ilişkin prim borcu bulunduğu, bu sebeple 16/11/1989 tarihi itibarıyla sigortalılığının durdurulduğu, durdurulan sigortalılık süresinin ise 6111 sayılı Kanuna göre hesaplanan 16,086,65 TL prim borcunun 31/07/2011 tarihine kadar ödenmesi halinde, durdurulmamış gibi değerlendirileceği hazırlanan “Geçici 17. Madde İhya Ödeme Planı” ile bildirilmiştir. Başvuran belirtilen süre içerisinde borçlanma kapsamındaki borcu ödemiştir. Daha sonra başvuran tarafından yapılan tahsis talebine istinaden, 22/12/2015 tarihinde Kurum tarafından yapılan hizmetlerin birleştirilmesi aşamasında başvuranın 4/1-(b) sigortalılığı için aranan vergi kaydı, esnaf odasına kayıt gibi, 4/1-(b) sigortalılığın varlığı için aranan kayıtların bulunmadığı anlaşılmış, borçlanma kapsamında değerlendirilen 5669 günün bu kayıtlarla örtüşmediği, aslında borçlanma kapsamına alınabilecek gün sayısının 2149 gün olduğu anlaşılması üzerine, başvurana faizi ile birlikte 4-1/(b) kapsamında olmayan prim gün sayısının karşılığı 10.315,34 TL’ nin geri ödendiği belirtilmiştir. Diğer taraftan yapılandırmanın iptali ile kişinin yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli koşullardan prim ödeme gün sayısı şartını yerine getirme durumunun ortadan kalkması ile tahsis talebi reddedilmiştir.

**13.)** Uyuşmazlığın çözümü; yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının tespiti olarak görülse de başvuru Bağ- Kur sigortalılık sürelerinin tespiti talebine ilişkindir. Bunun için öncelikle başvuranın durumu mevcut yasal düzenlemeler ve Kurumun işlemleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar 1479 Sayılı Yasa’da geçmiş Bağ-Kur hizmetlerinin tesbitine olanak tanıyan bir düzenleme bulunmamakta ise de Kurum tarafından sigortalılığı iptal edilen dönemde, başvuran Kurum tarafından sigortalı olarak kabul edilerek, üzere geçmişe dönük tüm borçlarını 31/07/2011 tarihine kadar ödemesi ile geçmişe yönelik Bağ-Kur zorunlu sigortalılık hakkı sağlayıp sağlamayacağını tespitidir. Bu kapsamda somut olayın özelliklerine girmeden önce, konuya ilişkin genel düzenlemelere incelemenin faydalı olacağı düşünülmüştür;

**13.1.)** 01/04/1972 tarihinde yürürlüğe giren 1479 Sayılı Esnaf Ve Sanatkarlar Ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 24 ve 25 inci maddelerinde “...kendi adına ve hesabına çalışanlar olarak nitelendirilen bağımsız çalışanlardan kanunla kurulu meslek kuruluşlarına yazılı olan gerçek kişiler...”; “meslek kuruluşuna yazılarak çalışmaya başladıkları tarihten itibaren” zorunlu Bağ- Kur sigortalısı sayılmışken, anılan maddelerde 19.4.1979 gün ve 2229 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile meslek kuruluş kaydı zorunluluğu kaldırılarak, “kendi adına ve hesabına” çalışma koşulu ve belirtilen nitelikte çalışmaya başlama tarihi sigortalılık niteliğini kazanmak için yeterli kabul edilmiştir. 20.04.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değişik 1479 sayılı Kanunun 24. maddesi ile zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olmak için, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya götürü usulde gelir vergisi mükellefi olma, gelir vergisinden muaf olanların da meslek kuruluşuna kayıtlı olması hükmü getirilmiş, en son 22.03.1985 tarihinde 3165 sayılı Kanunla getirilen düzenleme ile kendi nam ve hesabına çalışanlardan vergi mükellefi olan, esnaf siciline veya meslek kuruluşuna kaydı olanların Bağ Kur sigortalısı olacağı belirtilmiştir. 2008 yılında sosyal güvenlik alanında 5510 sayılı Sosyal

Güvenlik Kanunu ile yapılan büyük reform ile kendi adına ve bağımsız çalışanlar bakımından kanun kapsamında sigortalı sayılmak için aynı yaklaşım sürdürülerek; ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olma veya gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olma şartı aranmıştır.

