

FARUK BARIŞ MUTLAY	SOSYAL SİGORTA YARDIMLARINA HAK KAZANMA KOŞULLARI VE EŞİTLİK İLKESİ	ÖZEL HUKUK – ÖZEL HUKUK	İstanbul, 2014
T.C. MARMARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI ÖZEL HUKUK BİLİM DALI SOSYAL SİGORTA YARDIMLARINA HAK KAZANMA KOŞULLARI VE EŞİTLİK İLKESİ Doktora Tezi FARUK BARIŞ MUTLAY İstanbul, 2014			

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**SOSYAL SİGORTA YARDIMLARINA HAK KAZANMA KOŞULLARI
VE EŞİTLİK İLKESİ**

Doktora Tezi

FARUK BARIŞ MUTLAY

Danışman: PROF. DR. NURŞEN CANİKLİOĞLU

İstanbul, 2014

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

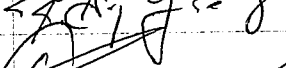
TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi FARUK BARIŞ MUTLAY'nın SOSYAL SİGORTA YARDIMLARINA HAK KAZANMA KOŞULLARI VE EŞİTLİK İLKESİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 16.04.2014 tarih ve 2014-14/44 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 26.05.2014

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. NURŞEN CANIKLIOĞLU	
2.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. SAİM OCAK	
3.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. KÜBRA DOĞAN YENİSEY	
4.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. TALAT CANBOLAT	
5.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. ALİ RIZA OKUR	

ÖZET

Eşitlik ilkesi konunun ele alınmaya başladığı günden bu yana farklı açılardan incelenmişse de kavram üzerindeki güncel tartışmalar daha çok çalışma yaşamına özgülümlenmiş anlatımı ile eşit işlem prensibi üzerine yoğunlaşmıştır. Sosyal güvenlik hukukunda eşitlik ilkesi detaylı biçimde incelenmediği gibi, sınırlı biçimde yapılan incelemeler ise daha çok kadın erkek eşitliği ve vatandaşlık statüsü temelinde olmuştur. Oysa çalışma şekline göre oluşturulan hukuki statü temelinde birçok farklı düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin eşitlik ilkesine uygunluğunun önemi son derece büyüktür. 5510 sayılı Kanunun birçok hükmünün AYM'nin 15.12.2006 tarihli E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararı ile eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle iptal edilmesi bu önemi ayrıca göstermektedir. Sosyal güvenlik hukukunda yükümlülük getiren veya yardım yapılmasını öngören bir normun eşitlik ilkesine uygun olup olmadığının tespiti, hangi eşitlik anlayışının benimsendiğiyle yakından ilgilidir. Bu noktada şekli ve maddi eşitlik anlayışlarından hangisinin benimsenmesi gerektiği belirlenmelidir. Hukukumuzda sosyal güvenlik alanında eşitliği düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa'da yer alan düzenlemelerden hareketle sosyal güvenlik hukukunda hangi eşitlik anlayışının benimsendiği tespit edilmelidir. Sadece hukukumuzdaki düzenlemeler değil, ülkemizin onayladığı uluslararası sözleşmelerde ve AB'ye adaylık sürecinde olduğumuz dikkate alındığında AB düzenlemelerinde benimsenen anlayış da ortaya konmalıdır. Bunlardan başka gerek ulusal gerekse uluslararası yargı kararları da sosyal güvenlik hukukunda benimsenmesi gereken eşitlik anlayışını ortaya koymak bakımından önem taşır. Sosyal güvenlik hukukunda olması gereken eşitlik anlayışının belirlenmesinden sonra, eşitlik ilkesine aykırı durumların nasıl tespit edileceği ortaya konmalıdır. Bu tespitin yapılmasında haklılaştırma ayrı bir öneme sahip olduğundan konunun üzerinde ayrıca durulmalıdır. Yapılan tespit ve değerlendirmeler altında 5510 sayılı Kanunda yer alan düzenlemelerin eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı detaylı biçimde incelenmiştir.

ABSTRACT

Although the principle of equality has been examined from different angles since the first day this issue has been approached, the present discussions regarding this concept are focused on equal treatment principles based mostly on business life. In social security law, the principle of equality is not only scrutinized in detail, but also the limited examinations carried out have been based mostly on sex or citizenship status. However there are many different arrangements based on the legal status formed according to manner of work. The compatibility of these arrangements to the principle of equality is very important. The abrogation of many conditions of the Law numbered 5510 with the justification that said conditions were contrary to the equality principle with the decision numbered E.2006/111, K.2006/112 and dated 15.12.2006 of the SUPREME COURT, also shows that said compatibility of said arrangements are crucially important. The determination of the suitability of a norm to the equality principle, which stipulates aid, or which brings about a covenant in social security law is closely related to the kind of equality understanding that has been adopted. At this point the type or shape of financial equality understanding that needs to be adopted must be determined. A special clause that arranges equality in the field of social security is not present in our judicial system. The type of equality understanding that has been adopted in the social security law from the point of view of the arrangements carried out in the constitutional law need to be determined. The understanding that has been adopted not only according to the arrangements carried out in our judicial system, but also in the international agreements that our country has signed and approved and the EU arrangements that have been carried out; as we are at the process of becoming an EU member must also be determined and must be put forward. Moreover national and international judicial decisions also are important in order to set forward an equality understanding that needs to be adopted within the social security law. Following the adaptation of an equality understanding that is required in the social security law, we need to also determine how we can point out the cases which are contrary to the equality principle. Rightfulness has a significant importance when determining what is contrary to the equality principle and as a result this issue must be dealt with in detail. The arrangements carried out under the law numbered 5510 within the scope of the determinations and evaluations have been examined in detail to establish if they are suitable or contrary to the equality principle.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	X
KAYNAKÇA	XII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK İLKESİ

§1. Eşitlik Kavramı	6
I. Eşitlik Kavramının Felsefi İzleri	6
II. Hukuki Bakımdan Eşitlik Kavramı	7
1. Hukukta ve Hukukun Uygulanmasında Eşitlik	7
2. Eşitlik Anlayışına İlişkin İlkeler	10
a) Genel Olarak	10
b) Şekli Eşitlik İlkesi	11
aa) Şekli Eşitlik İlkesi İle Kanunların Genelliğinin Sağlanması.....	11
bb) Şekli Eşitlik İlkesinin Yetersizliği	13
c) Maddi Eşitlik İlkesi	16
aa) Maddi Eşitlik İlkesinin Gerekliliği	16
bb) Maddi Eşitlik İlkesinin Özellikleri.....	17
§2. Ayrımcılık Yasağı İlkesi.....	19
I. Ayrımcılık Kavramı.....	19
II. Ayrımcılık Yasağı İlkesi ile Eşitlik İlkesi Arasındaki İlişki.....	22
III. Ayrımcılık Yasağının Türleri	28
1. Doğrudan Ayrımcılık	28
2. Dolaylı Ayrımcılık	30
§3. Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı İlkesi	35
I. Eşitlik İlkesinin Anayasal Görünümü.....	35
1. Genel Olarak	35
2. Sosyal Güvenlik Hakkının Dayanağı	35
3. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi	37
a) Genel Olarak	37
b) Eşitlik İlkesinin Anayasada Düzenlendiği Yer Bakımından Doğurduğu Sonuç	40
c) Eşitlik Hakkı Gereğince Temel Haklardan Yararlanma.....	42
d) Kanun Önünde Eşitlik İlkesinin Anlamı	44
aa) Genel Olarak.....	44
bb) Ayrımcılık Yasağı.....	45
cc) Eşitlik Yükümlülüğü.....	49
dd) İmtiyaz Yasağı.....	52
ee) Olumlu Ayrımcılık	53

§4. Uluslararası Belgelerde Sosyal Güvenlik Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı İlkesi.....	56
I. Genel Olarak	56
II. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri	57
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	57
a) Ayrımcılığa İlişkin Düzenleme	57
b) AİHS Kapsamında Ayrımcılığın Belirlenmesinde İzlenecek Yol	59
c) AİHS’de Sosyal Güvenlikte Ayrımcılık	62
2. Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi).....	63
3. Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu	66
4. Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi	67
III. Avrupa Topluluğu Düzenlemeleri	68
1. Roma Antlaşması (Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması)	68
a) Eşit İşe Eşit Ücret Düzenlemesi ve Konumuz Bakımından Önemi	68
b) Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın Eşit İşe Eşit Ücret İlkesine Yaklaşımı	73
2. 1408/71 sayılı Sosyal Güvenlik Tüzüğü	77
3. Yönergeler	79
a) 76/207 sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranılmasına İlişkin 14.02.1976 Tarihli Yönerge (Eşit Davranma Yönergesi)	79
b) 79/7 sayılı Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesinin Aşamalı Uygulanmasına İlişkin 19.12.1978 Tarihli Yönerge (Sosyal Güvenlik Yönergesi).....	82
aa) Yönergenin Amaçları	82
bb) Yönergenin Doğrudan Etki Niteliği Taşınması	87
cc) Yönergede Yasaklanan Faaliyet	88
dd) Yönergenin Kapsamı	91
c) 86/378 sayılı İşyerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranmaya İlişkin 12.08.1986 Tarihli Yönerge ve Yönergeyi Değiştiren 96/97 sayılı 26.12.1996 Tarihli Yönerge.....	97
aa) Yönergenin Amacı.....	97
bb) Yönergenin Konu ve Kişi Bakımından Kapsamı	99
cc) Yönergede Yasaklanan Faaliyet	100
d) 86/613 sayılı Serbest Faaliyet ve Tarım Alanında Çalışan Kadın ve Erkeğe Eşit Davranılması, Kadının Hamilelik ve Loğusalık Halinde Korunmasına İlişkin 19.12.1986 Tarihli Yönerge.....	102
e) 92/85 sayılı Hamile, Loğusa ve Emziren Kadınların İşyerinde İş Güvenliğinin ve Sağlığının Korunmasına İlişkin 28.11.1992 Tarihli Yönerge	102
IV. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri	104
1. Birleşmiş Milletler Antlaşması.....	104
2. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	106
3. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme	108
4. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi.....	110
5. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi.....	112
6. Engellilerin Hakları Sözleşmesi	113

V. Uluslararası Çalışma Örgütü Düzenlemeleri	116
1. Versay Barış Anlaşması ve Filadelfiya Bildirgesi	116
2. 97 ve 143 sayılı Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmeler	117
3. Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 sayılı	118
Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi	
4. 118 sayılı Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında Sözleşme (Sosyal Güvenlik Eşit Muamele Sözleşmesi)	119
§5. Sosyal Güvenlik Hukukunda Ayrımcılığın Tespiti ve Ayrımcılığın Giderilmesi.	122
I. Doğrudan Ayrımcılığın Tespiti	122
1. Karşılaştırma Yapma Zorunluluğu	122
2. Karşılaştırma Yapılacak Kişilerin Belirlenmesi	122
a) Varsayımsal Karşılaştırmanın Yeterliliği ve İstisnası	122
b) Sosyal Riskin Yaratdığı Etkinin Esas Alınması Gerekliliği	125
c) Nimet-Külfet Dengesinin Dikkate Alınması Gerekliliği	126
3. Karşılaştırma Yapılacak Kişiler	131
a) Hukuki Statüsü Farklı ya da Aynı Olanların Karşılaştırılması	131
b) Hukuki Statü Dışında Sigortalıların Karşılaştırılması	134
4. Karşılaştırmanın Sonucu ve Sonucun Kaynaklandığı Nedenin Önemi	135
II. Dolaylı Ayrımcılığın Tespiti	138
1. Karşılaştırma Yapma Zorunluluğu	138
2. Aynı Yasal Düzenlemenin Varlığı	139
3. Esaslı Ölçüde Farklı Etkilenme	140
III. Karşılaştırma Sonucu Ortaya Çıkan Eşitliğe Aykırı Durumun Giderilmesi	144
§6. Farklı İşlemin Haklılaştırması	145
I. Doğrudan Ayrımcılığın Haklılaştırılması	145
1. Doğrudan Ayrımcılığın Haklılaştırılıp Haklılaştırılamayacağı Sorunu	145
2. Haklılaştırmada Farklı İşlemin Nedeninin Önemi	148
3. Ayrımı Mümkün Kılan Ölçütler: İhtiyaç ve Değer	152
4. Haklılaştırmada İyi Niyetin Önemsiz Olması	157
5. Ölçülülük İlkesi	160
II. Dolaylı Ayrımcılığın Haklılaştırılması	163
III. Hukuki Statü Temelinde Yapılan Sınıflandırmanın Haklılaştırılması	171
1. Sınıflandırma Yapma ve Sınıflandırmayı Haklılaştırma Zorunluluğu	171
2. Hukuki Statü Temelinde Yapılan Sınıflandırmanın Çalışma İlişkisine Dayanması ve Bunun Haklılaştırılması	174
3. 5510 sayılı Kanuna İlişkin 15.12.2006 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Eşitlik Açısından Değerlendirilmesi	181

İKİNCİ BÖLÜM

KISA VADELİ SİGORTA KOLLARI KAPSAMINDA SAĞLANAN

SİGORTA YARDIMLARI ve EŞİTLİK İLKESİ

§ 7. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi	188

I. Sigorta Yardımlarına Hak Kazanmak İçin Aranılan Ön Koşullar:	
Sigortalının İş Kazası Geçirmesi ya da Meslek Hastalığına Yakalanması.....	188
1. Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında İş Kazası.....	188
a) Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kanunlarda İş Kazasına Yönelik Hukuki Statü Temelinde Yapılan Farklı Düzenlemeler	188
b) Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Kavramın Yeniden Tanımlanması Gerekliliği.....	193
aa) Dar Anlamda Kaza Kavramı ve Unsurları	193
bb) Dar Anlamda Kaza Kavramının Unsurlarının Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından İş Kazası İçin Kabul Edilebilirliği Sorunu	196
aaa) Dıştan Gelen (Dışsal) Olay	196
bbb) Ani Olay	198
ccc) İstenilmeyen Olay	200
ddd) Zararın Varlığı.....	201
cc) Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Kavramın Tanımı.....	204
2. İş Kazası Kavramının Unsurları Bakımından Sigortalılar Arasında Yaratılan Farklılıklar.....	207
a) Kişi Unsuru: Kısa Vadeli Sigorta Kolları Kapsamında Sigortalı Olma.....	207
b) Olay Unsuru: Sigortalıların Kanunda Belirtilen Hal ve Durumlar İçinde Kazaya Uğraması	208
aa) Sigortalının İşyerinde Bulunduğu Sırada Kazaya Uğraması	208
aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum	208
bbb) Unsurun Kişi Bakımından Uygulama Alanı	211
ccc) Unsurun Yer Bakımından Uygulama Alanı.....	214
bb) Sigortalının Yürütülmekte Olan İş Nedeniyle veya Yürütmekte Olduğu İş Nedeniyle Kazaya Uğraması	219
aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum	219
bbb) Unsurun Kişi Bakımından Uygulama Alanı	220
ccc) Unsurun Yer Bakımından Uygulama Alanı.....	221
cc) Sigortalının İşveren Tarafından Görevli Olarak Başka Bir Yere Gönderilmesi Nedeniyle Asıl İşini Yapmaksızın Geçen Zamanda Kazaya Uğraması.....	225
aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum	225
bbb) Unsurun Kişi Bakımından Uygulama Alanı	228
ccc) Unsurun Yer Bakımından Uygulama Alanı.....	231
dd) Sigortalı Kadının Çocuğuna Süt Vermek İçin Ayrılan Zamanda Kazaya Uğraması.....	235
aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum	235
bbb) Unsurun Kişi Bakımından Uygulama Alanı	236
ccc) Unsurun Yer Bakımından Uygulama Alanı.....	239
ee) Sigortalının İşverence Sağlanan Araçla İşin Yapıldığı Yere Gidiş ve Gelişi Sırasında Kazaya Uğraması	240
aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum	240
bbb) İşverence Sağlama Ölçütünün Farklı Hukuki Statüdekiler Arasında Yarattığı Eşitsizlik	241
ccc) İşverence Sağlanma Ölçütünün Aynı Hukuki Statüdekiler Arasında Yarattığı Eşitsizlik	243
ddd) Sigortalının Güzergahının Önemi	248

c) Zarar Unsuru: Zararın Niteliği ve Kaza ile Zarar Arasındaki İliyet Bağıının Yeterliliği	251
3. Meslek Hastalığı Kavramı ve Unsurları.....	252
a) Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kanunlarda Meslek Hastalığına Yönelik Benzer Düzenlemeler ve Kavramın Tanımı	252
b) Meslek Hastalığı Sigortasının Kişi Bakımından Kapsamı	255
c) Mesleki Nitelikteki Dışsal Etki Nedeniyle Hastalığın Ortaya Çıkması	256
d) Meslek Hastalığının Kurum Sağlık Kurulu Raporu İle Saptanması	260
4. İş Kazasının ve Meslek Hastalığının Bildirim Yükümlülüğü Bakımından Sigortalılar Arasında Yaratılan Farklılıklar.....	261
II. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımları ve Bunlara İlişkin Diğer Koşullar.....	266
1. Geçici İş Göremezlik Ödeneği	266
a) Kavram ve Ödeneğe Hak Kazanabileceklerin Kapsamı	266
b) Ödeneğe Hak Kazanma Şartları	268
aa) İstirahat Raporunun Varlığı	268
bb) Bağımsız Çalışanlara Özgü Şart: Prim Borcunun Bulunmaması ve Yatarak Tedavi veya Yatarak Tedavi Sonrası Alınan Raporun Varlığı	269
cc) Tarım ve Orman İşlerinde İş Sözleşmesiyle Süreksiz Çalışan Sigortalılara Özgü Şart: Bekleme Süresi ve Prim Borcunun Bulunmaması	274
c) Ödeneğin Miktarının Tespitinde Getirilen Farklılık	276
2. Sürekli İş Göremezlik Geliri	281
a) Kavram ve Gelire Hak Kazanabileceklerin Kapsamı.....	281
b) Gelire Hak Kazanma Şartları	283
aa) Sürekli İş Göremezlik Halini Doğuran Sosyal Risk Bakımından Aranan Şartın Yarattığı Farklılıklar.....	283
bb) Meslekte Kazanma Gücünün Belirli Oranda Kaybı	284
cc) Bağımsız Çalışanların Prim Borcunun Bulunmaması	286
dd) Tarım ve Orman İşlerinde İş Sözleşmesiyle Süreksiz Çalışan Sigortalılara Özgü Şart: Bekleme Süresi ve Prim Borcunun Bulunmaması	289
3. İş Kazası ve Meslek Hastalığına Bağlı Gerçekleşen Ölüm Halinde Hak Sahiplerine Yapılan Sigorta Yardımları Hak Kazanma Koşulları	290
a) Cenaze Ödeneği.....	290
b) Ölüm Geliri	293
aa) “İş Kazası ve Meslek Hastalığı”nın Ölüm Gelirine Hak Kazanmadaki Önemi ve Sigortalılar Arasında Yarattığı Farklılık	293
bb) Prim Borcu Bakımından Ölen Sigortalıya İlişkin Hukuki Statü Temelinde Yaratılan Farklılığın Hak Sahipleri Bakımından Doğurduğu Sonuç	296
cc) Hak Sahipleri Arasında Ölüm Gelirine Hak Kazanma Şartları Bakımından Yaratılan Farklılıklar	298
aaa) Eşe Bağlanacak Ölüm Geliri Bakımından “Gelir Oranı” Dikkate Alınarak Aranan Şartlar	298
bbb) Çocuklara Bağlanacak Ölüm Geliri Bakımından “Cinsiyet”, “Yaş” ve “Malullük Durumu” Dikkate Alınarak Aranan Şartlar.....	302

ccc) Ana ve Babaya Bağlanacak Ölüm Geliri Bakımından Aranan Şartlar	306
dd) Ölüm Geliri Olarak Bağlanacak Miktarın Belirlenmesinde Yaratılan Farklılıklar	308
ee) Ölüm Gelirinin Hak Sahipleri Arasında Paylaştırılmasında Dikkate Alınan Oranlara İlişkin Farklılıklar	310
c) Evlilik Nedeniyle Ortaya Çıkan Ölüm Geliri Kaybını Gidermeye Yönelik Yardım: Evlenme Ödeneği	311
§ 8. Hastalık Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi	313
I. Genel Olarak	313
II. Geçici İş Göremezlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları	315
1. Ön Koşullar: Hastalık Hali ve Belirli Kapsamda Sigortalı Olma.....	315
a) Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Hastalık Hali	315
b) Belirli Kapsamda Sigortalı Olma	316
2. İstirahat Raporu ve Asgari İstirahat Süresi	320
3. Belirli Bir Süre Prim Bildirilmiş Olması.....	322
III. Ödeneğin Miktarının Tespitinde Getirilen Farklılık.....	324
IV. Sürekli İş Göremezlik Gelirinin Hastalık Sigortası Kapsamında Öngörülmemesinin Değerlendirilmesi	326
§ 9. Analık Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi.....	328
I. Genel Olarak	328
II. Geçici İş Göremezlik Ödeneği	330
1. Ödeneğe Hak Kazanma Koşulları	330
a) Ön Koşullar: Analık Hali ve Belirli Kapsamda Sigortalı Olması	330
aa) Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Analık Hali	330
bb) Belirli Kapsamda Sigortalı Olma	333
b) İstirahat Raporunun Varlığı.....	334
c) Belirli Bir Süre Pirim Bildirilmiş/Ödemiş Olma.....	336
2. Analık Haliyle Uyumlu Olmayan Süreler İçin Ödeneğin Verilmesinin Değerlendirilmesi	337
3. Devlet Memurları ve Maktu Aylık Ücretli İşçilerin Durumu	340
III. Emzirme Ödeneği	344
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
UZUN VADELİ SİGORTA KOLLARI KAPSAMINDA SAĞLANAN SİGORTA YARDIMLARI ve EŞİTLİK İLKESİ	
§10. Malullük Sigortası Kapsamında Sağlanan Malullük Aylığına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi.....	346
I. Genel Olarak	346
II. Ön Koşul: Sigortalı Olma	348
III. Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Maluliyet Hali: “Çalışma Gücü” veya “Meslekte Kazanma Gücü” ile “Vazife Yapılamayacak Derecede Meslekte Kazanma Gücü” Kaybı Ölçütleri	353

1. Bütün Sigortalılar İçin Kabul Edilen Ortak Şart: Çalışma Gücünün %60'ının Kaybedilmesi	353
2. İş Sözleşmesine Tabi Çalışanlarla Bağımsız Çalışanlar İçin Kabul Edilen Ortak Şart: Meslekte Kazanma Gücünün %60'ının Kaybedilmesi	358
3. Kamu Görevlileri ve Devlet Memurları İçin Kabul Edilen Şart: Meslekte Kazanma Gücünün Vazife Yapılamayacak Derecede Kaybedilmesi (Adi Malullük Benzeri Hal)	361
4. Çalışma ve Meslekte Kazanma Gücünün Kaybından Bağımsız Olarak Kamu Görevlileri ve Devlet Memurları İçin Kabul Edilen Özel Şart: Hastalık İzin Süresi	364
IV. Malullük Durumunun Doğma Anı	367
1. Malullüğün İlk Defa Sigortalı Olarak Çalışmaya Başladıktan Sonra Ortaya Çıkması	367
2. İlk Defa Sigortalı Olarak Çalışmaya Başlanılan Kanun.....	370
V. Belirli Süre Sigortalı Olma	372
1. “Eşit” Şartın “Eşitsizlik” Doğurması	372
2. On Sekiz Yaşından Önce Geçen Sigortalılık Süresinin Dikkate Alınmamasının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi	376
3. Maluliyetin Derecesinin Sigortalılık Süresi Bakımından Aranan Şarta Etkisi	380
VI. Prime İlişkin Şart	381
1. Mülga Kanunlardaki Düzenlemelerin Eşitlik İlkesine Aykırılığı.....	381
2. 5510 Sayılı Kanunda Bildirilmesi/Ödenmesi Gereken Prim Gün Sayısı Bakımından Sağlanan Eşitlik	384
3. Primlerin Ödenmesi ya da Bildirilmesi Konusunda Haklı Nedene Dayanmayan Ayrım	385
4. Hesaplama Esas Alınacak Prim Ödeme Gün Sayısı.....	387
VII. Malullük Durumunun Talep Üzerine Kurum Onayı İle Belirlenmesi.....	390

§11. Yaşlılık Sigortası Kapsamında Sağlanan Yaşlılık Aylığına Hak

Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi	392
I. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartlarına İlişkin Farklı Düzenlemelerin Varlığı.....	392
II. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartları	396
1. Ön Koşul: Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından “Yaşlılık” Hali.....	396
a) “Yaşlılık” Halinin Tanımı	396
b) Yaşlılık Sigortası Gereği Yaşlılık Haline Esas Yaşın Belirlenmesinde Eşitlik İlkesinin Dikkate Alınması Gerekliği	398
2. 30.04.2008 Tarihine Kadar Olan Dönemde İlk Defa Sigortalı Olanların Olağan ve Kolaylaştırmış Emeklilik Halleri Uyarınca Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartları	403
a) İş Sözleşmesiyle Bir veya Birden Fazla İşveren Tarafından Çalıştıranlar Bakımından	403
aa) 4447 sayılı Kanun ile Değişiklik Yapılmadan Önceki Durum	403
bb) 4447 sayılı Kanun İle Değişiklik Yapıldıktan Sonraki Durum	405
cc) 4447 sayılı Kanuna İlişkin AYM Kararının Eşitlik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi.....	409
aaa) 4447 sayılı Kanunla 506 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 81. Maddeye İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı.....	409

bbb) 4447 sayılı Kanunla 506 Sayılı Kanuna Eklenen 60.	
Maddeye İlişkin AYM'nin Yaklaşımı	416
b) Tarım İşlerinde İş Sözleşmesiyle Süreksiz Olarak Çalışanların Durumu	419
c) Bağımsız Çalışanların Durumu Bakımından	420
aa) 4447 sayılı Kanun İle Değişiklik Yapılmadan Önceki Durum.....	420
bb) 4447 sayılı Kanunla Değişiklik Yapıldıktan Sonraki Durum.....	421
cc) 4447 sayılı Kanunla 1479 Sayılı Kanuna Eklenen	
Geçici 10. Maddeye İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı	422
d) Devlet Memurları ve Kamu Görevlileri Bakımından Hak	
Kazanma Şartları	426
3. 30.04.2008 Tarihinden Sonra Sigortalı Olanların Olağan ve	
Kolaylaştırılmış Emeklilik Halleri Uyarınca Yaşlılık Aylığına	
Hak Kazanma Şartları.....	428
a) Genel Olarak.....	428
b) 30.04.2008 Tarihinden Sonra İlk Defa Sigortalı Olma ve 30.04.2008	
Tarihini Esas Alan Düzenlemenin Eşitlik İlkesine Aykırılığı	429
c) Yaş Şartı	433
aa) Olağan Emeklilikte Aranan Yaş Sınırı	433
bb) Kolaylaştırılmış Emeklilikte Aranan Yaş Sınırı.....	436
cc) Erken Yaşlananlar İçin Yaş Sınırı	440
dd) Ulaşılmaması Gereken Yaş Sınırının Belirlenmesinde Prim	
Ödeme Gün Sayısının Tamamlandığı Zamanın Dikkate	
Alınması Nedeniyle Ortaya Çıkan Eşitsizlik.....	441
ee) Kadınlara Daha Erken Yaşta Emekli Olma Olanağı	
Sağlayan Düzenlemeler	444
aaa) Takvim Yaşının Erken Belirlenmesi	444
bbb) Yaş Haddinden İndirim Yapılması	446
ff) Devlet Memurları ve Kamu Görevlileri İçin Kabul Edilen	
Yaş Haddi Nedeniyle Zorunlu Emekliliğin Değerlendirilmesi	450
d) Prime İlişkin Şart	454
aa) Hukuki Statüye Göre Aranan Farklı Prim Ödeme/Bildirme	
Gün Sayıları	454
bb) Farklı Tarihlerde Sigortalı Olanlar Bakımından Prim Şartına	
İlişkin Ortaya Çıkan Durum	456
cc) Bağımsız Çalışanlara ve Tarım ve Orman İşlerinde İş	
Sözleşmesiyle Süreksiz Çalışan Sigortalılara Özgü Şart:	
Prim Borcunun Bulunmaması	458
4. Maden İşyerlerinin Yer Altında Çalışanların Yaşlılık Aylığına Hak	
Kazanma Şartları	460
a) İşin Niteliği ve Yapıldığı Yer	460
b) Belirli Kapsamda Sigortalı Olma	462
aa) İlk Defa 506 sayılı Kanun Kapsamında Sigortalı Olma	462
aaa) 506 sayılı Kanunda Benimsenen Durumun 5510 Sayılı	
Kanunun Geçici Maddesiyle Devamı	462
bbb) İşin Devamlılığının Prim ve Sigortalılık Süresi Bakımından	
Aranan Şarta Etkisi	463
ccc) İşin Devamlılığının Hesaplamaya Esas Teşkil Edecek	
Prim Gün Sayısına Etkisi.....	466
ddd) Yaş ve Prim Ödeme Gün Sayısı Bakımından Aranan Şartlar	467

bb) İlk Defa 5510 sayılı Kanun Kapsamında Sigortalı Olma	469
aaa) Yaş Şartı	469
bbb) Prim Şartı	470
5. İşin Niteliği ve Yapıldığı Yerin Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartlarına Etkisi: Fiili Hizmet Süresi Zammı	473
a) Yer Altında Yapılan İşler Dışındaki İşlerin Dikkate Alınması Gerekliliği	473
b) Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulamasının Kapsamı	476
aa) Kişi Bakımından Kapsamı	476
bb) İş ve İşyeri Bakımından Kapsamı	477
c) Fiili Hizmet Süresi Zammından Yararlanmaların Sonuçları	483
aa) Prim Ödeme Gün Sayıları Bakımından	483
aaa) Prim Ödeme Gün Sayılarının Farklı Belirlenmesi	483
bbb) Prim Oranlarına İlişkin Farklı Etki	485
bb) Yaş Haddinden İndirim	486
6. Malul ya da İlk Defa Çalışmaya Başladığı Tarihte Çalışma Gücünü Belirli Oranda Kaybedenlerin Yaşlılık Aylığına Hak Kazama Şartları	488
a) Engellilerin Farklılıklarının Gözetilmesi Gerekliliği	488
b) Mülga Kanunlar Zamanında İlk Defa Sigortalı Olanların Durumu	489
c) 5510 sayılı Kanun Zamanında İlk Defa Sigortalı Olanların Durumu	492
7. Cumhurbaşkanlığı, TBMM Başkanlığı ve Başbakanlık Görevinde Bulunanların Aylıkları	496
§12. Ölüm Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi	498
I. Ölüm Aylığı	498
1. Ölüm Aylığına Hak Kazanma Koşulları	498
a) Sigortalının Herhangi Bir Nedenle Ölümü ve Ölüm Nedeninin Önemi	498
b) Ölen Sigortalının Kurumla Belli Bir İlişki İçinde Olması	504
aa) Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısı Bakımından Sağlanması Gereken İlişki	504
bb) 5510 sayılı Kanunun 47. Maddesinde Yazılı Nedenlerden Kazaya Uğramış Olma	508
cc) Malullük, Vazife Malullüğü, Yaşlılık Aylıkları ile Ölüm Aylığının İlişkisi	509
c) Hak Sahiplerine İlişkin Şartlar	511
2. Hesaplama Esas Alınacak Prim Ödeme Gün Sayısı	511
II. Evlenme ve Cenaze Ödeneği	512
SONUÇ	513

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABİH	: Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AT	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
Bağ-Kur	: Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu
Bağ-Kur K.	: Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
ESK	: Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu
Gen.	: Genelge
GSSİY	: Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği
HD.	: Hukuk Dairesi
İHU	: İş Hukuku Uygulaması
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İşK.	: İş Kanunu
İşKUR	: Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğu
s.K.	: Sayılı Kanun
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KVSKUT	: Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Tebliğ
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SGDD	: Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSİY	: Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
vd.	: ve devamı
t.	: Tarih
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	: Yönetmelik

KAYNAKÇA

- **Akın, Levent:** Bağ-Kur Sigorta Yardımları, Yetkin, İstanbul 1996 (Sigorta Yardımları).
- **Akın, Levent:** İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001(Maddi Tazminat).
- **Akın, Levent:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, Çalışma ve Toplum, 2006/I (Yeni Gelişmeler).
- **Akın, Levent:** Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Yetkin Yayınları, Ankara 2007 (Maluliyet).
- **Akın, Levent:** 5510 Sayılı Yasa'nın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, SİCİL, Mart 2008 (Maluliyet Düzenlemeleri).
- **Akın, Levent:** 5754 Sayılı Yasa Sonrasında Yeni Malullük Sigortası, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, 2010 (Yeni Malullük Sigortası).
- **Akın, Levent:** 5510 Sayılı Kanun Açısından İş Kazaları, III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı, 3-4 Nisan 2010 (İş Kazası).
- **Akın, Levent:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısı'nın İş Kazası Tanımı, İşveren Dergisi, Kasım 2005 (İş Kazasının Tanımı).
- **Akın, Levent:** Sosyal Sigortanın Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2012 (Değerlendirme).
- **Akın Pakin, Ebru:** Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, İstanbul 2005.
- **Alper, Yusuf:** Türk Emeklilik Sisteminde Reform, MERCEK, Ocak 2005.
- **Altan, Ömer/Şişman, Yener:** Yaşlılara Yönelik Sosyal Politikalar, Kamu-İş, C. 7, S. 2, 2003.
- **Aral, Vecdi:** Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1975.
- **Araslı, Utkan:** Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt I, Ankara 2002 (Sosyal Sigortalar).
- **Arıcı, Kadir:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Yönünden Anayasaya Aykırılığı Sorunu, TİSK Akademi, 2007/I (Anayasaya Aykırılığı Sorunu).

- **Arıcı, Kadir:** Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Yeni Bir Sorun: Yaşlı İşçiler, Can Tuncay'a Armağan, Legal, Mayıs 2005 (Yaşlı İşçi).
- **Arıcı, Kadir:** Türkiye'de Milletvekillerinin Sosyal Güvenliği Meselesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013 (Sosyal Güvenlik Meselesi).
- **Aslanköylü, Resul:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009 (SSK Yorumu).
- **Aslanköylü, Resul:** Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi, SİCİL, Aralık 2009 (Dürüstlük Kuralı).
- **Aslanköylü, Resul:** 5510 Sayılı Kanuna Göre Karşılaştırmalı Malullük Sigortası, SİCİL, Aralık 2010 (Malullük Sigortası).
- **Atabek, Reşat:** İş Kazası ve Sigortası, İstanbul 1978.
- **Aydınöz, Gonca:** Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı, Çalışma ve Toplum, 2009/3.
- **Balcı, Mesut:** İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması, Yetkin, 2. Baskı, Ankara 2011.
- **Banks, Karen:** "Whither the Social Security Directives?", Developments in Community Law Relating to Sex Equality, Equality of Treatment Between Women and Men in Social Security, Edited by Dr. Christopher McCrudden, Butterworths, 1994.
- **Barnard, Catherine:** EC Employment Law, 3rd Edition, 2006.
- **Barnard, Catherine/Hepple Bob:** Substantive Equality, Cambridge Law Journal, November 2000.
- **Başboğa Şahbaz, Zübeyde:** İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu İle Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, Beta, İstanbul 2010.
- **Başterzi, Süleyman:** Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2003 (Değerlendirme).
- **Başterzi, Süleyman:** 5510 sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları –Önceki Mevzuatla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme,- Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011 (Karşılaştırmalı Değerlendirmeler).
- **Baybora, Dilek:** Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, Çalışma ve Toplum, 2010/1.

- **Baycık, Gaye:** İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2006 (Maden İşçileri).
- **Becker, Ulrich/Von Hardenberg, Simon:** “Country Report on Germany”, Security: A General Principle Of Social Security Law In Europe, Edited by Ulrich Becker, Danny Pieters, Friso Ross, Paul Schoukens. Europa Law Publishing, 2010.
- **Bell, Mark:** Equality and the European Union Constitution, Industrial Law Journal, Vol.33, No. 3, September 2004 (Equality).
- **Bell, Mark:** Direct Discrimination, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Edited by Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell, Hart Publishing, Oregon, 2007.
- **Berksoy, İrem:** Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008.
- **Blainpain, Roger:** European Labour Law, 2003.
- **Bostancı, Yalçın:** Yargı Kararları Işığında Vazife Malullüğü Kavramı, Kamu-İş, C. 8, S. 1/2005 (Vazife Malullüğü).
- **Bowers, John, QC:** A Practical Approach to Employment Law, Seventh Edition, Oxford University Press, 2005.
- **Burrows, Noreen/Mair, Jane:** European Social Law, John Wiley&Sons, 1996.
- **Canbolat, Talat:** Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri, , İstanbul Barosu ve Kadir Has Üniversitesinin 21.02.2009 Tarihinde Düzenledikleri “Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi -Değerlendirmeler-” Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, Mart 2010 (Sigorta Hükümleri).
- **Caniklioğlu, Nurşen:** Sosyal Sigorta Türleri, Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2004 (Değerlendirme I).
- **Caniklioğlu, Nurşen:** 5510 Sayılı Kanuna Göre Malullük Aylığı, SİCİL, Eylül 2006 (Malullük Aylığı).
- **Caniklioğlu, Nurşen:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri, Çalışma ve Toplum, 2006/I, 8 (Tasarı).
- **Caniklioğlu, Nurşen:** Sosyal Hukukun Bir Görevi Olarak Ayrımcılıktan Kaçınma ve Mağduriyetin Giderilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006 (Ayrımcılık).