**14.)** 9. Nolu paragrafta yer verilen 5510 sayılı Kanununun geçici 17 nci maddesinin amir hükmüne göre kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalıların, bu sürele ilişkin prim borçlarını, prime esas kazanç tutarı üzerinden hesaplanacak borç tutarının tamamını, borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödedikleri takdirde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir.

**15.)** Sosyal Güvenlik Kurumu, 2009/ 17 sayılı “Sigortalılık Sürelerinin Belirlenmesi” konulu Genelgesi ise;

**15.1.)** 5510 sayılı Kanunun geçici 17'nci maddesinin kapsamını, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara göre sigortalı olarak tescilli yapılanlar, sigortalılığı devam eden, sona eren ve 03/08/2009 tarihine kadar 5458 ve 5510 sayılı kanunlara göre yapılandırması bozulanlardan 30/04/2008 tarihi itibariyle beş yılı aşan (60 aydan fazla) süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalılar ve/veya bunların hak sahipleri olarak belirlemiş, durdurulan sigortalılık süresinin borçlanmanın sonrasında hesaplanacak borç tutarının tamamını, borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödemeleri halinde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir

**15.2.)** Sigortalıların beş yılı aşan prim borcu bulunup bulunmadığını nasıl öğreneceği hususunda da “...sosyal güvenlik il müdürlükleri veya sosyal güvenlik merkezlerine müracaat ederek de öğrenebileceklerdir.” “Beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcunun tespitinde Kurum kayıtları esas alınacaktır.” demek suretiyle, bu konu ile ilgili araştırma yapma ve bilme yükünü Kurum kabul etmiştir.

**16.)** Başvuruya konu borçlanma ise 13/02/2011 tarihli 6111 sayılı Kanuna göre yapılmış, anılan Kanun kapsamında borçlanma işlemlerine ilişkin usul ve esasları 18/003/2011 tarih ve 2011/29 sayılı “Kurum alacaklarının 6111 sayılı Kanun uyarınca yapılandırılmasına ilişkin usul ve esaslar” konulu Genelgede belirlenmiştir. Buna göre 5510 sayılı Kanunun geçici 17 nci maddesine istinaden durdurulan sigortalılık sürelerine ilişkin prim alacaklarının da 6111 sayılı kanun ile yapılandırma kapsamına girdiği, sigortalıların durdurulan sigortalılık sürelerinin ihyasına ilişkin prim borçları yönünden ise, sigortalı dosyalarının bulunduğu Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğüne/Sosyal Güvenlik Merkezine başvuruda bulunmaları gerektiği ve yapılandırma için başvuru sürelerine ilişkin hesaplanmanın nasıl olacağı düzenlenmiştir.

**17.)** Başvuruya konu olayda; başvuranın, 16/11/1989 tarihinde Bağ-Kur sigortalısı olarak ilk işe giriş kaydının birinci basamaktan yapıldığı, 16/11/1989-03/08/1993, 18/06/1994-06/08/1996, 17/07/2004-31/08/2004 tarihleri arasındaki sürele ilişkin vergi kayıtlarının bulunduğu anlaşılmaktadır.