- **Caniklioğlu, Nurşen:** Kısa Vadeli Sigorta Kolları Açısından Yeni Mevzuatın Getirdiği Değişiklikler, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Kamu-İş, Ankara 2007 (Yeni Mevzuat).
- **Caniklioğlu, Nurşen:** Kısa Vadeli Sigortalar Bağlamında 5510 Sayılı Yasa Uygulaması ve Çıkacak Sorunlar, İstanbul Barosu ve İstanbul Üniversitesi'nin 26-27.01.2007 Tarihinde Düzenledikleri "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler" Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, Haziran 2007 (Kısa Vadeli Sigortalar).
- **Caniklioğlu, Nurşen:** İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler, SİCİL, Aralık 2007 (İtibari Hizmet Süresi).
- **Caniklioğlu, Nurşen:** Sosyal Sigortanın Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 2009 (Değerlendirme).
- **Centel, Tankut:** İşyerindeki Öldürme Olayının İş Kazası Sayılması, İş Hukuku Uygulaması Kararlar ve İncelemeleri, SSK VI (İş Kazası).
- **Centel, Tankut:** İşyerine Getirilip Götürülme Sırasında Uğranılan Kaza- İş Kazası Kavramı, İş Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 1993 (Karar İncelemesi).
- **Collins, Hugh/Ewing, Keith/McColgan, Aileen:** Labour Law Text and Materials, Hart Publishing, 2005.
- **Cousins, Mel:** The European Convention On Human Rights, Non-Discrimination and Social Security: Great Scope, Little Dept?, Journal of Social Security Law, 2009/16.
- **Cousins, Mel:** Country Report on Ireland, Security: A General Principle Of Social Security Law In Europe, Edited by Ulrich Becker, Danny Pieters, Friso Ross, Paul Schoukens. Europa Law Publishing, 2010 (Report).
- **Cuhruk, Mahmut/Çolakoğlu, Servet/Bükey, Avni:** Sosyal Sigortalar, Ankara 1977.
- **Çavuş, Özgür Hakan:** 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Düzenlenen Fiili Hizmet Süresi Zammı ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları, SİCİL, Haziran 2011.
- **Çenberci, Mustafa:** Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985.
- **Çenberci, Mustafa/Uygur, Turgut:** Bağ-Kur Kanunu Şerhi, Ankara 1979.
- **De Schutter, Olivier:** Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa Romanlarının Entegrasyonuna Katkısı, Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa, Editör: Olivier De Schutter.
- **Dilik, Sait:** Sosyal Güvenlik, Ankara 1992.

- **Deakin, Simon/Morris, Gillian S.:** Labour Law, Fifth Edition.
- **Dockès, Emmanuel:** Equality In Labour Law: An Economically Efficient Human Right? Reflections From A French Law Perspective, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Summer 2002, pp. 187-196.
- **Doğan Yenisey, Kübra:** Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, Kamu-İş, C. 6, S. 4/2002 (Uyum Sorunları).
- **Doğan Yenisey, Kübra:** Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, İHSGHD, 7, 2005.
- **Doğan Yenisey, Kübra:** İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, 9 vd. (İşyeri).
- **Doğan Yenisey, Kübra:** Social Security Law in Turkey, Wolters Kluwer (Social Security).
- **Ekmekçi, Ömer:** Sosyal Sigortanın Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2011 (Değerlendirme).
- **Ellis, Evelyn:** EU Anti-Discrimination Law, Oxford University Press, 2005.
- **English, Penny:** The European Union and Discrimination Law, Discrimination Law, Edited by Malcom Sargeant, Pearson Education Limited, 2004.
- **Erdoğan, Mustafa:** Anayasa Hukuku, Ankara 2007.
- **Ergin, Hediye:** İptalle Gelen Sorun: Reformdan Geriye Ne Kaldı? Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 Tarihli Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, TİSK Akademi, 2007/I (Reform).
- **Ergin, Hediye:** Yeni Sistemde Yaşlılık Aylığı, SİCİL, Haziran 2008 (Yaşlılık Aylığı).
- **Ergin, Hediye:** 5510 Sayılı Kanun'da Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması, SİCİL, Eylül 2009 (Fiili Hizmet Süresi).
- **Ergin, Hediye:** Geçiş Hükümleri, 21.02.2009 Tarihinde İstanbul Barosu ve Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen "Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Değerlendirmeler" Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, Mart 2010 (Geçiş Hükümleri).
- **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974.
- **Ernam, A. Nuri:** Açıklamalı ve Uygulamalı Sosyal Sigortalar Mevzuatı, Kamu-İş, Ankara 1990.
- **Ersan, Gürbüz:** Türkiye'de Sosyal Güvenlik, İstanbul 1987.

- **Ertan, Emre:** Yaşlılık Aylığı Bağlanması İstemi, Yazılı Başvuru Koşulu ve Sigortalı Lehine Yorum İlkesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/4 (Karar İncelemesi).
- **Ertürk, Şükran:** 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Hükümlerinin Birlikte Değerlendirilmesi, Sicil, S. 5, Mart 2007.
- **Ertürk, Şükran:** 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Değişiklik Öngören 5754 Sayılı Kanun'dan Sonra Uzun Vadeli Sigorta Kollarına Genel Bir Bakış, Legal İHSGHD, 19/2008 (Genel Bakış).
- **Ertürk, Şükran:** Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışanların Sağlık Yardımlarından Yararlanması, SİCİL, Mart 2011 (Sosyal Güvenlik Destek Primi).
- **Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim:** Bireysel İş Hukuku, Legal, 4. Bası, İstanbul 2010.
- **Fredman, Sandra:** Discrimination Law, Oxford University Press, 2002.
- Fundamental Social Rights at Work in the European Community, under the direction of Alan C. Neal for The European Association of Labour Court Judges, 1999 (Neal).
- **Gören, Zafer:** Anayasa Hukuku, Ankara 2011.
- **Gözler, Kemal:** Anayasa Hukukuna Giriş, 2003.
- **Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi), 9. Bası, Ankara 2011.
- **Gül, İdil Işıl/Karan, Ulaş:** Ayrımcılık Yasağı (Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme), Şubat 2011.
- **Gülmez, Mesut:** İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, 2009 (Ayrımcılığın Kaldırılması).
- **Gülmez, Mesut:** İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum, 2010/2 (Aykırı Düşünceler).
- **Gülmez, Mesut:** Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler, III. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Ekim 2011.
- **Güneş, Başak:** İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun İşverence Rücu Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2011.
- **Güriz, Adnan:** Hukuk Felsefesi, Ankara 2009.
- **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioglu, Nurşen:** Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, 11. Bası, İstanbul 2012 (11. Bası).

- **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen:** Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, 14. Bası, İstanbul 2012.
- **Güzel, Ali:** 4447 Sayılı Kanun İle 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001 (4447 sayılı Kanun).
- **Güzel, Ali/Özkaraca, Ercüment:** 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda 4958 ve 5073 Sayılı Kanunla ile Yapılan Değişiklikler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004.
- **Güzel, Ali:** Sosyal Sigortanın Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2010 (Değerlendirme).
- Handbook on European Non-Discrimination Law: Case-Law Update July 2010-December 2011.
- **Heide, Ingeborg:** Gender Roles and Sex Equality : European Solutions to Social Security Disputes, ILO, 2004.
- **Herbert, Francis:** "Social Security and Indirect Discrimination", Developments in Community Law Relating to Sex Equality, Equality of Treatment Between Women and Men in Social Security, Edited by Dr. Christopher McCrudden, Butterworths, 1994.
- **Hervey, Tamara:** Justifications for Sex Discrimination in Employment, Butterworth & Co. Publishers Ltd, London, 1993.
- **Hirsch, Ernst:** Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Birinci Türk Hukuk Kongresi, Tebliğler, Ankara 1971
- **İnceoğlu, Sibel:** Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2006/4.
- **Kaboğlu, İbrahim Ö.:** Özgürlükler Hukuku, 5. Baskı, 1999.
- **Kaboğlu, İbrahim Ö.:** Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları, Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye), Editör: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal, 2012 (Sosyal Haklar).
- **Kaya, Gözde:** Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı, Avrupa Birliği Bakanlığı Araştırma Serisi-1, 2012.
- **Korkusuz, Refik/ Uğur, Suat:** Yeni Mevzuata Göre Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Adana 2009.

- **Kuçuradi, İonna:** Küreselleşme, Sosyal Adaletsizlik ve Sosyal Haklar, Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye), Editör: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal, 2012.
- **McCrudden, Christopher:** Achieving Equality Between Men and Women in Social Security: Some issues of costs and problems of implementation, Developments in Community Law Relating to Sex Equality, Equality of Treatment Between Women and Men in Social Security, Edited by Dr. Christopher McCrudden, Butterworths, 1994.
- **Metin, Yüksel:** Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002.
- **Meyers, Robert J.:** Social Security And Sex Discrimination, Challenge, July-August 1975, pp. 54-57.
- **Nielsen, Ruth/ Szyszczak, Erika/ Forlag, Hanselshojskolens:** The Social Dimension of the European Union, 1997.
- **Okur, Ali Rıza:** Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2006 (Değerlendirme).
- **Okur, Ali Rıza:** Sorunları İle Gelen Reform, Mercek, Temmuz 2006 (Reform).
- **Okur, Ali Rıza:** Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları, Çalışma ve Toplum, 1/2006 (Sosyal Güvenlik Reformu).
- **Okur, Ali Rıza:** Eski Yasa’da Olmayıp Yeni Yasa’da Olan Hükümler ve Yeni Tanımlar, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin 18-19.06.2010 Tarihinde Düzenledikleri “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Semineri, 14. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, Aralık 2011 (Yeni Tanımlar).
- **Okur, Ali Rıza:** Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Ankara 2011 (Çalışmanın Etkisi).
- **Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye:** 5510 Sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, 16/2007.
- **Omay, Umut:** Sosyal Haklar, Beta, İstanbul 2011.
- **Onaran Yüksel, Melek:** Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, 1. Bası, Ekim 2000.
- **Oral, İlhan:** Emeklilerin Yeniden Çalışmaya Başlaması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Üzerine Düşünceler, Çalışma ve Toplum, 2008/4.

- **Ozanoğlu, Teoman:** Analık Sigortası ve Analık Sigortasına İlişkin Dersler, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1988.
- **Öden, Merih:** Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin, Ankara 2003.
- **Öktem, Niyazi:** Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları, Der Yayınları, İstanbul 1993.
- **Özbudun, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- **Özcüre, Gürol:** Avrupa Birliği'nin Sosyal Politikası ve Türkiye, İstanbul 2010.
- **Pennings, Frans:** Introduction to European Social Security Law, Fourth Edition, 2003.
- **Prechal, Sacha/Noreen Burrows:** Gender Discrimination Law of the European Community, Dartmouth Publishing Company Limited, 1990.
- **Saraç, Coşkun:** Vazife Malullüğü Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 1, 2003 (Vazife Malullüğü).
- **Saraç, Coşkun:** Analık Halinde Çalıştırma Yasağı, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011.
- **Saraç, Coşkun:** İşyerinde Kalp Krizinden Ölüm ve İşverenin İş Kazasından Dolayı Sorumluluğu, Sicil, Haziran 2012 (Kalp Krizi).
- **Saymen, Ferit/Ekonomi, Münir:** Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul 1966.
- **Senyen-Kaplan, Tuncay:** İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000.
- **Schieck, Dagmar:** Indirect Discrimination, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Edited by Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell, Hart Publishing, Oregon, 2007.
- **Smith, Ian/Wood, Aaron:** Employment Law, Ninth Edition, Oxford University Press, 2007.
- **Sözer, Ali Nazım:** Türkiye'de Sosyal Hukuk, Kamu-İş, Ankara 1994 (Sosyal Hukuk).
- **Sözer, Ali Nazım:** 506 Sayılı Yasada İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortası, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997 (İş Kazası ve Meslek Hastalıkları).
- **Sözer, Ali Nazım:** Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı ve Unsurları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001.
- **Sözer, Ali Nazım:** İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta, İstanbul 2013 (Sosyal Sigortalar).

- **Şakar, Müjdat:** Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlıların Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1987 (Yaşlılar).
- **Şakar, Müjdat:** Sosyal Sigortalar Uygulaması, Beta, 10. Baskı, İstanbul 2011.
- **Şakar, Müjdat:** Kazanılmış Haklar Bağlamında Uzun Vadeli Sigortalar ve 5510 Sayılı Yasa Uygulamasında Çıkacak Sorunlar, 26-27.01.2007 Tarihinde İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler” Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, Haziran 2007 (Kazanılmış Haklar).
- **Şakar, Müjdat:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısı Üzerine Görüşler, Yaklaşım Dergisi, Mayıs 2005, S. 149 (Tasarı).
- **Şakar, Müjdat:** Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Yaklaşım, Ankara 2010 (İş Kanunu Yorumu).
- **Şakar, Müjdat:** 5510 ya da “Şaka Gibi Kanun”!, Yaklaşım Dergisi, Temmuz 2008, S. 187 (5510).
- **Şakar, Müjdat:** İşçinin “Malulen” Emekliliği, Yaklaşım Dergisi, Mayıs 2011, S. 221 (Emekliliği).
- **Şen, Murat:** Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleriyle Sosyal Güvenlik Kanunları, Ankara 2008.
- **Şenel, Alaaddin:** Eski Yunan’da Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine, Ankara.
- **Tanör, Bülent:** Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, 1978.
- **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi:** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 13. Bası, Eylül 2013.
- **Taşçı, Faruk:** Yaşlılara Yönelik Sosyal Politikalar: İsveç, Almanya, İngiltere ve İtalya Örnekleri, Çalışma ve Toplum, 2010/I.
- **Taşkent, Savaş:** İş Kazası Kavramı, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. II, İstanbul 2001.
- **Tobler, Christa:** Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Intersentia Publishers, Belgium, Antwerpen, E.M. Meijers Instituut, 2005.
- **Turan, Güngör:** Bağ-Kur Kanunu Açısından İş Kazası Kavramı ve Hukuki Sorunları, Kamu-İş, C.3, Temmuz 1994, Sayı: 4.
- **Tuncay, Aziz Can:** İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, 1982 (Eşit Davranma İlkesi).

- **Tuncay, Aziz Can:** İş Kazasının Unsurları ve İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, İş Hukuku Uygulaması Kararlar ve İncelemeleri, SSK VI (İş Kazasının Unsurları).
- **Tuncay, Aziz Can:** İş Kazası- Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1993 (İş Kazası).
- **Tuncay, Aziz Can:** Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2002 (Değerlendirme).
- **Tuncay, Aziz Can:** Türk Emeklilik Sisteminde Reform Projesinin Değerlendirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2005.
- **Tuncay, Aziz Can:** Eşit Davranma ve Eşitlik İlkesi, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin 03-04.06.2006 Tarihinde Düzenledikleri “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 (Eşit Davranma İlkesi 2)
- **Tuncay, Aziz Can/Ekmekçi, Ömer:** Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal, 1. Bası, İstanbul 2008 (Esaslar).
- **Tuncay, Aziz Can:** 5510 Sayılı Kanun Açısından Uzun Vadeli Sigorta Kolları, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi, Değerlendirmeler, Kadir Has Üniversitesi İle İstanbul Barosunun Birlikte Düzenledikleri Seminer Yayını, İstanbul 2010 (Uzun Vadeli Sigorta Kolları).
- **Tuncay, Aziz Can:** 5510 Sayılı Kanun Açısından Ölüm Sigortası, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, 2010 (Ölüm Sigortası).
- **Tuncay, Aziz Can/Ekmekçi, Ömer:** Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta, 15. Bası, İstanbul 2012.
- **Tunçomağ, Kenan:** Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Beta, 5. Bası, İstanbul 1990.
- **Tunçomağ, Kenan:** Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan 1, İstanbul 1982 (Kadının Durumu).
- **Ul, Necdet:** Sosyal Sigortada İş Kazaları Sigortası ve Yardımları, İş ve Hukuk, Yıl: 25, S: 202, Mayıs 1990.
- **Ulus, İlhan:** Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990.
- **Umdü, Ersin:** 5510 sayılı SSGSS Kanununa Göre Meslek Hastalığının Tanımı, Bildirilmesi, Soruşturulması ve Sağlanan Haklar, SGDD, 55/2010.

- **Uşan, Fatih:** Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.
- **Uşan, Fatih:** 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler, Sicil, Haziran 2009, S. 14 (Tespitler).
- **Uşan, Fatih:** "Sosyal Sigortanın Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2013 (Değerlendirme).
- **Üçışık, Fehim:** Türk İş Hukukunda İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1982.
- **Ward, Sue:** Equality of Treatment Between Women and Men in Occupational Social Security, Developments in Community Law Relating to Sex Equality, Equality of Treatment Between Women and Men in Social Security, Edited by Dr. Christopher McCrudden, Butterworths, 1994.
- **Wikeley, N.J./Ogus, A.I./Barendt's:** The Law of Social Security, Fifth Edition, 2008.
- **Yalçınduran, Türker:** İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1999.
- **Yazgan, Turan:** Sosyal Sigorta, İstanbul 1977.
- **Yıldız, Gaye Burcu:** İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- **Yılmaz, Mehmet Ufuk:** Görevli Olarak Başka Yere Gönderilen Sigortalının Görev Süresi İçinde Uğradığı Kaza İş Kazasıdır, İş Hukuku Uygulaması Kararlar ve İncelemeleri, SSK VI.
- **Yorgun, Sayım:** 5510 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve Çatırdayan Norm ve Standart Birliği, TİSK Akademi, 2007/II.
- **Yuvalı, Ertuğrul:** İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

GİRİŞ

Konunun Önemi

Tarih boyunca var olan eşitlik kavramı, yüzyıllardan beri tartışılan ve günümüzde dahi üzerine uzlaşma sağlanamamış olan konulardan biridir. Buna karşılık, eşitlik ilkesinin adalet ve hakkaniyet gibi kavramların temelini oluşturduğu şüphe götürmez. Eşitlik ilkesi, konunun ele alınmaya başladığı günden bu yana farklı açılardan incelenmişse de, günümüzde kavram üzerindeki güncel tartışmalar daha çok çalışma yaşamına özgülenmiş anlatımı ile eşit işlem prensibi üzerine yoğunlaşmıştır. Bu alandaki mevcut tartışmaların özellikle kadın-erkek eşitliği bağlamında yapıldığı görülmektedir. Kadın-erkek eşitliği çalışma yaşamında çok önemli yere sahip olmakla birlikte, eşitlik sadece çalışma yaşamına hasredilemeyeceği gibi kadın-erkek eşitliği temelinde yapılan incelemeler de kavramın belli yönüyle irdelenmesi sonucunu doğurmaktadır. Oysa eşitlik sorunu, hayatın her alanında mevcuttur. Bu nedenle eşitliğin salt belirli alanla sınırlı incelenmesi, konunun tekrar eder nitelikte aynı döngü içinde tartışılmasına neden olmaktadır.

Gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemeler eşitlik ilkesi ile ilgili kapsamlı esaslara yer vermektedirler. Bu düzenlemelerin temel amacı, herhangi bir haklı neden olmaksızın kişiler arasında yapılan ayrımları önleyerek kişilerin eşit haklar elde etmesini sağlamaktır. Bu bakımdan eşitlik ilkesi, hakların sağlanması ya da haklara sahip olma noktasında önemli bir koruma mekanizması teşkil etmektedir. Söz konusu koruma mekanizması, sadece bireylere karşı değil, aynı zamanda devlete karşı da etkilidir. Farklı bir ifadeyle, eşitlik ilkesi, devletin politikalarından ya da uygulamalarından doğacak keyfi nitelikteki farklı muamelelere karşı önemli bir güvencedir. Bu güvencenin gerekli olduğu alanlardan biri de sosyal güvenliktir. Sosyal güvenlik hakkının adaletli ve hakkaniyetli biçimde sağlanmasında eşitlik ilkesinin anlamı, kapsamı ve sınırları son derece önem arz etmektedir.

Hukukumuzda uluslararası normlara uygun olarak Anayasa'da, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda eşitliğe ilişkin açık düzenlemeler

bulunmaktadır. Bununla birlikte, sosyal güvenlik hukuku alanında eşitliği düzenleyen özel bir hüküm mevcut değildir. Sosyal güvenlik hukukundaki eşitlik anlayışı, Anayasa'daki düzenleme çerçevesinde tespit edilmektedir. Bundan başka, günümüzde devletlerin uluslararası alandan kendilerini tecrit ederek varlığını sürdürmesi mümkün değildir. Dolayısıyla gelinen noktada devletler uluslararası hukuk kurallarıyla da bağlı olduğundan, uluslararası düzenlemeler de sosyal güvenlik alanında eşitlik ilkesinin görünümünde belirleyici olmaktadır.

Söz konusu ulusal ve uluslararası düzenlemelerin niceliği ve nitelikleri karşısında eşitlik ilkesi olağanüstü bir değer kazanmıştır. İlkenin kazandığı bu önem ve değer de dikkate alındığında, eşitlik ilkesinin sadece kural uygulama süreciyle değil, kuralların oluşturulması süreciyle de ilgili olduğu görülmektedir. Sosyal güvenlik alanına ilişkin mevzuatı oluştururken yasama organının eşitlik ilkesi ile bağlı olduğuna şüphe yoktur. Ancak kanunların sadece genelliğinin sağlanması ile yasama organının eşitlik ilkesi çerçevesinde hareket yükümlülüğünü yerine getirdiğini de kabul etmek mümkün değildir. Zira kanunların genelliğinin sağlanması ile sınırlı kabul edilen eşitlik anlayışının, uluslararası düzenlemelerle benimsenen çağdaş eşitlik anlayışına uygun olduğu ileri sürülemez. Eşitlik ilkesinin aynı zamanda, hükümlerin maddi içeriği ile de ilgili bir eşit işlem güvencesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu anlayış yasama organının takdir yetkisinin sınırlandırmasını sağlayacaktır.

Pek çok ülkede olduğu gibi, hukukumuzda da sosyal güvenliğin en temel ayağını sosyal sigorta yardımları oluşturmaktadır. Yasama organı, sigortalının ekonomik güvencesini ilk anda sarsabilecek risklere karşı sigorta yardımlarının yapılmasını öngörmüştür. Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, yasama organının herkese sosyal güvenlik hakkı kapsamında sigorta yardımlarını aynı koşullarla sağlayıp sağlamaması gerektiği sorusu sorulabilir. Farklı bir ifadeyle, sigortalılar arasında nimet-külfet dengesinin nasıl gözetildiği eşitlik ilkesi bakımından ortaya konmalıdır. Sigortalılar arasında sağlanması gereken eşitliğin mutlak eşitlik olarak düşünülmemesi gerekir. Sigortalılar arasındaki farklar gözetilmeli ve farklı durumdakiler farklı davranarak şartlar öngörülmesi ve karşılığında sigorta yardımları sağlanmalıdır.

Konunun Sunulması ve Sınırlandırılması

Sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarının oluşturulmasında belirleyici unsur, çalışma şekline göre tespit edilen hukuki statüdür. Bu statü, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinde genel olarak iş sözleşmesine göre çalışanlar (m.4/I/a), bağımsız çalışanlar (m.4/I/b) ve kamu personeli (m.4/I/c) olarak belirlenmiştir. 5510 sayılı Kanunda olduğu gibi, yürürlükten kaldırılan düzenlemelerde de, sigortalıların çalışma şekli esas alınarak sınıflandırıldığı ve bu çerçevede hakların ve yükümlülüklerin tespit edildiği görülmektedir. Bu doğrultuda, eşitlik ilkesi bakımından kıyaslanması gereken kişiler öncelikli olarak farklı statülerdeki sigortalılardır. Bu hususun özellikle 5510 sayılı Kanun ile daha da önemli bir hal kazandığını ifade etmek gerekir. Zira 5510 sayılı Kanunun genel gerekçesinde eşitliğin sağlanması açısından norm birliğinin gerekliliğinden bahsedilmiştir. Gerçekten gerekçede sosyal güvenlik alanında faaliyet gösteren çok sayıda kurumun kapsamında bulunan kişilerin hak ve yükümlülüklerin farklılaştığı, bu durumun ayrımcılık yarattığı vurgulanmış; ayrıca beş farklı emeklilik rejiminin hak ve yükümlülüklerin eşit olacağı tek bir emeklilik rejimine dönüştürülmesinin planlandığı da belirtilmiştir. Sonuç olarak, farklı çalışma şekillerine sahip sigortalıların sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarının eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmesinin önemi artmıştır.

Söz konusu hususlardan yola çıkarak, çalışmamız kapsamında, çalışma şekline göre belirlenen hukuki statüler çerçevesinde, uzun ve kısa vadeli sigorta kolları kapsamında sağlanan parasal yardımlara hak kazanma koşulları eşitlik ilkesi bakımından irdelenmektedir. Bu bağlamda İşsizlik Sigortası ve Genel Sağlık Sigortası kapsamında sağlanan parasal yardımlar ile sağlık yardımları çalışmamızda ele alınmamıştır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. **Birinci bölümde**, önce eşitlik ilkesi genel olarak ele alınmış, daha sonra ilkenin sosyal güvenlik hukukundaki görünümü incelenmiştir. Özellikle sosyal güvenlik hukukunda benimsenmesi gereken eşitlik ilkesinin kapsamı ve çerçevesi ortaya konmaya çalışılmıştır. Yine bu bölümde, ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesi ile ilişkisi incelenerek, sosyal güvenlik hukukunda

ayrımcılık yasağına da değinilmiştir. Ayrımcılık yasağı ilkesi ile eşitlik ilkesi arasında tespit edilen sıkı bağ konunun ayrımcılık yönüyle değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Sosyal güvenlik hukukunda eşitlik ilkesinin pozitif dayanağı olarak Anayasamızdaki eşitlik ilkesine ilişkin düzenleme de incelenerek, yasama organının sigorta yardımlarına ilişkin öngördüğü haklarda ve yükümlülüklerde ilkeyle bağılığı ortaya konmuştur. AYM'nin sosyal güvenlik hukukunda eşitliğe ilişkin kararlarına yer verilmiş ve bu kararlar ile özellikle konu bakımından önemi sebebiyle 15.12.2006 tarihli E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararı değerlendirilmiştir.

Çalışmamızda sadece ulusal düzenlemeler incelenmemiş, uluslararası hukuk düzenlemelerine de geniş biçimde yer verilmiştir. Bu bağlamda mümkün olduğu kadar ATAD ve AİHM kararlarına değinilerek ilkenin sınırları çizilmeye çalışılmıştır. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerin incelenmesi neticesinde eşitlik ilkesine aykırılığın nasıl tespit edileceği, hangi durumlarda ayrımcılık oluşturan düzenlemenin varlığından bahsedileceği ortaya konmuş ve nihayet farklı düzenlemelerin ne şekilde haklılaştırılabileceği açıklanmıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse, birinci bölümde özellikle sosyal güvenlik hukukunda eşitlik ilkesinin anlamı, kapsamı ve sınırları irdelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, birinci bölümde tespit edilen hususlar uyarınca, kısa vadeli sigorta kolları kapsamında sağlanan sigorta yardımları eşitlik ilkesi temelinde incelenmiştir. Farklı bir deyişle, söz konusu sigorta kolundan sigortalılara sağlanan hakların neler olduğu ve bu hakların hangi şartlar altında sağlandığı ortaya konmuş, nimet külfet dengesi çerçevesinde tespit edilen farklılıkların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Kanunun sistematğine uygun olarak kısa vadeli sigorta kolları kapsamında öncelikle iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında hangi şartlar altında hangi sigorta yardımlarının sağlandığı, daha sonra hastalık sigortası ve nihayet analık sigortası kapsamında sağlanan sigorta yardımlarına hak kazanma koşulları eşitlik ilkesi çerçevesinde ele alınmıştır. Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri kısa vadeli sigorta kolları kapsamında yer almamakla birlikte, bunlara aynı ya da benzer nitelikte

657 sayılı DMK kapsamında sağlanan haklara yeri geldiği ölçüde karşılaştırma yapılmak suretiyle değinilmiştir.

Üçüncü bölümde, uzun vadeli sigorta kolları kapsamında sağlanan sigorta yardımları, yine birinci bölümde tespit edilen hususlar çerçevesinde ve eşitlik ilkesi bağlamında incelenmiştir. Kısa vadeli sigorta kollarında olduğu gibi öncelikli olarak yürürlükteki 5510 sayılı Kanun esas alınmıştır. Ancak 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce sigortalı olanların uzun vadeli sigorta kolları kapsamında sigorta yardımlarına hak kazanması açısından bahsi geçen Kanunun geçiş hükümlerinde düzenlemeler yapılmıştır. Geçiş hükümleri ile bazı durumlarda yürürlükten kalkan kanun hükümlerine atıfta bulunulmuş, bazı durumlarda ise yürürlükten kalkan düzenlemeler aynen geçiş hükmüne alınmıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce sigortalı olanların sigorta yardımlarına hak kazanma koşulları farklı biçimde düzenlenmiş ve farklı esaslar benimsenmiştir. 5510 sayılı Kanunun henüz yeni sayılacak bir tarihte yürürlüğe girdiği dikkate alınır, mülga kanunlar döneminde sigortalı olanların sayısı oldukça fazla olup geçiş hükümlerinin uygulama alanı çok daha geniştir. Bu bakımdan çalışmamızda, geçiş hükümlerinde sigorta yardımlarına hak kazanmak için öngörülen şartlar da eşitlik ilkesi temelinde dikkate alınmıştır. Bu yapılırken mülga kanun döneminde sigortalı olan farklı hukuki statüdeki kişiler kıyaslanmıştır.

Uzun vadeli sigorta kolları kapsamında öncelikle malullük, daha sonra yaşlılık ve nihayet ölüm sigortası kapsamında sağlanan sigorta yardımları için farklı hukuki statüdeki sigortalılar için öngörülen şartlar karşılaştırılmıştır. Bunun yanında malullük ve yaşlılık sigortası kapsamında, malullüğün ve yaşın ayrımı hangi noktalarda haklı kıldığı hususları da değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK İLKESİ

§1. Eşitlik Kavramı

I. Eşitlik Kavramının Felsefi İzleri

Eşitlik kavramının ne ifade ettiği, kapsamı, uygulama araçları Aristo'dan bu yana tarih boyunca tartışılmış, ancak yüzyıllardan beri tartışılan bu kavramın tanımı üzerinde kesin bir uzlaşma sağlanamamıştır¹. Her tarihsel dönem ve her toplum, kendine ait üretim biçimleri ve değerlerinin yansıması sonucu farklı eşitlik anlayışlarını benimsemiştir. Antikçağ döneminde vatandaşlar arası eşitlikten söz edilirken, ortaçağ için tanrı önünde eşitlikten, fransız devrimi sonrası kanun önünde eşitlikten, sanayi devriminden sonra da kanun önünde eşitliği tamamlayan sosyal devletin ürünü olan fırsat eşitliğinden bahsedilmiştir².

Kuşkusuz felsefi açıdan eşitlik kavramı, sadece Platon ve Arisitoteles ile sınırlı biçimde düşünülemez. Diğer taraftan, kavramı felsefi açıdan incelemek konumuzun kapsamını aşar. Günümüzde benimsenen eşitlik anlayışı dahi, izlerini Platon'da ve Aristoteles'te bulduğundan, iki düşünürün yaklaşımına kısaca yer verilmelidir.

Platon'a göre dünyada tam olarak birbirine eşit hiçbir şey bulunmamaktadır. Birbirine çeşitli derecede benzer şeyler yer alır. İnsanlar bu benzer şeylere bakarak tam bir eşitlik düşünürler. Oysa, mükemmel bir eşitliğin olması mümkün değildir. Platon varlığı, idealar ve nesneler olarak ikiye ayırmaktadır. Mükemmel eşitlik de değişmez, iyi varlıkların olduğu idealar dünyasında yer alır. Değişen ve kötü varlıkların olduğu nesneler dünyasında ise eşitlik yoktur. Dolayısıyla, gerçekte eşit olmayanlara eşit davranma eşitsizliğe yol açacaktır. Adalet, orantılı eşitlikle, farklı bir deyişle, adaletin herkesin yaradılışına oranla dağıtıldığı bir sistemde eşitlik söz konusu olur³.

¹ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 1.

² İnceoğlu, 46.

³ Şenel, 424 vd.

Aristoteles'in eşitliğe ilişkin fikirleri, Platon'dan çok farklı değildir. Aristoteles genel eşitlik ilkesinin, adalet fikrinden bağımsız olarak düşünölemeyeceğini savunmaktadır⁴. Aristoteles, "Orta ölçü" anlamına gelen *dar anlamda adaleti*, "denkleştirici" ve "dağıtıcı" adalet olarak ikiye ayırmaktadır. Mutlak bir eşitlik değil, *orantılı eşitlik anlayışına dayanan dağıtıcı adalette*, şeref ve malların paylaşılmasında insanların yetenekleri ve toplum içindeki konumları dikkate alınır. Herkese eşit olanın verilmesi ve herkesin eşit işleme tabi tutulması, eşitliğin bozulmasına yol açabilir. İnsanların değer, yetenek ve olanaklarına uyan orantılı eşitlik sağlanmalıdır⁵. Bu anlayış çerçevesinde insanlar eşit konumdaysa ve eşit yeteneklere sahiplerse, eşit davranılmalıdır. Farklı bir ifadeyle Aristoteles, insanların eşit oldukları oranda eşit pay ve eşitsiz oldukları oranda eşitsiz pay alması gerektiğini savunmuştur⁶. Dolayısıyla, orantılı bir adaletin söz konusu olduğu eşitlik türünde, toplum ve devlet arasındaki ilişki düzenlenerek kişinin devlete karşı ödevine, yeteneğine ve durumuna göre sahip olduğu haklar değişkenlik göstermektedir⁷. *Aritmetik eşitliğe dayanan denkleştirici adalette* ise, bir hukuki ilişkide taraf olanların, kişisel durumları dikkate alınmadan, eşit işlem görmesi gerekmektedir. Bu adalet uyarınca, hiç kimse verdiğinden daha çok almamalı ve daha üstün olmamalıdır. Bunun sağlanamaması durumunda, kişi başkasına ait bir şeye sahip olmuş olur ve bu suretle bozulmuş olan dengeyi kurmak için o şeyi gerçek sahibine vermesi gerekir⁸.

II. Hukuki Bakımdan Eşitlik Kavramı

1. Hukukta ve Hukukun Uygulanmasında Eşitlik

Eşitlik kavramının kapsadığı alanların ve dönemlerin farklılık göstermesi, toplumların kendine özgü koşulları ve değişen yapısı, eşitlik kavramına ilişkin nihai bir tanımın yapılmasına mani olmuştur. Gerçekten eşitlik, mantık, aritmetik, doğa bilimleri ve hukuk alanında farklı anlamlar içermektedir⁹.

⁴ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 10.

⁵ Aral, 38.

⁶ Şenel, 456 vd.

⁷ Güriz, 160,161.

⁸ Güriz, 160, 161.

⁹ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 7.

Hukuk alanında eşitlikten ne anlaşılması gerektiğini açıklamadan önce belirtmek gerekir ki, genel anlamıyla eşitlik, iki veya daha çok şeyin belirli özellikler bakımından ne eksik ne de fazla olmaması durumunu ifade etmektedir. Tek bir nesnenin eşit ya da eşitsiz oluşundan bahsedilemez¹⁰. Nesnenin ancak başka bir şeyle kıyaslanması neticesinde belirli yönler ya da hususlar için “eşit” ya da “eşitsiz” yargısına ulaşılır. Karşılaştırılan iki şeyin her özellik bakımından eşit olması, başka bir ifadeyle özdeş olması mümkün değildir¹¹.

Kısaca ifade etmek gerekirse, eşitlikte, karşılaştırılan şeylerin belirli yönlerden “aynı” olması söz konusudur. Farklı şeylerin karşılaştırılması neticesinde ortaya çıkan eşitlik, göreceli eşitlik olarak değerlendirilir. Hukuk biliminde de aritmetik eşitliğe değil, göreceli eşitliğe dayanılır¹². Özdeş olması mümkün olmayan -yani her özelliğin aynı olması mümkün olmayan- bu şeyler, ortak noktaları olduğu sürece, diğer konularda farklılıklar olacağından, sadece benzer olarak nitelenir¹³. Ancak farklılıkların olduğu her durumda, benzerlik vardır demek doğru olmaz. Zira nesneler birbirlerinden tamamen farklı da olabilirler.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kavramın hukuk alanında ne anlama geldiği önemlidir. Uygulayıcı (konumuz bakımından Kurum) tarafından öngörülen yükümlülüklerin ve karşılığında sağlanan hakların kişiden kişiye farklılık gösterdiği her durumda *işlemin* veya *davranışın*, daha net bir ifadeyle *uygulamanın* eşit ya da eşitsiz olacağından bahsetmek doğru olmaz. İşlemin yapılması bir kanun hükmünden doğmaktaysa, artık işlemin değil, normun eşitliğinden ya da eşitsizliğinden bahsedilir. Kanunun öngördüğü işlemin tarafsız ve tutarlı uygulanmasına rağmen, kuralın özelliği gereği eşitsizliğin yaratılması kaçınılmaz olabilir. Bir kuralın uygulama alanına giren kişi ve olaylara eşit yani tutarlı ve tarafsız uygulanması başka, kuralın bu şekilde uygulanmasına rağmen eşitsizlik yaratılması başka bir husustur¹⁴. Sosyal güvenlik hukukunda da eşitsizliğin ya

¹⁰ **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 8.

¹¹ **Öden**, 18,19, **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 8.

¹² **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 8.

¹³ **Öden**, 18, 19.

¹⁴ AYM kararlarında bu ayrıma değinmiştir. Mahkeme iki tür eşitlik sorununu ayırt ederek, farklı biçimde uygulanma halinde doğan eşitlik sorununun kanundan değil, kamu görevlilerinin eyleminden kaynaklandığını belirtmiştir, 22.01.1985 t., AYM., E. 1984/10, K. 1985/2; Başka bir kararda da “...bankaların bir veya birkaçı hakkında uygulanıp ötekilere uygulanmaması, hükmün eşitlik kuralına aykırı olduğunun değil, uygulayıcıların kanun gereğini

da eşitliğin bulunduğu durumlarda işlem eşitliği ya da eşitsizliği değil, kanun hükmünün eşitliği veya eşitsizliği söz konusu olur. Bu noktada sosyal güvenlik hukukundaki eşitliğin, kanunun uygulanma sürecini değil, kanunun yapılma sürecini ilgilendirdiğini söylemek yanlış olmaz.