**18.)** Açıklanan yasal düzenlemeler çerçevesinde; vergi kaydı esas alınarak 16/11/1989 tarihi itibariyle Bağ-Kur sigortalısı olarak kayıt ve tescili yapılan başvuranın; vergi, meslek kuruluşu ve esnaf sicil kaydı olmayan tarihleri 1479 sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı olarak kabul edilmesi mevzuatın amir hükmü gereğince mümkün olmadığı aşikârdır. Ancak, Bağ-Kur sigortalısı olarak tescili bulunmasına istinaden, Kurumca hiçbir araştırma yapılmaksızın 5510 sayılı Kanun geçici 17 nci maddesi ve 6111 sayılı kanun 16 ncı maddesine göre yaptığı borçlanma başvurusu kabul

edilmiştir. Yapılan incelemede Kurum tarafından gönderilen sigortalı tescil dosyasında yer alan “SGK 4/b Sigortalılık Belgesi” nde sigortalılık başlangıç tarihlerinin kesintisiz olarak kabul edilmesi ile Kurum tarafından gerekli özen ve araştırma yapılmadan hatalı olarak hesaplandığı anlaşılan süreler bakımından başvuran, zorunlu sigortalı olarak kabul edilerek yukarıda anılan dönem prim borçlarını Kuruma ödemiş ve Kurumda bu ödemeleri itirazsız kabul ederek uzun süre kullanmıştır.

**19.)** Bu cihette başvurunun incelenmesi, başvuranın yapılandırma ile ihya ettiği sürelerde hiçbir kaydı bulunmamasına rağmen ödediği primlerin Kurumca yıllarca kullanılması ile oluşan fiili durum sonucu başvuranın zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılıp sayılmayacağı ve tüm bu durumlar değerlendirilerek tahsise hak kazanıp kazanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

**20.)** Bu itibarla öncelikle teorik olarak sigortalılığın tespiti mi yoksa yaratılan durum sonucunda oluşan halin mi esas alınacağına çözümlenmesi gerekecektir.

**21.)** Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/09/2003 tarihi ve E.:2003/10-489,K.:2003/490 sayılı kararında “Kaldı ki, Bağ-Kur’ un anılan yazısı ile davacıyı yanlış yönlendirerek tahsil ettiği primleri yıllarca nemalandırması, primi ödenen dönemin sosyal güvenlik açısından değerlendirildiği konusunda davacıya ümit ve güven verilerek davacının önce ek geçici 13 madde sonra ek geçici 16.madde ile tanınan geçmiş hizmetleri borçlanma hakkından yararlanmasının engellenmesi, davacının kötü niyetli olduğunun da iddia ve isbat edilmemiş bulunması karşısında;29.5.1978-20.4.1982 dönemindeki sigortalılığın sonradan iptali, Medeni Kanunun 2.maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarına da aykırılık teşkil etmektedir.” iyiniyet ve dürüstlük kurallarının tanımını ve hukuki ilişkilerin tahlilini “... Gerçekten Türk Medeni Kanununun 3 üncü maddesi uyarınca durumun gerekliliklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.” hükmü ile başvuran ile benzer durumda olan davacının sigortalı sayılması gerektiği yönünde karar vermiştir.

**21.1.)** Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03/12/2008 gün ve 2008/10-732 E., 2008/736 K. sayılı kararında da “Sosyal Güvenlik Hukuku ilkeleri ve Medeni Kanununun 2 nci maddesinin uygulanmasının zorunlu bir sonucu olarak primlerin alındığı anılan dönemde davacı 1479 s. kanun kapsamında zorunlu sigortalı kabul edilerek, aynı Kanununun 35 ve geçici 10. maddelerinde düzenlenen yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli olan şartlar irdelendikten sonra karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” kararları bakımından aynı yönde istikrar kazandığı yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11/11/2009 tarih ve 2009/10-452 ve k.2009/510 sayılı kararında anılan karara atıfta bulunarak, başvuran ile aynı talepte bulunan davacının Bağ-Kur zorunlu sigortalısı sayılmasına hükmettiği anlaşılmıştır.