İfade edilen bu durum, eşitlik ilkesinin iki yönü olduğunu göstermektedir. İlki, hukuki düzenlemelerde eşit işlem hakkı, yani hakların tanınmasında eşitlik, “hukukta” eşitlik olarak da anılır; ikincisi ise, tüm kamu kurumlarınca hukukun aynı şekilde uygulanması hakkıdır, “hukukun uygulanmasında” eşitlik olarak da anılır. Hukuki düzenlemelerde eşit işlem hakkı, diğer taraftan eşit haklara sahip olma hakkıyla da ifade edilebilir¹⁵. Gerçekten, eşitlik ilkesinin bir uygulama hali olan eşit haklara sahip olma, sigortalıya aynı durumda olan diğerleriyle aynı işlemi (muameleyi) görmesi hususunda isteme hakkı verir¹⁶. Kısaca ifade etmek gerekirse, eşitlik ilkesi gereği yasama organı eşit davranma yükümlülüğü altında olup, bu yükümlülük yararlanıcı konumundaki sigortalılara eşit haklara sahip olma konusunda talep hakkı verir. Uygulamada eşitlik ise, hukuk kurallarının yargı ve hükümet organları tarafından, özellikle de diğer temel haklar söz konusuysa, eşit biçimde uygulanmasını içerir¹⁷.

“Hukukta eşitlik” ya da hakların tanınmasında eşitlik ve “hukukun uygulanması” şeklinde, eşitlik ilkesine bağlı olarak doğan bu haklar aynı durumdaki kişilere aynı biçimde davranma gerekliliği kavramından doğar. Kişiler, objektif ve makul bir neden bulunmaksızın, farklı muameleye maruz bırakılmamalı veya bir takım yardımlardan faydalandırılmak için farklı koşulları sağlamaları talep edilmemelidir¹⁸. Görüldüğü üzere, eşitlik hakkı sadece yasaların uygulanmasında değil, yasal düzenlemelerde de adil muameleyi içerir¹⁹.

yerine getirmediğlerinin delili olarak gösterilebilir...” şeklinde ifadelere yer vermiştir. AYM., 04.03.1986 t., E. 1985/16, K. 1986/5, (RG. 09.05.1986 t., S.19102) www.hukukturk.com

¹⁵ Neal, 89.

¹⁶ Tuncay, Eşitlik İlkesi, 10.

¹⁷ Neal, 89.

¹⁸ Neal, 89.

¹⁹ Neal, 89.

2. Eşitlik Anlayışına İlişkin İlkeler

a) Genel Olarak

Sosyal güvenlik hukukunda yükümlülük getiren veya yardım yapılmasını öngören bir normun eşitlik ilkesine uygun olup olmadığının tespiti, hangi eşitlik anlayışının benimsendiğiyle yakından ilgilidir.

Eşitlik anlayışına ilişkin ilkelerin öğretide farklı biçimlerde ifade edildiği görülmektedir. *Öden*, şekli, sayısal ve normatif olarak eşitliğe ilişkin ilkeleri sıralamıştır. Yazar ayrıca “şekli hukuki” ve “maddi hukuki eşitlik” kavramlarından da bahsetmektedir²⁰. *Özbudun* da eşitlik ilkesinin, “şekli hukuki” ve “maddi hukuki eşitlik” olarak yorumlanabileceğini belirtmiştir²¹. Şekli hukuki eşitlik ile özetle kanunların genel ve soyut nitelikli olmasının, yani kanunların herkese eşit uygulanmasının; maddi hukuki eşitlik ile ise, aynı durumda olanlar için haklarda ve ödevlerde eşit davranma zorunluluğunun sağlandığını ileri sürmüştür²². *Gözler*, mutlak ve nispi eşitlik anlayışını benimsemiş ve mutlak eşitlikten kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasının kastedildiğini, nispi eşitlikle ise, aynı durumda bulunanların aynı işleme tabi tutulmasının, farklı durumda olanların ise farklı işleme tabi tutulmasının kastedildiğini ve kişinin haklarının ve ödevlerinin, yetkilerinin ve sorumluluklarının durumu ve yaptığı işe göre değişebileceğini ileri sürmüştür²³. Yazar, mutlak eşitliği “yatay eşitlik”, “şekli eşitlik”, “şekli hukuki eşitlik”, “aritmetik eşitlik” şeklinde; nispi eşitliği ise, “dikey eşitlik”, “maddi eşitlik”, biçiminde de öğretide ifade edenlerin olduğunu belirtmiştir²⁴. *Gülmez*, eşitliği şekli (hukuksal) ve maddi (eylemsel) eşitlik olarak ayırmıştır²⁵. İş hukuku öğretisinde *Doğan Yenisey*, şekli ve maddi eşitlikten²⁶; *Yıldız* eşitlik anlayışlarını ortaya koyarken *Öden*’in görüşü doğrultusunda şekli, sayısal ve normatif eşitlikten bahsetmiştir²⁷. AYM, kararlarında

²⁰ *Öden*, 162, 186.

²¹ *Özbudun*, 148.

²² *Özbudun*, 148.

²³ *Gözler*, 213.

²⁴ *Gözler*, 213.

²⁵ *Gülmez*, 62.

²⁶ *Doğan Yenisey*, Uyum Sorunları, 12.

²⁷ *Yıldız*, 32; aynı yönde *Yuvalı*, 10-11.

“hukuksal” ya da onunla aynı anlamda kullandığı “biçimsel” eşitlikten veya “maddi” ve aynı anlamda kullandığı “eylemsel” eşitlikten bahsetmektedir²⁸.

Önemle ifade etmek gerekir ki, eşitlik anlayışına ilişkin ilkeler hangi isim ve hangi tanım altında ortaya konursa konsun, eşitlikle sadece kanunların genelliğinin değil, aynı zamanda haklarda ve yükümlülüklerde de eşitliğin sağlanması ve farklı durumların haklılaştırılması gerektiği konusunda görüş birliği vardır.

b) Şekli Eşitlik İlkesi

aa) Şekli Eşitlik İlkesi İle Kanunların Genelliğinin Sağlanması

Öğretide şekli eşitlik “*herkesin, tüm verili koşullarıyla eşit olduğu varsayımından yola çıkan, eşit durumda olanların eşit muamele görmesini ve ayrımcılık yapılmadığı sürece mevcut durumun korunmasını eşitliğin varlığı için yeterli sayan eşitlik anlayışı*” olarak tanımlanmıştır²⁹. Şekli eşitlik, sadece kanun önünde eşitlik kavramıyla değil, “hukuk önünde eşitlik”, “yasal eşitlik” kavramlarıyla da ifade edilir. *Gözler*, mutlak eşitliğin de şekli eşitlik ile aynı anlama geldiğini ve mutlak eşitlikten kastedilen şeyin kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın, *kanunların herkese eşit olarak uygulanması* olduğunu öne sürmüştür³⁰.

Yukarıda aktarılan tanımdan da görüldüğü üzere şekli eşitlik, herkese tamamen aynı davranılmasını, işlem aynılığını öngörmemektedir³¹. Şekli eşitlik anlayışı herkese tamamen aynı davranılmasını gerekli kılmadığından “eşitlik karinesi”ni içerir. Eşitlik karinesi gereğince, *farklı şekilde davranmak için iyi bir neden bulunmadıkça herkese eşit davranılmalıdır*³². Böylece şekli eşitlik, eşitsiz, farklı işlemin kişiler arasındaki güncel farklılıklarla yeterli ölçüde ilgili, ilişkili olduğunu kanıtlama yükümlülüğü getirmektedir³³. Zira eşit durumda olanlara eşit davranılmalıdır. Ancak öğretide de ifade

²⁸ Bu kararlara aşağıda yer verilmiştir.

²⁹ *Gül/Karan*, 6.

³⁰ *Gözler*, 213.

³¹ *Öden*, 26.

³² *Öden*, 27.

³³ *Öden*, 27, 28.

edildiği üzere, şekli eşitlik eşit ve eşitsiz olanların belirlenmesini sağlayacak uygunluk veya ilgi ölçütleri içermez³⁴. Daha açık bir deyişle, farklı şekilde davranmak için *iyi bir nedenin ne olduğu* bu eşitlik anlayışı ile belirlenememektedir.

Kısaca ifade etmek gerekirse şekli eşitlik gereğince, kişiler arasında kural olarak ayrım yapılmamalı ve kanun uygulama alanına giren herkesi kapsamına almalıdır. Bu bakımdan şekli eşitlik, hangi kavramla ifade edilirse edilsin, sadece kanunların uygulanması ile sınırlandırılmamalıdır. Farklı bir ifadeyle, şekli eşitlik sadece kanunların uygulanma sürecini değil, yapıma sürecini de ilgilendirmektedir. Gerçekten, Aristo'nun denkleştirici adalet düşüncesine dayanan şekli eşitlik, öncelikle herkesin ortak bir hukuka eşit bağlılığını, temel hukuk düzeninin birliğini, tekliğini anlatır.

Çağdaş eşitlik ilkesi anlayışı, objektif hukuki durumların belirli kişiler için oluşturulmamasını gerekli kılar. Söz konusu hukuki hal, o duruma girecek herkes için geçerli olmalıdır. Bu hukuki hallerin kapsamına giren kişiler genel, nesnel, kişilik dışı yetkilere sahip olurlar. Bu yetkiler, kapsamdaki kişilerin kimlikleri ne olursa olsun hepsi için geçerlidir. Başka bir deyişle söz konusu hukuki haller, aynı koşullarda bulunan kişiler için aynı hukuki yetkiler ve yükümlülükler doğururlar. Dolayısıyla içerikleri kişilerden soyutlanmıştır³⁵. Şekli eşitlik ile kanunların genelliğinin sağlanması, sadece uygulama ile değil içeriğiyle mümkündür.

Şekli eşitlik ilkesi uyarınca sağlanması gereken kanunların genelliği, onun hitap ettiği kişilerden soyutluğu, farklı bir ifadeyle, kimlikleri önceden belli kişi veya kişilere hitap edip etmemesiyle ilgili olduğundan, nesnel hukuki durumlar yaratıldığı süreç, nitelikleri kanunla belirlenmiş kişi veya kişiler hakkında kuralların koyulması kanunların genelliğini, dolayısıyla da kanun önünde eşitlik ilkesini zedelememektedir³⁶.

Şekli eşitlikle kanunlarda genelliğin sağlanması sayesinde insanlar hukuk düzeninin korunması dışında bırakılamazlar. “Herkes”, hak sahibi olmaya ve yükümlülük

³⁴ Öden, 26.

³⁵ Öden, 169.

³⁶ Öden, 169.

üstlenmeye yetenekli bir hukuki varlık olarak kabul edilir. “Herkes”, hukuk öznesi olarak ortak bir hukuk sistemine eşit biçimde bağlıdır³⁷. Ancak herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olması ile insanların bağlı bulundukları kanunların farklı olabilme olasılığı kanun önünde eşitlik ilkesinin şekli eşitlik yönüne ters değildir. Bu noktada, kanun koyucu herkese sosyal güvenlik hakkını sağlar, ancak bunu farklı kanunlarla farklı şartlarla sağlar. Zira şekli eşitlik anlayışı, herkesin eşit olarak bağlı olduğu kanunların türü ve niteliği hakkında herhangi bir unsur içermemektedir. Bazılarının bağlı bulunduğu kanun, başkalarının bulunduğu kanundan farklı olabilir³⁸. Bu bakımdan kanun koyucunun iş sözleşmesine bağlı olanlar, kamu görevlileri ile devlet memurları ve bağımsız çalışanlar için sosyal güvencelerini sağlayan ayrı kanunları yürürlüğe koyması ya da aynı kanun içinde farklı hükümlerle sosyal güvencelerini düzenlemiş olması, şekli eşitlik ilkesinin bir sonucu olan kanunların genelliği ilkesine ters değildir.

bb) Şekli Eşitlik İlkesinin Yetersizliği

Şekli eşitliğin yukarıda açıklanan yönü ile sağlanan eşitlik güvencesinin sınırlı olması, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin kanuni düzenlemeler yapan yasama organının sınırsız bir takdir hakkı olduğu ve herkese bu hakkı farklı yarar ve yükümlülüklerle sağlayacağı sonucunu ortaya çıkarır. Çağdaş eşitlik anlayışı karşısında bu sonucun yetersiz kalacağı şüphesizdir.

Eşitlik ilkesinin aynı zamanda, hükümlerin maddi içeriği ile de ilgili bir eşit işlem güvencesi olarak kabul edilmesi, yasama organının takdir yetkisinin sınırlandırılması sağlar. Daha net bir ifadeyle, kanun hükümlerinin ancak adil ve eşit olmaları koşuluyla geçerli olmalarını öngören bir ilke olarak kabul edilmesi, kanun yapma sürecinde yasama organını bağlayacaktır. Bu durumda, yasama organı sosyal güvenlik hukukuna ilişkin haklarda ve yükümlülüklerde eşitliği sağlamakla yükümlü olur. Ancak bu yükümlülük, sadece şekli eşitliğin benimsenmesi halinde kolay biçimde yerine getirilir. Zira kanuni düzenleme ile ayrımcılık yapılmadığı sürece, düzenlemenin eşitlik ilkesine

³⁷ Öden, 136-137.

³⁸ Öden, 136.

aykırı olduğu ileri sürülemez. Daha açık bir biçimde ifade edersek, yasama organı kanunları oluştururken bireylere eşit mesafede kalır, bireyleri keyfi ölçülere göre ayırmazsa, şekli eşitlik uyarınca kanunların içeriğı bakımından adil ve eşit olduğu sonucuna ulaşılır. Örneğın, maden işçileri ile masa başında çalışan kişilerin aynı şartlarla aynı sigorta yardımına hak kazanmasının öngörölmesi ya da malul durumda olanlara sağlıklı kişilerle aynı şartlar altında yaşlılık aylığına hak kazanılmasının kabul edilmesi şekli eşitlik anlayışı karşısında eşitlik ilkesine aykırı değildir. Zira sigortalılar eşit kabul edilmiş ve herhangi bir ayırım yapılmadan sigorta yardımına hak kazanma koşulu öngörölmüştür.

Esasen yukarıda da izah edildiğı üzere, şekli eşitlik anlayışı, herkese aynı hakların tanınması veya her yönden aynı davranılması anlamına gelmemekte, uygun farkların varlığı halinde farklı işlemin yapılmasına izin vermektedir³⁹. Ancak bunu zorunlu kılmamaktadır. Yukarıdaki örnekte işin niteliğinin ya da sigortalının sağlık durumunun dikkate alınarak hükmün oluşturulması şekli eşitlik anlayışına ters olmamakla beraber, şekli eşitlik bu durumun dikkate alınmasını gerekli kılmaz. Kısaca ifade etmek gerekirse, bu ilke gereğince eşitlik, *eşitlere eşit veya benzer durumlara benzer işlem yapılması ve ayrımcılık yapılmayarak* mevcut durumun korunması şeklinde anlaşılmaktadır⁴⁰. Bu bakımdan cinsiyet ya da ırka dayalı ayrımcılık yanında, din, dil ırk temellerine dayalı muamelede mantıksız tüm farklılıklara uygulanır⁴¹. Ancak belirtilenler dışında kalan yani kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan sahip olsa bile değıştirmesinin mümkün olmadığı özellikler dışındaki durumlar bakımından yapılan ayırımın şekli eşitlik ile yasaklanması mutlak değildir.

Açıklanan alanlar dışında ayırım yasaklanmamış olmakla birlikte, tutarlı davranma yükümlölüğü söz konusudur. Gerçekten, şekli eşitlik, “eşitlere eşit, benzerlere benzer davranılması” anlamına geldiğinden, şekli eşitliğin liberal algısı tutarlılıkla ilgilidir⁴². Şekli eşitlik anlayışında, herkes tüm verili koşullarıyla eşit kabul edilir. Buna göre, ayrımcılık yapılmadığı sürece, mevcut durumun korunması eşitliğin varlığı için

³⁹ Öden, 26.

⁴⁰ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 10.

⁴¹ Bell, Equality, 245.

⁴² Bell, Equality, 245; Barnard/Haepple, 562.

yeterlidir⁴³. Görüldüğü gibi bu eşitlik anlayışı, ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için önlemler öngörülmesi yükümlülüğü getirmemektedir. Bilakis, tüm eşitsizliklerin haklılaştırılabilen yönü vardır⁴⁴.

Şekli eşitlik gereği olması gereken tutarlılık, belirli bir sonucu garanti etmeyen, usulle ilgili adalet nosyonunu temsil etmektedir⁴⁵. Buna mukabil, kimlerin hangi açıdan benzediği ve hangi açıdan eşit olduğu veya olmadığı konusunda ve uygun (haklı) ya da makul görülebilen farkların neler olduğunun belirlenmesi noktasında bu anlayış yetersiz kalmaktadır⁴⁶.

Şekli eşitlik anlayışının yetersizliği açıklanan bu husustan ibaret değildir. Şekli eşitlik anlayışının tutarlılıkla ilgili olmasının sonucu olarak, gruplar arasında var olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması yükümlülüğü öngörülmemektedir⁴⁷. Ayrıca farklı niteliklere sahip kişi gruplarını, toplumun baskın gruplarının özellikleri gözetilerek konulmuş kurallara uymaya zorlamaktadır⁴⁸. Örneğin, engelli bir vatandaş ile sağlıklı bir kişiye aynı yükümlülükler öngörerek aynı sigorta yardımlarının sağlanması, şekli eşitlik anlayışına ters değildir. Zira ifade ettiğimiz üzere, şekli eşitlik uyarınca herkes eşittir. Örneğimizde, şekli eşitlik anlayışında engelli olan bireyle engelli olmayan birey aynı sayılır. Hukuk devletinde benimsenen eşitlik anlayışı sadece biçimsel eşitlik olup, kanun önünde eşitlikle ifade edilir⁴⁹. Oysa sosyal adaletsizlikler de gözetilip gerçek anlamda eşitlik sağlanmalıdır. Sosyal adaletsizlik, bir ülkede vatandaşlara tanınan ekonomik ve sosyal haklarla ilgili düzenlemeler yapılırken, mevcut koşullarda bu yasaların insan hakları için yaratacağı önceden görülebilir sonuçların hesaba katılmamasından dolayı ortaya çıkar⁵⁰. Sosyal durumların ve koşulların, dolayısıyla toplumsal eşitsizliklerin neden olduğu sosyal adaletsizlik devlet tarafından dikkate alınmalı ve devlet müdahalesiyle bunlar yok edilmelidir⁵¹. Böylece sosyal devlet olarak,

⁴³ Gül/Karan, 5.

⁴⁴ Doğan Yenisey, 977.

⁴⁵ Barnard/Haepple, 563.

⁴⁶ Öden, 26; Doğan Yenisey, 977; Dockes, 189.

⁴⁷ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 9.

⁴⁸ Gül/Karan, 6.

⁴⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 102.

⁵⁰ Kuçuradi, 47.

⁵¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 102.

toplumun korunmaya muhtaç çoğunluğunun yaşam koşulları düzeltilmeye çalışılır. Bu bakımdan, korunmaya muhtaç olanların veya herhangi bir nedenle farklı olanların durumlarının gözetilmesini sağlayan eşitlik anlayışına ihtiyaç vardır.

Şekli eşitlikte benimsenen tutarlı muamele anlayışı, her farklılığın ayrımcılık yaratmayacağını gözden kaçırılmasına neden olmaktadır⁵². Oysa sosyal güvenlik alanında toplumu oluşturan kişilerin farklılıkları gözetilerek sigorta yardımlarına hak kazanma koşulları oluşturulmalıdır. Dolayısıyla, sadece şekli eşitlik anlayışı sosyal güvenlik hukukunda yetersiz kalır. Sosyal güvenlik hukukunda benzerlere benzer davranılması biçiminde orta çıkan şekli eşitlik anlayışı ile yetinilmemeli, toplumu oluşturan bireylerin durumları göz önüne alınmalı ve farklılıklar, sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşulları açısından belirleyici olmalıdır. Yardımlara hak kazanma koşullarını etkileyen durumlar, sigortalılık ilişkisini doğuran çalışma şekli olabileceği gibi, yaş, cinsiyet, engellik hali gibi unsurlar da olabilir.

c) Maddi Eşitlik İlkesi

aa) Maddi Eşitlik İlkesinin Gerekliliği

Maddi eşitlik öğretide, “*Kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıkları olumlu yönde göz önünde bulunduran ve onları eşit veya aynı varsaymayan*” eşitlik anlayışı olarak tanımlanmıştır⁵³.

Yukarıda da izah edildiği üzere, şekli eşitlik, benzerlere benzer davranılmasını gerekli kıldığından safi soyut bir adalet anlayışı üzerine kurulu olup, zenginlik ile gücün mevcut dağılımını göz ardı eder⁵⁴. Kişiler her yönüyle benzer ya da eşit olsalardı, şekli eşitlik anlayışı yeterli sayılırdı⁵⁵. Oysa, insanlar konumuz -açısından sigortalılar- her durumda eşit veya benzer değildir. Kişiler arasında eşitliği bozan -fiziksel durum, sağlık, ekonomik güç, işin niteliği gibi- bir çok etken vardır. Benzer gibi görünen ama

⁵² Fredman, 7.

⁵³ Gül/Karan, 7.

⁵⁴ Fredman, 2.

⁵⁵ Doğan Yenisey, 977.

aslında güce, fırsatlara ve maddi çıkarlara erişimleri farklı olan iki kişiye her halde birbirine eşdeğer davranmak eşitliğe aykırı sonuçlar doğurur. Dolayısıyla eşitliğe yönelik bir diğer algı, daha maddi bir adalet anlayışına dayandırılarak eşitliği adaletsiz dağılımı düzeltme olarak somutlaştırır⁵⁶. Devletler ve şahıslar insanları çok sayıda değişik gerekçeyle gruplandırır ve bu gerekçelerin çoğu da meşrudur. Örneğin; vergilendirmeye ilişkin gerekçelerle yüksek ve alçak gelir elde edenleri ayırıştırarak yüksek ve alçak gelir grupları oluşturmak son derece meşrudur⁵⁷.

Maddi eşitlik anlayışı, farklılıkların gözetilmesini, toplumun farklılıklar gözetilerek yeniden yapılanmasını ve kaynakların dağılımında yeni ölçütlerin kullanılmasını gerektirir⁵⁸. Farklılıkların gözetilmesini sağlayan eşitlik ilkesi, olumlu bazı yükümlülükleri de gerektirmektedir⁵⁹. Böyle bir durum eşitliği zedelemeyeceği gibi, mutlak eşitlik yerine gerçek eşitliği sağlar. Mutlak eşitlik, gerçek eşitlik olarak algılanmaz. Zira herkese her durumda eşit davranmak gerekseydi, yani eşit durumda olmayanlara da eşit davranmak söz konusu olsaydı, eşitsizlik doğardı⁶⁰.

bb) Maddi Eşitlik İlkesinin Özellikleri

Şekli eşitlik ile ilgili sorunlar, maddi eşitlik anlayışının geliştirilmesine neden olmuştur⁶¹. Şekli eşitlik anlayışından farklı olarak maddi eşitlik anlayışında kişiler eşit varsayılmaz ve aralarındaki farklar dikkate alınır⁶². Özellikle bireye açıkça uygulanan eşit muamelenin etkisi üzerine odaklanır. Bundan başka, eşit muamelenin sadece birey üzerindeki etkisine değil, grup üzerindeki etkisine de odaklanır⁶³. Bu anlayış, Aristo'nun dağıtıcı eşitlik anlayışını yansıtmaktadır⁶⁴. Ancak ifade etmek gerekir ki, farklar olumlu yönde göz önünde bulundurulur ve eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için önlemler alınır. Gerçekten, örneğin, maddi eşitlik anlayışında engelli birey ile

⁵⁶ Fredman, 2.

⁵⁷ Fredman, 7-8.

⁵⁸ Bell, Equality, 247; Gül/Karan, 7.

⁵⁹ Doğan Yenisey, 978.

⁶⁰ Fredman, 11.

⁶¹ Barnard/Hepple, 564.

⁶² Gül/Karan, 7.

⁶³ Barnard/Haepple, 564.

⁶⁴ Şekli eşitlik ise, yukarıda da ifade edildiği üzere, Aristo'nun *denkleştirici adalet* düşüncesine dayanır.

engelli olmayan birey aynı sayılmamakta, aradaki farklılıklar gözetilerek bireyler eşit hale getirilmeye çalışılmaktadır⁶⁵. Böylece, eşit sonuca erişilmesi için gerektiğinde eşit olmayan muamele yapılması, bu eşitlik anlayışında mümkündür⁶⁶. Bu yaklaşımda, benzer durumdakilerin yeknesak uygulamalara tabi tutulmaları değil, bu uygulamaların sonuçlarının eşit olması esastır⁶⁷.

Sadece doğrudan ayrımcılığı yasaklayan şekli eşitlik anlayışı, dolaylı ayrımcılığı yasaklamadığı gibi, olumlu ayrımcılığa da imkan sağlamamaktadır. Oysa maddi eşitlik anlayışında devletin ayrımcılığın dolaylı biçimlerini önleme ve eşitliği sağlamak üzere başka önemler de alması gerekmektedir⁶⁸. Bu bakımdan analığın, yaşlıların, çocukların, engellilerin korunması bu eşitlik anlayışında mümkündür. Kısaca ifade etmek gerekirse, maddi eşitlik sonuç odaklı olup, sonuçların eşitliği ile ilgilidir.

Maddi eşitlik ile fırsatlara ve maddi çıkarlara erişimleri farklı olan iki kişiye fırsat eşitliği sağlanır. Ancak bunun ötesinde, sonucu doğrudan garanti eden düzenlemeler ya da uygulamalar eşitlik ilkesine aykırıdır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Kalanke* davasında işte ilerlemeye aday, eşit niteliklere sahip bir kadın ve erkek işçi bulunması durumunda işyerinin ilgili biriminde kadın cinsiyetinin daha az temsil olunmuş olması koşuluyla, kadın adaya *doğrudan öncelik* verilmesini öngören ulusal düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu iddiasını incelemiştir. Divan, ulusal düzenlemede yer alan ‘doğrudan’ ifadesinin kadın adayın işte ilerlemesi açısından ona kesin ve koşulsuz bir garanti sağladığını belirtmiştir. Divan’a göre, kadın işçiye garanti verilmesi, fırsat eşitliği sağlanmasının amacını aşmaktadır⁶⁹. Dikkat edilirse Divan, kadın işçiler lehine olumlu ayrımcılık içeren bir düzenleme yapılmasını değil, düzenlemenin kadın adaya sadece kadın olması nedeniyle sonucu garanti etmesini ilkeye aykırı bulmuştur. Eğer, düzenleme kadın adaya erkek ile aynı sonuca ulaşabilmesinin önündeki engelleri kaldırmayı amaç edinseydi ulaşılan sonuç farklı olurdu.

⁶⁵ Gül/Karan, 7.

⁶⁶ Fredman, 2.

⁶⁷ Fredman, 11; Barnard/Haepple, 564.

⁶⁸ Gül/Karan, 7.

⁶⁹ ATAD, Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen, C-450/93, [1995], www.europa.eu.int/eur-lex

Maddi eşitlikte her ne kadar sonuçların eşitliği önemliyse de, mutlaka hakların sayısal bakımından eşit olarak dağıtılması da söz konusu değildir. Bu eşitlik yaklaşımında işlem farklılıklarına izin veren eşitlik anlayışı mevcuttur. Bu bakımdan maddi eşitlik normatif eşitliğin türevi olarak da görülmektedir⁷⁰. Maddi eşitliği normatif eşitliğin türevi olarak gören *Öden*'e göre, normatif eşitlik izin verilebilir ayırım temellerinin belirlenmesiyle ilgili olması nedeniyle de şekli eşitlik anlayışından ayrılmaktadır⁷¹.

§2. Ayrımcılık Yasağı İlkesi

I. Ayrımcılık Kavramı

Sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarında eşitlik ilkesi incelenirken, ayrımcılık yasağının yeri ortaya konmalıdır. Bu bakımdan eşitlik ilkesi kapsamında, “eşit davranma” ile “ayırım gözetmeme” ilkeleri arasındaki ilişkinin niteliği önemlidir. Söz konusu niteliğin belirlenebilmesi, öncelikli olarak ayrımcılık kavramının incelenmesi ile mümkündür.

Eşit davranma ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin amacı, bütün bireylere mevcut olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil bir imkan yaratmaktır⁷². Konumuz bakımından ayrımcılık yasağı ilkesi ile sigortalılara sigorta yardımlarına hak kazanmak için eşit ve adil imkanın sağlanması, ayrımcılık yasağı ilkesinin gereğidir. Eşit ve adil imkan yaratmak ise, sadece din, dil, ırk vb. konular alanıyla sınırlı tutulamaz. Farklı bir ifadeyle sadece belirli alanlarda ayrımcılığın yasaklanması suretiyle amaca ulaşılmaz.

Uluslararası sözleşmelerin çoğunda ayrımcılık yasaklanmış ve tanımı da yapılmıştır. Aşağıda öncelikle, ülkemizin onaylamış olduğu dört sözleşmeden ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadından hareketle ayrımcılık kavramı incelenmiştir. Söz konusu sözleşmelerin konusunu sosyal güvenlik oluşturmamakla beraber, ayrımcılığın tanımı ve bunun eşitlik ilkesiyle ilişkisi bakımından ulaşılan

⁷⁰ *Öden*, 189.

⁷¹ *Öden*, 36

⁷² Handbook On European Non-Discrimination Law, 21.

sonuç, sosyal güvenlik alanında da geçerli niteliğe sahip olacaktır. Bundan başka, aşağıda sosyal güvenlik hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kaynakları incelenirken yeri geldiği ölçüde kavrama ilişkin düzenlemeler ortaya konmuştur.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 sayılı “İstihdamda ve Meslek Alanında Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi”, ayrımcılıkla ilgili ilk tanımı yapan uluslararası sözleşme olma özelliğini haizdir⁷³. Sözleşmede “ayrım” deyimi, “iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak fırsat eşitliğini ya da muamelede eşitliği (işlem eşitliği) yok edici veya bozucu etkisi olan ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan her türlü ayrılık gözetme, dışlama veya üstün tutmayı” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Maddede sayılan hallere dayalı ayrımcılığın, sözleşmenin konusunu oluşturan alanda fırsat eşitliğini ya da işlem eşitliğini yok edici özelliği ifade edilmiştir. Ayrımcılık nedenlerinin örnek biçiminde değil, sınırlayıcı biçimde sayılması ise dikkate çekicidir. Maddede ayrımcılığın sadece ayrık yani “fark gözetme” ile değil, “dışlama” ve “üstün tutma” ile de gerçekleşebileceği açıklanmıştır⁷⁴.

BM'in “Rak Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi”nin 1. maddesinde ırk ayrımcılığı şu şekilde tanımlanmıştır: “Siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda ya da kamusal yaşamın başka her alanında, insan haklarının ve temel özgürlüklerin eşitlik koşullarında tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını bastırma ya da tehlikeye koyma amacı taşıyan ya da sonucu doğuran ırk, renk, soy ya da ulusal yahut etnik köken üzerine dayalı her tür ayırt etme, dışlama, kısıtlama ya da üstün tutma”.

Tanımda dikkate çeken en önemli yön, insan hakları ve temel özgürlüklerinin eşitlik koşullarıyla tanınmasını ve bunlardan eşitlik koşullarıyla yararlanmasını, ayrımcılığın engellediği anlaşılmaktadır. Farklı bir ifadeyle ayrımcılık, insan haklarından eşit

⁷³ Gülmez, 223.

⁷⁴ Düzenleme ile doğrudan ayrımcılığın yasaklandığı konusunda şüphe yoktur. Dolaylı ayrımcılığın yasaklanmış olmasına ilişkin bir ifade yer almamışsa da ayrımcılık fiilinin fark gözetmeden başka, dışlama ve üstün tutma eylemi ile de açıklanmış olması karşısında olumlu ayrımcılığın da yasaklandığı sonucuna ulaşılabilir.

biçimde yararlanılmasını ya da bunların eşit biçimde tanınmasını bastırır veya tehlikeye sokar. Dolayısıyla, ayrımcılık yasağı ile sadece hukukun uygulanmasında eşitlik değil, hukukta eşitliğin sağlanması da amaç edinilmiştir.

Hükümde *temel haklardan yararlanılmasını bastırma* amacını taşıyan ayırt etmeden bahsedilmiştir. Dolayısıyla, her ayrımcılık değil, sadece bu amacı taşıyan ayrımlar yasaklanmıştır. Bu durum ise, olumlu ayrımcılığa olanak tanımaktadır. Gerçekten olumlu ayrımcılık, insan haklarından ve temel özgürlüklerin eşitlik koşullarında tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını bastırma ya da tehlikeye koyma amacı *taşımayan* ayırt etme, dışlama, kısıtlama ya da üstün tutma halidir. Bilakis, olumlu ayrımcılık gereğince yapılan ayırt etme ya da üstün tutma ile gerçek eşitlik sağlanır.

Bu sözleşmede de ayrımcılığın “ayırt etme”, “dışlama” ve “üstün tutma” fiilleriyle gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır. Tıpkı 111 sayılı sözleşmede olduğu gibi ayrımcılık oluşturan haller ucu açık biçimde değil, düzenlediği alana uygun biçimde sınırlayıcı şekilde sayılmıştır.

BM’in “Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi”nin 1. maddesi uyarınca “kadınlara karşı ayırım” deyimi, “...siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama ve kısıtlama...” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu sözleşmede de eşitlik ile ayrımcılık arasında açıkça bağ kurulmuştur. Buna göre “ayırt etme”, “dışlama” veya “kısıtlama” şeklinde ortaya çıkabilecek ayrımcılık, kadınların erkeklerle eşit biçimde insan haklarından, temel özgürlüklerden yararlanmasını engeller.

Aşağıda Avrupa Konseyi düzenlemeleri altında ayrıntısıyla yer verilecek olmakla birlikte, yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, AİHM de yerleşik içtihatlarıyla ayrımcılığı; bunu haklı kılan makul ve objektif bir neden bulunmaksızın yapılan farklı muamele olarak açıklamıştır⁷⁵. AİHM'nin ayrımcılığa ilişkin yerleşik tanımı/formülü şöyledir: *“ayrımcılık benzer durumdaki kişilere herhangi bir objektif ve makul haklılaştırma olmaksızın daha az lehte farklı muamele yapılmasıdır. [...] Sözleşmeye taraf olan devletlerin benzer durumlara hangi hallerde ve ne derecede farklı muamele edilmesinin haklı kabul edileceği konusunda belirli bir takdir hakları bulunmaktadır [...] ancak Sözleşme'nin gerekliliklerine uyulup uyulmadığının denetiminde nihai karar Mahkeme'ye aittir. (D.H. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, ECtHR, Application 57325/00, 7 Şubat 2006)”*⁷⁶. Buna göre, AİHM kararları doğrultusunda ayrımcılığın gerçekleşmesi için, farklı muamelenin olması, farklı muamelenin karşılaştırılabilir kişiye göre daha az lehte olması ve bunun için objektif ve makul nedenin bulunmaması gerekir.

Sonuç olarak ayrımcılık kavramı, aynı ya da benzer durumda olanlara keyfi olarak farklı muamele yapmak şeklinde tanımlanabilir⁷⁷. Farklı muamele, bir kişiyi ya da grubu dışlama, üstün tutma, ayırt etme biçiminde ortaya çıkabilir. Son olarak ifade edelim ki, ayrımcılık, sadece dezavantajlı bir topluluğun bir mensubuna değil, aynı zamanda görece ayrıcalıklı bir topluluğun bir mensubuna yöneltildiğinde de gayrimeşrudur. Örneğin; erkeğe yönelik ayrımcılık en az kadına yönelik ayrımcılık kadar haksızdır⁷⁸.

II. Ayrım Yasağı İlkesi ile Eşitlik İlkesi Arasındaki İlişki

Yukarıda belirtilen sözleşmelerden ayrımcılığın, eşitsizliği doğuran, eşitliğin önündeki bir engel olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmelerdeki bu yaklaşım, eşitliğin ve ayrımcılık kavramlarının aynı olduğunu göstermemekte, ancak bu kavramların birbirini tamamladığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, öğretide de ifade edildiği üzere, eşit işlemden söz edilmeksizin sadece ayrımcılığı yasaklayan ya da sadece işlem eşitliğini

⁷⁵ Bell, 186.

⁷⁶ Bell, 271-272.

⁷⁷ Caniklioğlu, Ayrımcılık, 650.

⁷⁸ Fredman, 104-105.

güvence altına alan düzenlemeler, açıkça belirtilmeyen öteki öğeyi (ayırım yasağını ya da işlem eşitliğini) içerir⁷⁹. Bu bakımdan, eşitliğin bulunmaması koşuluyla somut olayda ayrımcılık ortaya çıkar⁸⁰.