**22.)** Diğer taraftan sorumluluk hukuku bakımından başvuruya konu olaya incelediğimizde öncelikle eylemin kamu hizmeti olan sosyal sigortacılık faaliyetinin devamı olan yapılandırma faaliyetinin yürütülmesi sırasında bu kamu hizmetinin kuruluşunda ve işleyişindeki düzensizlik, hizmeti yürüten personelin gereken özeni ve dikkati göstermemesinden kaynaklanmaktadır. Kısacası, somut olayda kamu hizmetini yürüten idare, imkânları dâhilinde elinden gelen çabayı ve dikkat ve özeni gösterseydi söz konusu zarar yine de meydana gelir miydi ? Bu durum hizmetin kötü işlenmesidir. Hizmetin kötü işlenmesi hizmet kusurunu oluşturan durumlardan birdir. Hizmet kusurunun tanımını Danıştay “idare kendisine tevdi edilmiş bulunan kamu hizmetlerinin gereği gibi işlenmesini temin amacı ile gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatın icap ettirdiği şahsi, ayni ve mali imkân ve vasıtaları

her an hizmete hazır bulundurmakla sorumludur. Bunların gerekli ve yeterli şekilde temin edilmemesindeki kusurun sonucu, hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi hallerinde idare kusurlu sayılmaktadır.” hükmü ile kurmuştur. (Danıştay 12.D. 13.04.1970, E.969/3435 – K.970/754)

**23.) Kurumumuzca yapılan değerlendirme neticesinde;** başvuranın sigortalılık niteliği yönünden yaşlılık aylığı talep ettiği tarihe kadar Sosyal Güvenlik Kurumunu yanıltıcı yönde davranışı veya kurumu yanıltıcı herhangi bir beyanı bulunmadığı, iyiniyetli olarak sigortalı olduğu inancıyla 6111 sayılı Kanundan yararlanarak Sosyal Güvenlik Kurumuna prim ödemesinde bulunduğu, Kurumu hataya düşürecek yanıltıcı bir belge ibraz etmemesi, Kurum memurunun hatasına dayalı tescil işleminin davacının hileli işlem ve eylemi sonucu oluştuğuna ilişkin dosyada bir belge bulunmadığı, Kurumun düzenleyici işlemlerinden olan 2009/7 sayılı Genelgede de kişilerin durumlarının tespiti yükünün kurumda olduğunun kabul edilmesi birlikte değerlendirildiğinde kurumun gereken özeni göstermeden, Kurumca, 2011 yılında borçlanma kapsamında tahsil edilen primler beş seneye yakın bir süre kullanıldıktan sonra, başvurana sigortalı olduğu inancı verdikten sonra yaptığı yanlışlığın farkına vararak sigortalılık süresini indirmesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2 inci maddesinde düzenlenmiş olan "herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda bulunduğu" ilkesi ile uyuşmadığı değerlendirilerek borçlanma kapsamındaki süreler için başvuranın Bağ-Kur zorunlu sigortalısı sayılması gerektiği, netice itibari ile geçerli olan prim gün sayısı ile tahsis talebinin idare tarafından reddedilmesi işleminin hukuka aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.

## **B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme**

**24.)** Günümüzde demokratik, modern ve katılımcı yönetim anlayışında idarelerden sadece hukuka uygun olarak hareket etmeleri değil aynı zamanda iyi yönetim ilkelerine de uygun işlem tesis etmeleri de beklenmektedir.

**25.)** 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi Yönetim İlkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde "Kurumun, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözeteceği düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik hükmünde yer alan ilkelerin kaynağını teşkil eden Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 41 inci maddesinde de iyi yönetim hakkından bahsedilmekte olup, benzer ilkelere Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen " Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası'nda" da yer verilmiştir.

**26.)** Söz konusu ilkeler yönünden yapılan değerlendirme neticesinde; başvuru kapsamında ilgili idareden istenilen bilgi ve belgelerin süresi içinde ancak gerekli açıklamaları yapmadan Kurumumuza gönderildiği ayrıca idarenin başvurana ilgili işlemlerinde “şeffaflık”, “kararların gerekçeli olması”, “kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi” ilkelerine uygun davrandığı ancak prim borçlarının ihyası için aranan “beş yılı aşan prim borcu” şartının aranmasında eksik ve özensiz davranarak, daha sonra bu borçlanma kapsamındaki parayı uzun yıllar kullanması ve hatasının başvuranın tahsis talebi sonucunda farkına varması “**kanunlara uygunluk**”, “**makul sürede karar verme**”, “**hesap verilebilirlik**”,

**ilkelerine uygun davranmadığı**, tespit edilmekle birlikte, idareden bundan böyle bu ilkelere uygun hareket etmesi beklenmektedir.