Nitekim, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ek 12 sayılı Protokolün kurallarını yorumlayan açıklayıcı raporda, “ayrımcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkelerinin” sıkı sıkıya birbirine bağlı olduğu vurgulanmıştır⁸¹. Gerçekten, ayırım yasağının düzenlendiği AİHS’nin 14. maddesinde ve 12 sayılı Protokolde açıkça eşitlik ilkesinden bahsedilmemiş, ancak 12 sayılı protokolün kurallarını yorumlayan bu rapor, 14. maddedeki eksikliği gidermiştir⁸². Rapordaki değerlendirmeye göre, “*eşitlik, eşit durumlarda eşit biçimde işlem yapılmasını ve eşitsiz durumlarda da farklı işlem yapılmasını gerektirir. Bu konuda her türlü aykırı düzenleme ya da uygulama –nesnel ve makul bir haklılaştırma olmadığı sürece- bir ayrımcılık sayılır.*”⁸³ Buna göre, haklı neden olmaksızın eşitlere farklı ya da eşitsiz durumda olanlara aynı işlemin yapılması ayrımcılık oluşturur. Daha net bir biçimde ifade etmek gerekirse, eşitsiz bir düzenleme, ayrımcılık meydana getirir. Eşitsizlik ise, benzerlere aynı davranılmaması şeklinde ortaya çıkar. Burada ayrımcılıktan bahsedilirken, din, dil, ırk, renk vb. ölçütlere yer verilmemiştir. Bu bakımdan, ayrımcılık kavramını, sadece din, dil, ırk, renk gibi kişisel özelliklere dayalı farklı uygulamalarda kullanmak isabet taşımamaktadır.

Her ne kadar sosyal güvenlik ile ilgili olmasa da, ilişkinin ortaya konması bakımından bazı AB yönergeleri dikkate alınmalıdır. Gerçekten, söz konusu ilişkinin varlığı belirli alanlarla sınırlı düşünülemez. Eşit işlem ilkesinin uygulanması maksadıyla işe alınma ve mesleki açıdan din, inanç, maluliyet, yaş ve cinsel yönelime dayalı nedenlerle ayrımcılık yapılmasına karşı mücadele için bir genel çerçeve getirmek amacıyla olan 2000/78 sayılı Yönergede eşitlik ilkesiyle ayırım yasağı arasında ilişki ortaya konmuştur. 2000/78 sayılı Yönerge’nin 1. maddesinde Yönerge’nin konusu “*Üye devletlerde işlem eşitliği ilkesinin, istihdam ve iş ile ilgili ortaya konulması amacıyla, din ya da*

⁷⁹ Gülmez, 224.

⁸⁰ Tobler, 40.

⁸¹ Gülmez, 224.

⁸² Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, 245.

⁸³ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, 245.

inançlara, engele, yaşa ya da cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa karşı mücadele verilmesi için genel bir çerçeve oluşturulması” şeklinde belirtilmiştir. Konunun açıklandığı bu madde hükmünde din, engel, yaş, cinsel yönelim ayrımcılık nedenleri olarak sayılmıştır. Burada dikkate değer husus, eşit işlemin, ayrımcılığa karşı mücadele ile ortaya konması suretiyle gösterilebileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Gerçekten, Yönergenin 2. maddesinin birinci fıkrasında, eşit işlem ilkesinden yukarıda belirtilen her türlü doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın bulunmamasının anlaşıldığı belirtilmiştir.

Topluluğun yargı organı ATAD da, *Ruckdeschel* kararında aradaki bağa dikkat çekmiştir. Kararda bu husus “...ayrımcılık yasağı, yalnızca Topluluk hukukunun temel ilkelerinden olan genel eşitlik ilkesinin özgül bir anlatımıdır. Bu ilke, bir farklılık nesnel olarak haklı gösterilmedikçe, karşılaştırılabilir durumlarda farklı biçimde işlem yapılmamasını ister.” biçiminde ortaya konmuştur⁸⁴. Bunun yanı sıra Divan, *Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker* (C-279/93 [1995]) kararında ayrımcılığı “benzer durumlara farklı kuralların uygulanması veya farklı durumlara aynı kuralın uygulanması” şeklinde tanımlamıştır⁸⁵. Bu tanım, şekli eşitlik tanımını hatırlatmaktadır. Divan, *Europe Chemi-Con* kararında, davaya konu hukuksal düzenlemedeki ilkenin eşit davranma ilkesi ya da ayrımcılık yasağından hangisi olarak ifade edildiğinin önem arz etmediğini belirtmiştir. Divana göre, eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağı haklı neden olmaksızın, eşit olanlara farklı ve farklı olanlara eşit şekilde davranmayı yasaklayan tek bir genel ilkenin iki farklı biçimde ortaya konmasından ibarettir⁸⁶.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin uygulanmasını denetlemekle görevli İnsan Hakları Komitesi de konuya ilişkin olarak, 1989 yılında kabul ettiği 18 sayılı genel gözleminde “ayrımcılık” ifadesini tanımlamıştır. Komitenin yapmış olduğu tanım, ayrımcılığın eşitlik ile ilişkisini göstermek bakımından önemlidir. Komiteye göre ayrımcılık “...özellikle ırk, renk, cinsiyet, din, dil, siyasal ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, servet, doğum ya da başka her tür durum temeline dayanan ve insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tümünün herkes için eşitlik koşulları içinde

⁸⁴ Gülmez, 230.

⁸⁵ Ellis, 87.

⁸⁶ ATAD, *Europe Chemi-Con* (Deutschland) GmbH v Council of the European Union, C-422/02 [2005], www.europa.eu.int/eur-lex

tanınmasını, yararlanılmasını ya da kullanılmasını tehlikeye sokma ya da ortadan kaldırma sonucu doğuran ya da amacı taşıyan her tür farklılık, dışlama ya da kısıtlama”dır⁸⁷. Görüldüğü üzere Komite, insan hakları ve özgürlüklerinin tümünün herkes için *eşit koşullar* içinde sağlanmasından bahsetmiştir.

Komitenin genel gözleminde ayrımcılık oluşturabilecek nedenler sınırlı biçimde sayılmadığı gibi “her tür durum temeli” ifadesine dayanılarak, ayrımcılık oluşturan nedenlerin sadece doğuştan sahip olunan, değiştirilmesi mümkün olmayan haklarla sınırlı olmadığı ortaya konmuştur. Dolayısıyla hukuki statüsü ve yaptığı işin niteliği ne olursa olsun ayrımcılık yasaklanmıştır. Oysa öğretilerde ayrımcılık kavramının, bir kişiye sahip olduğu bireysel bir özelliği nedeniyle diğer kişilere davranılandan farklı davranılması, bu farklı davranış nedeniyle mağdur edilmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir⁸⁸. Ayrımcılığı sadece bireysel bir özellik nedeniyle farklı muameleye indirmek, yasağın uygulama alanını daraltacaktır. Bu bakımdan, ayrımcılığı en genel ifadesi ile eşit ya da benzer olanlar arasında, nesnel bir neden olmaksızın farklı muamele yapılması⁸⁹ biçiminde kabul etmek, eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkeleri arasındaki bağı daha belirginleştirecektir.

Açıklananlar doğrultusunda “eşitlik” ve “ayrımcılık yasağı” ilkeleri arasındaki bağına varlığına ilişkin şu soru sorulabilir: “Hiç kimseye ayrımcılık yapılamaz” şeklindeki düzenleme Anayasa’da yer alsaydı, sadece kişinin insan olmasından kaynaklanan değiştiremeyeceği cinsiyeti, rengi, ırkı veya değiştirmesi beklenemeyecek siyasi görüş, felsefi inanç gibi nedenlerden dolayı mı farklı muamele, yani ayrımcılık yasaklanmış olurdu? Bunun dışındaki alanlarda ayırımın yasaklanması için genel eşit davranma yükümlülüğünü gerektiren hükmün varlığına ihtiyaç olur muydu? Konumuz açısından bakıldığında, yasama organı haklı nedeni yokken devlet memurlarına çok daha nitelikli sosyal sigorta yardımlarını, çok daha az yükümlülük karşısında öngörse; buna mukabil, diğer çalışanlar için daha az sosyal sigorta yardımlarını kabul etse, bu durum “hiç kimseye ayrımcılık yapılamaz” şeklindeki Anayasa hükmüne aykırı olmaz mıydı?

⁸⁷ Gülmez, 228.

⁸⁸ Yüksel, 38.

⁸⁹ Caniklioğlu, Ayrımcılık, 644.

Yukarıda örnekler verdiğimiz uluslararası sözleşmeler, AIHM'nin yerleşik içtihadı, ATAD kararı ve Komite görüşü doğrultusunda ifade etmek gerekir ki, ayrımcılık sadece ırk, din, dil, cinsiyet vb. bireysel özellikler nedeniyle yapılan farklı muamele olarak görülemez. Belirtilen bireysel özellikler dışında, herhangi bir konuda yapılan farklı muamele de ayrımcılık teşkil eder. Gerçekten, benzer durumda olan sigortalılara, ırk, din, dil, cinsiyet vb. bireysel özellik dışında herhangi bir nedenle yapılan farklı muamele de haklılaştırılmadığı sürece, “ayrımcılık” var kabul edilmelidir. Nitekim *Hervey*, ayrımcılığın, bir kişinin *herhangi bir niteliğine* dayanılarak haksız bir davranışta bulunularak mağdur edilmesi anlamına geldiğini ifade etmiştir⁹⁰. *Caniklioglu* da benzer biçimde ayrımcılık yasağının, eşit durumda olanlara eşit davranılması ilkesinin bir başka ifadesi olduğunu ve ayrımcılığın eşitlik ilkesi ile doğrudan bağlantılı bulunduğunu ileri sürmüştür⁹¹. Bu durumda ayrımcılık nedeniyle, eşitlik ilkesine aykırı durumun ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Ayrımcılık hallerinin sadece kişinin değiştirilemeyen ya da değiştirilmesinin beklenmesi mümkün olmayan kişisel özelliklerle sınırlı olmamasına ilişkin olarak, İş Kanunu'nda sözleşme türüne bağlı ayrımcılığın yasaklanmış olması örnek olarak gösterilebilir.

Aşağıda da ifade edilecek olmakla birlikte yeri gelmişken vurgulamak gerekirse, bireysel özelliklere dayanılarak yapılan farklı işlemin haklılaştırılması çok daha zordur. Bu bakımdan yasama organının takdir hakkını ırk, din, dil gibi değiştirilmesi mümkün olmayan veya değiştirilmesinin talep dahi edilmesinin söz konusu olmayacağı alanların dışındaki konular için daha geniş biçimde var saymak gerekir. Belirtilen alanlarda yapılacak farklı muameleye ilişkin takdir hakkının ise sınırlı biçimde uygulanması mümkün olmalıdır. Gerçekten örneğin, sözleşme türlerine dayalı bir ayrımcılığın haklı kılınmasında uygulanacak ölçülülük ilkesinin derecesi, işçinin (konumuz bakımından sigortalının) temel bir hakkı kabul edilen değiştirilmesinin mümkün olmayan konulara dayalı alanlarda ayrımcılığın haklı kılınmasında kullanılacak ölçülülük ilkesinin derecesine göre çok farklı olacaktır⁹². Konumuz açısından yaklaşacak olursak, sigorta yardımının farklı çalışma şekilleri esas alınarak öngörülmesinin haklılaştırılması;

⁹⁰ *Hervey*, 24.

⁹¹ *Caniklioglu*, Ayrımcılık, 649, 650.

⁹² *Doğan Yenisey*, 979.

cinsiyet, ırk gibi değiştirilmesi mümkün olmayan kişisel özelliklere dayanılarak yapılan düzenlemelerin haklılaştırılmasına kıyasla daha kolaydır. Konu üzerinde aşağıda detaylıca durulmuştur.

Nasıl ifade edilirse edilsin, benzer ya da aynı durumdakilere yapılan farklı muamelenin haklılaştırılması gerekmekte olup, bu yapılmadığı sürece ortaya çıkan durum “eşitlik ilkesine aykırılık” olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, kanun koyucunun hem eşit davranma ya da eşitlik ilkesi ifadesine hem de ayrım yasağı ifadesine yer vermesi, bu kavramlar arasında sıkı bir bağ olduğunu ve birinin diğerini kapsadığını gösterse de, aralarında hiçbir farkın olmadığı anlamına da gelmez.

Öğretide *Doğan Yenisey* tarafından da ifade edildiği üzere, ayrımcılık yasağına ilişkin normlarda kimlerin arasında, hangi menfaatler veya yükler açısından hangi nedenlere dayalı olarak ayrım yapılamayacağı düzenlenmiştir. “Bir kişi ile diğeri arasında ayrım yapılmamalıdır” denildiğinde hangi nedenlere dayalı olarak farklı tutum ve davranışın kabul edilemeyeceği de belirtilmiş olmaktadır⁹³. Ayrıca, yasama organına yüklenen genel anlamda eşit davranma borcu, sadece negatif bir içeriği sahip değildir. Gerçek eşitliğin sağlanması için yasama organına olumlu davranış yükümlülükleri getirdiğinden eşitlik ilkesi, ayrım yasağından daha geniş kapsamlıdır⁹⁴. Sadece ayrım yasağı bu yükümlülüğü getirmez.

Sonuç olarak, genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü ile ayrım yasağı ilkesi arasında tespit edilen bağ, ayrımcılık yasağının da sosyal güvenlik hukuku bakımından önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Farklı bir deyişle, sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarının düzenlenmesinde söz konusu olan eşitlik ilkesi, sadece genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü ile değil, aynı zamanda onun tamamlayıcısı niteliğindeki ayrım yasağı ile de ilgilidir.

⁹³ *Doğan Yenisey*, 978.

⁹⁴ *Tobler*, 40.

III. Ayrımcılık Yasağının Türleri

1. Doğrudan Ayrımcılık

Yukarıda da ifade edildiği üzere, eşitlik ilkesinin ya da eşit davranma borcu gereği yasaklanması gereken ayrımcılığın doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekli bulunmaktadır. “Doğrudan ayrımcılık” kavramı, zaman içinde yargı kararları ve mevzuat ile oluşturulmuş bir ayrımcılık türüdür.

Hukuk, toplumdaki ayrımcılığa müdahale etme görevini üstlendiğinde, bu müdahalenin ilk aşaması en aleni ve sık rastlanan ayrımcılık türü olan “toplumsal önyargılara” karşı olur. Söz konusu önyargılar, bazı şahıs veya topluluklara, bunların cinsiyet veya etnik köken gibi bir takım özellikleri nedeniyle, aleyhlerine olacak biçimde muamele edilmesi durumlarında ortaya çıkar⁹⁵. Bu bakımdan, “doğrudan ayrımcılık” ayrım yasağı sayılan hallere aykırılığı ifade eder⁹⁶. Buna göre, herhangi bir sosyal sigorta yardımının din, renk, cinsiyet vb. değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin beklenmesi mümkün olmayan bir nedene dayanılarak öngörülmesi, sosyal güvenlik hukukunda doğrudan ayrımcılığın doğumuna sebebiyet verir. Söz konusu ayrımcılık yasağı, aynı ve benzer durumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemeyi amaçladığından şekli eşitlik anlayışının bir ifadesi olarak da görülebilir⁹⁷.

Ayrımcılık ilk önceleri daha çok cinsiyet alanında yasaklanmış ve kavramın tanımı da ayrımcılığın yasaklandığı alana özgülenmiştir. Örneğin, İngiltere’de 1975 tarihli “Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası”nda doğrudan ayrımcılık, yasanın birinci bölümünün ilk maddesinde; “*işverenin bir kadına cinsiyeti sebebiyle, bir erkeğe davrandığından veya davranacağından daha az lehte davranması*” olarak tanımlanmıştır⁹⁸. Ancak 2000 yılında AB ayrımcılık hukuku, cinsiyete dayalı ayrımcılıkla sınırlı kalmayıp, diğer alanlara da genişlemiştir⁹⁹. 2000/43 ve 2000/78 sayılı Avrupa Birliği Yönergeleri ile

⁹⁵ Bell, 185.

⁹⁶ Deakin/Morris, 530.

⁹⁷ Gül/Karan, 13.

⁹⁸ Smith/Wood, 256.

⁹⁹ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 6.

farklı alanlara dayalı ayrımcılık yasakları Birliğin yetki alanlarına dahil edilmiştir¹⁰⁰. AB'nin Irk veya Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin uygulanmasına Dair 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43 sayılı Yönergesinde doğrudan ayrımcılık, “...bir kişiye, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, karşılaştırılabilir durumda, diğer bir kişiye göre daha az tercih edilir şekilde muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması...” ifade edilmiştir¹⁰¹. Görüldüğü üzere, burada da doğrudan ayrımcılık, sadece belirli alana özgülenererek tanımlanmıştır.

Eşit muamele ilkesinin uygulanması maksadıyla işe alınma ve mesleki açıdan din, inanç, maluliyet, yaş ve cinsel yönelime dayalı nedenlerle ayrımcılık yapılmasına karşı mücadele için bir genel çerçeve getirmek amacıyla olan 2000/78 sayılı Yönergede doğrudan ayrımcılık: “birinci fıkradaki nedenlerden birine dayalı olarak, bir kişiye karşılaştırılabilir bir durumda başka bir kişiye oranla daha az elverişli bir davranışta bulunulması veya davranışın gösterilmiş olduğu ya da gösterileceği zaman söz konusu olur” şeklinde tanımlanmıştır. Konunun açıklandığı birinci fıkra da din, engellilik hali, yaş, cinsel yönelim ayrımcılık nedenleri olarak sayılmıştır¹⁰².

İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 2006/54 sayılı Yönergede ise “doğrudan ayrımcılık”, bir kişiye, başka bir kişiye göre cinsiyeti sebebiyle benzer durumlarda gösterilenden veya gösterilecek olandan daha az lehte şekilde davranılması hali” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁰⁰ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 6.

¹⁰¹ 2000/78 sayılı Yönerge’de sosyal güvenlik kapsam dışında bırakılmışsa da 2000/43 sayılı Yönerge ile iş ilişkisinin dışında sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerini kapsamanın alan sosyal koruma, sosyal menfaatler, eğitim, barınma da dahil olmak üzere kamuya açık mal ve hizmetlere erişim ve sunum alanlarında ayrımcılık yasaklanmıştır, bkz. Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 6-7.

¹⁰² Divan’dan, Chacon Navas davasında 2000/78 sayılı Yönergenin uygulanma alanının tespiti açısından engellilik kavramını belirlemesi talep edilmiştir. Davacının, sekiz aylık hastalık izni sonrasında, nedensiz olarak işveren tarafından iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. Davaya konu olayda ATAD, 2000/78 sayılı Yönerge’de yer alan engelliliğe dayalı ayrımcılık yasağına ilişkin korumanın, “hastalık” nedeniyle işine devam edememesi sonucunda işine son verilen çalışanın durumunu kapsayıp kapsamadığını incelemiştir. Engellilik kavramı Yönerge’de tanımlanmadığı gibi, üye devletlerin ulusal hukuklarına atıf da yapılmamıştır. Divan, engelliliği; özellikle fiziksel, ruhsal ya da psikolojik bozukluklardan kaynaklanan ve ilgili kişinin çalışma yaşamına katılmasını engelleyen bir kısıtlama olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte Divan hastalık ve engellilik kavramlarının birbirinden farklı olduğunu ve eşanlamlı kullanılamayacağını da ileri sürmüştür. Divan, Yönerge’de, çalışanların hastalanmaları durumunda, bunların Yönerge’nin kapsamında olacaklarının düzenlenmediğini belirtmiştir. Bu bakımdan, sadece hasta olması nedeniyle işine devam edememesi gerekçesiyle işine son verilen bir çalışanın, Yönerge’nin engelliliğe dair hükümleri çerçevesinde korunmadığına karar verilmiştir. ATAD, Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, C-13/05, [2006], www.europa.eu.int/eur-lex

AB ayrımcılık yasağı hukukunda kavramın, “benzer durumda olan bireylerin eşit muamele görmesi ve sahip oldukları belirli bir “korunan özellik” nedeniyle onlara daha az elverişli bir biçimde muamele edilmemesi gerektiğini” ifade ettiği ileri sürülmüştür¹⁰³. Söz konusu bu tanım diğer tanımlara göre genel içerikli olduğu için dikkate alınmalıdır. Gerçekten diğer tanımlar, düzenlemelerin ayrımcılığı yasakladığı belirli alanlara özgülediğinden daha sınırlı kalmaktadır.