27.) Hukuk devleti ilkesi idarenin “**belirlilik**”, “**istikrar**”, “**öngörülebilirlik**” ve “**haklı beklenti**” ilkelerine uygun davranmasını içermektedir. Buna göre, idarenin vatandaşların güvenini boşa çıkaracak uygulamalardan kaçınması gerekir. Emeklilik çalışanlar bakımından tüm çalışma hayatı boyunca varılmak istenen bir gaye, sosyal devlet olmanın gereği olarak yaşlılık riskine karşı alınan bir güvence, devlet için bir ödevdir. İdarenin kişilerin, sigortalıların bu hakkın kazanılmasına yönelik beklentiye sokacak davranışlardan kaçınması, kendi iş ve işlemlerinde ise yasaya uygun, gerekli dikkat ve özeni göstermesi beklenmektedir. Bu tür durumlara sebep verilmemesi için idarenin, hizmetin gerekleri göz önüne alınarak personelin eğitimi ve yetiştirilmesine ve kendi içinde kontrol ve denetim mekanizmalarına gereken önem, vermesi gerekmektedir.

28) Diğer taraftan idarenin, başvurana verdiği cevaplarda hangi sürede hangi mercilere başvurabileceğini göstermediği bu nedenle “karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi” **ilkesine uymadığı** anlaşılmış olup, idareden bundan böyle bu ilkeye de uyması beklenmektedir.

29) Bu itibarla başvuruya konu durum ve benzeri durumda olan sigortalılar bakımından, Kanunun Bağ-Kur sigortalısı olmak bakımından aradığı oda veya vergi kayıt şartını yerine getirmeyen, ancak yapılandırma sonucu hizmetlerini ihya ettiği düşüncesi ile sigortalılıklarının olduğu haklı beklentisi oluşturulan sigortalılar bakımından, Kurumun yetkili organınca, düzenleyici bir işlemle yargı kararı aranmaksızın af mahiyetinde bir düzenleme ile bu kişilerin sigortalı sayılması yönünde bir karar verilmesinin Kurum ile vatandaşı karşı karşıya getirmeden birey ile devlet arasındaki ilişkiyi zedelemeyen çözüme kavuşturarak çözümlenmesi, İdarenin bahse konu ilkelere uygun davranması ve bu tavsiye kararı yönünde işlem tesis etmesi beklenmektedir.

## **V. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA**

30) 6328 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu Tavsiye Kararının idareye tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde idare tarafından herhangi bir eylem ya da işlem tesis edilmezse (varsa) dava açma süresinden kalan süre işlemeye devam edecek olup İş Mahkemelerinde yargı yolu açıktır.

## **VI. KARAR**

Açıklanan gerekçelerle **BAŞVURUNUN KABULÜNE;**

Başvuranın borçlandırma kapsamında Kurumun hatalı işlemi ile yapılandığı, başta geçerli olarak kabul edilip sonra iptal edilen sürenin geçerli sayılmasına ve başvuranın mağduriyetinin giderilmesi yönünde makul sürede işlem tesisi için **SOSYAL GÜVENLİK KURUM BAŞKANLIĞINA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**



6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; **SOSYAL GÜVENLİK KURUM BAŞKANLIğI** tarafından bu karar üzerine tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

**Kararın Başvurana ve SOSYAL GÜVENLİK KURUM BAŞKANLIğINA tebliğine,**

**Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.**

**e-imzalıdır**

Şeref MALKOÇ  
Kamu Başdenetçisi

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'na uygun olarak Güvenli Elektronik İmza ile üretilmiştir. Evrak teyidi <https://ebys.ombudsman.gov.tr/sorgu/sorgula.aspx> adresinden **D9YY-IOIK-8KGE** kodu ile yapılabilir.

10 / 10