Yapılan tanımlar, doğrudan ayrımcılık bakımından öncelikle karşılaştırılabilir kişinin varlığının bulunması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bundan başka, karşılaştırılabilir kişiler arasında daha az lehe olma niteliğine sahip farklı muamelenin bulunması gerekmektedir. Her ne kadar tanımlarda açık biçimde “haklılaştırma” unsuruna yer verilmemişse de farklı muamele haklılaştırıldığı sürece, yapılan ayırım hukuka aykırı olma niteliği taşımaz. Genel eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık halinin belirlenmesinde de benzer unsurların varlığı gerekir. Buna mukabil, kişinin değiştirilemeyen ya da değiştirilmesi beklenmeyen yani korunan özelliklerine dayalı ayrımlarda ya da eşit davranma yükümlülüğüne aykırılıkta haklılaştırma daha zordur. Söz konusu bu unsurlara aşağıda ayrıntılı biçimde yer verilmiştir.

2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık kavramı, doğrudan ayrımcılığın istenilen amacın gerçekleşmesi için yeterli olmaması nedeniyle ortaya çıkmıştır. Gerçekten şekli eşitlik anlayışının bir görünümü olan doğrudan ayrımcılıkta, kişilere karşı yapılan davranış aynı olduğu sürece bir eşitsizlik bulunmamaktadır¹⁰⁴. Oysa, ayrımcılığın üstü kapalı bir biçimde yapılması da mümkündür¹⁰⁵. Öyle ki herkes için uygulanma kabiliyetini haiz ve görünüşte tarafsız olan ancak bazı kişi ya da kişiler üzerinde diğerlerinden daha olumsuz etki yaratan düzenlemeler de bulunmaktadır¹⁰⁶. Dolaylı ayrımcılık, görünüşte nötr olan ancak uygulanması bazı gruplar üzerinde olumsuz etki yaratarak eşitsizliğe yol

¹⁰³ Handbook On European Non-Discrimination Law, 21.

¹⁰⁴ Gül/Karan, 15.

¹⁰⁵ Smith/Wood, 260.

¹⁰⁶ Smith/Wood, 260; Deakin/Morris, 530; Doğan Yenisey, 981.

açan hükümleri kapsar¹⁰⁷. Farklı bir ifadeyle, dolaylı ayrımcılıkta tarafsız ölçütler arkasında yatan ayrımcı olgular vardır¹⁰⁸. Özellikle, cinsiyet veya medeni durumdan açıkça bahsedilmeyen, ancak uygulamada bazılarını cinsiyetleri veya medeni durumları nedeniyle daha dezavantajlı duruma düşüren bir kural, politika, kriter veya uygulama şeklinde dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkması mümkündür¹⁰⁹. Bundan başka, sadece cinsiyet değil, cinsiyet dışındaki bazı özelliklerine göre (ırk, din vb.) tanımlanan kişi topluluklarını dezavantajlı duruma düşüren kurallarla ilgili bir kavramdır¹¹⁰. Görüldüğü üzere, doğrudan ayrımcılığın aksine dolaylı ayrımcılıkta, ayrımcılığa neden olan farklı değil, “aynı işlem” söz konusudur¹¹¹.

İngiliz hukukunda “dolaylı ayrımcılık” kavramı ilk olarak 1975 tarihli Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası’nda kullanılmış ve daha sonra 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası’nda da yer almıştır. Buna göre; eşitsizlik sadece bilinçli biçimde açıkça yapılan davranışların sonucu değildir. Ayrımcılık teşkil eden bazı davranışlar, kapalı şekilde etki ederler ve her ne kadar iki cinse uygulansalar da sadece birine karşı ayrımcılık meydana getirmiş olurlar¹¹². 1975 tarihli İngiliz Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası’nın birinci bölümünde şu ifadeler yer almaktadır: “...bir kimse bir kadına karşı şu hallerde ayrımcılık yapmış olur...(b) ona bir erkeğe tatbik ettiğine denk olarak tatbik edebileceği bir hükmü, kriteri veya uygulamayı (i) erkeklere nazaran çok daha fazla sayıda kadını zarara uğratacak biçimde, (ii) bundan etkilenen kadının cinsiyeti göz ardı edilerek haklılaştırılması mümkün olmaksızın (iii) bunun muhatabı kadına zarar vererek tatbik ederse.” dolaylı ayrımcılık oluşur¹¹³.

¹⁰⁷ Deakin/Morris, 530; Doğan Yenisey, 981.

¹⁰⁸ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 13.

¹⁰⁹ Smith/Wood, 260; Deakin/Morris, 530. İspanyol Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda verdiği 1 Temmuz 1991 tarihli, 145/91 sayılı, Pilar Rodriguez de la Fuente ve 138 diğerleri v. Madrid Şehri kararında bu husus açıkça ortaya konmuştur. Karar göre; “Kişisel özellikler temelli ayrımcılığın anayasayla yasaklanması aynı zamanda maddi eşitlik mefhumuyla da alakalıdır. Bu durum özellikle cinsiyet ayrımcılığında söz konusudur. Zira cinsiyet ayrımcılığı, kadınların tarih boyunca sosyal, ekonomik ve hukuki açılardan değersiz görülmüş bir sosyal gruba mensup olmalarına işaret etmektedir. Bu da ayrımcılık kavramını genişletip zenginleştirmeye imkan vermektedir; ayrımcılığın sadece doğrudan ayrımcılıktan ibaret olmadığı ama aynı zamanda, görünüşte ayrımcı nitelik taşımayan ancak farklılaştırıcı ve olumsuz etkiler yaratarak zarar verici, eşitliğe aykırı sonuçlar doğuran davranışları da kapsadığını göstermektedir.” Schiek, 328-329.

¹¹⁰ Collins/Ewing/McColgan, 263; McCrudden, 184.

¹¹¹ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 14.

¹¹² Bowers QC, 154.

¹¹³ Smith/Wood, 261.

İngiltere’de 2001 yılına kadar dolaylı ayrımcılığın hem cinsiyet hem de ırk ayrımcılığında kullanılan tek bir tanımı mevcuttur. Bu tanım her iki yasanın da ilk bölümlerinin ilk maddelerinde hala bulunsa da artık sadece istihdam-dışı davalarda uygulanmaktadır¹¹⁴. İngiltere’de bu ayrımcılık türü son yıllarda, AB hukukundaki gelişmeler sayesinde önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. AB hukukundaki bu gelişmeler istihdamla ilişkili davaların çoğunda, ayrımcılığın tespiti için uygulanacak testi sadeleştirmiştir¹¹⁵. Gerçekten, ATAD’ın ayrımcılık hukukuna en önemli katkısı maddi eşitlik anlayışını yansıtan dolaylı ayrımcılık kavramıyla olmuştur. Özellikle *Bilka* kararı ile kavram belirginleşmiş ve bu ayırım İspat Yüküne İlişkin Yönerge ve 2000 yılında kabul edilen diğer yönergelerde de korunmuştur¹¹⁶.

Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası’nın dolaylı ayrımcılık için öngördüğü istihdamla ilişkili test, İspat Yüğü Yönerge’sine uyum sağlanması amacıyla gerçekleştirilen yasa değişikliğinin sonucudur. Değişiklikten önce söz konusu test 1976 tarihli İngiliz Irk İlişkileri Yasası’nın birinci bölümündeki tanımla¹¹⁷ maddi olarak aynıydı¹¹⁸.

2001’de yürürlüğe giren ve 97/80 sayılı İspat Yüğü Yönergesi¹¹⁹,ne uygun Cinsiyet Ayrımcılığı (Dolaylı Ayrımcılık ve İspat Yüğü) Tüzüğüyle dolaylı ayrımcılık, daha az teknik bir biçimde tanımlanmıştır. Daha sonra bu da 2005’te değişikliğe uğramış olup yeni tanıma göre aşağıdaki koşullar bir araya geldiğinde istihdam alanında dolaylı ayrımcılık gerçekleşmiş olacağı belirtilmiştir. Buna göre; işveren, bir erkeğe uyguladığı veya uygulayacağı bir hükmü, kriteri veya icraatı uygularsa, bununla kadınlar erkeklere göre dezavantajlı bir duruma düşerse veya düşecekse, bu hüküm, kriter veya icraatın

¹¹⁴ Smith/Wood, 260.

¹¹⁵ Collins/Ewing/McColgan, 263; McCrudden, 184.

¹¹⁶ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 14.

¹¹⁷ Irk İlişkileri Yasası, 1. bölüm, 1(A): “...bir kimse bir diğerine karşı, ona aynı ırk veya etnik kökenden olmayanlara tatbik ettiğine eşit olarak tatbik edebileceği bir hükmü, kriteri veya uygulamayı (a) onu, aynı ırk veya etnik kökenden kişileri diğerlerine nazaran dezavantajlı duruma getirecek biçimde, (b) diğerlerini dezavantajlı duruma getirecek biçimde, (c) ve bu kriteri veya uygulamayı meşru bir amaca ulaşmak için orantılı bir araç olarak kullandığını ispatlamadan tatbik ederse, ayrımcılık yapmış olur.”

¹¹⁸ Collins/Ewing/McColgan, 263-264.

¹¹⁹ Bu Yönerge, Maastricht anlaşmasının ön ayak olduğu iki yeni yönergeden biridir. Söz konusu Yönerge eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde önemli bir sorun olan ispat sorununu çözümlemek üzere düzenlenmiştir, bkz. Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 5.

meşru bir amacın gerçekleştirilmesi için orantılı bir önlem olduğu ispatlanamazsa dolaylı ayrımcılık ortaya çıkar¹²⁰.

Dolaylı ayrımcılığın ilk kez tanımlandığı 97/80 sayılı Yönergede kavram “*açıkça tarafsız bir hükmün, kriterin veya uygulamanın bir cinsin büyük bir bölümünü olumsuz etkilemesidir.*” biçiminde tanımlanmıştır.

2000/78 sayılı Yönerge de dolaylı ayrımcılık, “*Görünüşte tarafsız olan hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların meşru bir amaçla objektif olarak haklılığı gösterilmediği ve o amaca ulaşmanın araçları uygun ve zorunlu olmadığı sürece, bu hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların belli cinsiyetten, inançtan ya da belli bir engeli bulunan veya belli bir cinsel yönelimi olan kişileri, öteki kişilere nazaran özellikle dezavantajlı duruma düşürmesi halleri*” biçiminde ifade edildikten sonra, söz konusu ölçüt ya da uygulama nesnel olarak meşru bir amaç ile haklı gösterilebilirse ve bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik araçlar uygunsa ve zorunlu ise ayrımcılığın olmadığı ifade edilmiştir.

ATAD kararları içerisinde “dolaylı ayrımcılık” ifadesi ilk defa *Bilka* davasında¹²¹ kullanılmıştır. İçtihat hukukunun genelinde “dolaylı ayrımcılık” kavramı *ücret, çalışma koşulları, sosyal güvenlik yardımlarına hak kazanma bakımından yasal veya akdi bir hükmün ya da bir uygulamanın tarafsız bir kritere dayanarak münhasıran veya öncelikli olarak bir cinsten kişileri (özellikle kadınlar) etkilemesi, kural olarak, aksi cinsiyet temelli ayrımcılık harici objektif bir etkenle haklılaştırılmadığı takdirde, eşit davranma ilkesinin ihlalini teşkil edeceği* şeklinde yorumlanarak tanımlanmıştır¹²².

AİHM, 6 Ocak 2005 tarihli *Hoogendijk v. the Netherlands* kararında ATAD’nin içtihatlarında yerleşik olan dolaylı ayrımcılık kavramını sahiplenmiş görünmektedir. Davaya konu olayda Bayan Hoogendijk, geçirdiği bir kaza sonucu, 28 yaşından itibaren tam zamanlı çalışamayacak şekilde işgöremez hale gelmiştir. Ekim 1976’da

¹²⁰ Smith/Wood, 261.

¹²¹ ATAD, C-170/84, *Bilka-Kaufhaus*, www.europa.eu.int/eur-lex.

¹²² Herbert, 118-119.

Hollanda’da bir malullük ödeneğine ilişkin yasal düzenleme yürürlüğe girmiştir. Bayan Hoogendijk bu ödenekten yararlanmak için başvurmuş ancak başvurusu ödeneğin bir bütçeye bağlı yardım olduğu ve kendisinin de eşinin yeterince para kazandığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Esasen, ilgili yasa, evli kadınları ödenekten yararlanmada tamamen dışlamıştır. Bu düzenleme, Avrupa cinsiyet ayrımcılığı hukukuna başarıyla meydan okumaktadır. Zira Hollanda evli kadınların ödeneğe bizzat hak kazanabilmeleri için, onları bir bütçe testine tabi tutmakta ve bununla, yapılacak harcamalarda/masraflarda aşırı bir artış olmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Söz konusu bütçe testinde kadının sadece kendi geliri değil, geçimlerini sağlamakla yükümlü herhangi bir aile bireyinin geliri de hesaba katılmaktadır. Mahkeme davayı şu gerekçelerle reddetmiştir: *“Bir davacının bir kuralın açıkça erkelerden çok daha yüksek sayıda kadını etkilediğini resmi istatistiklere dayanarak ispatlayabilirse bu sonucun cinsiyet temelli hiç bir ayrımcılığı amaçlamayan objektif etkenlere dayandığını göstermek davalı Devlet’e aittir. İlgili Devlet tarafından hiçbir objektif neden sunulamadığına göre Mahkeme söz konusu yasal düzenlemenin evli veya boşanmış ve Hollanda’da evli kadınların çalışarak gelir elde etmelerinin yaygın olmadığı dönemde işgöremez hale gelmiş kadınlar bakımından bir dolaylı ayrımcılık sonucu doğuracağına yeterli biçimde kanıtlandığını kabul etmektedir. Ancak bu olayda Mahkeme, ilgili yasal düzenlemeyle öngörülen ve medeni durumlarına bakılmaksızın hem kadınların hem de erkeklerin tabi tutulacağı bütçe testinin (malul sayılan kişinin geçimini sağlamak için aile dışından gelecek bir gelire ihtiyaç duyup duymayacağına araştırılmasının) evli kadınların bu düzenlemeden ayırım yaratacak biçimde hariç tutulmalarını önlemek ve aynı zamanda masrafların kabul edilebilir sınırlar çerçevesinde kalmasını sağlamak olduğunu belirtmektedir. Mahkeme bunu makul ve objektif bir haklılaştırma olarak kabul etmektedir.”*¹²³

Sonuç olarak açıklananlar doğrultusunda ifade etmek gerekir ki, dolaylı ayrımcılığın ana özelliği, görünürde nötr bir uygulamanın ya da kriterin bireyin ait olduğu grup üzerinde haklı çıkarılamayacak, olumsuz farklı bir etki yaratmasıdır. Dışlayıcı bir uygulama ya da kriter yoksa veya belirgin derecede çok farklı bir etki görünmüyorsa ya da uygulama için nesnel, iş açısından haklılık gösterilebiliyorsa, bu durumlarda ihlalden

¹²³ Schiek, 343-344.

söz edilmez¹²⁴. Açıklananlardan belirlenen ortak noktalardan yola çıkarak dolaylı ayrımcılığın unsurları olarak, karşılaştırılabilir kişiler arasında aynı muamele, esaslı ölçüde farklı etkilenme ve bunun haklılaştırılmaması şeklinde sayılabilir¹²⁵.

§3. Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı İlkesi

I. Eşitlik İlkesinin Anayasal Görünümü

1. Genel Olarak

Mevzuatımızda sosyal güvenlik hukukunda eşitliği doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa’da yer alan özellikle “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. madde ve “sosyal güvenlik hakkı” başlıklı 60. madde sosyal güvenlik hukukunda eşitliğin ortaya konması için dikkate alınmalıdır. Bundan başka, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu ortaya koyan 12. madde de sosyal güvenlik hukukunda eşitliğin anlamını tayinde önemlidir. Bunların yanında, Anayasanın başlangıç kısmının metne dahil olduğunu hükme bağlayan 176. madde gereği başlangıç kısmı da esas alınmalıdır. Dolayısıyla, sosyal güvenlik hukukunda eşitlikle ilgili ilke ve kuralları somutlaştıran Anayasadır. Anayasadaki eşitlik ilkesinin anlamının ve yasama organının bu ilke ile bağlılığın belirlenmesi, sosyal güvenlik hukukunda benimsenen eşitlik anlayışını da ortaya koyar.

2. Sosyal Güvenlik Hakkının Dayanağı

Sosyal güvenlik hakkı, Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünde, “sosyal güvenlik hakkı” başlığını taşıyan 60. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, “*Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir.*”

¹²⁴ **Barnard/Haepple**, 564-565.

¹²⁵ *Doğan Yenisey*, dolaylı ayrımcılığın mevcut olabilmesi için iki aşamalı bir inceleme yapılması gerektiğinden bahsetmiştir. Yazara göre, “*ilk aşamada davacı işçi görünüşte tarafsız bir ölçütün yahut önlemin ağırlıklı olarak bir cinse mensup olanları etkilediğini ispatlayacak, daha sonra işverenin işletmenin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik objektif nedenlerle bu ölçütleri haklılaştırıp haklılaştırmadığı araştırılacaktır.*” Bkz. **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, 14. Sosyal güvenlik hukukunda ise, yasama organının yaptığı düzenlemelere bağlı olarak dolaylı ayrımcılık oluşabileceği için işveren uygulaması yerine normun belirtilen özellikleri taşıdığı ispat edilmelidir.

Uluslararası metinlerde olduğu gibi Anayasamızda da sosyal güvenlik hakkı, herkes için kabul edilmiş olmakla birlikte, sosyal güvenlik politikalarının gerçekleştirilmesine sıra geldiğinde, işin esas sorumluluğunu yüklenenler hakkın öznesi olarak “herkes” ifadesini kullanmaktan kaçınmaktadır¹²⁶. Bu bakımdan bir sosyal hakkın “herkes”in hakkı olduğunu bildiren kurallar, bu hakkın istisnasız herkesin hakkı olmasını sağlamamaktadır. Özellikle sosyal sigorta sisteminin primli rejime dayanması farklı bir sonuca ulaşmamıza engeldir. Zira herkes değil, prim ödeme şartını yerine getiren herkes yardımlardan yararlanabilir. Prim ödenmesi şartına bağlı olarak yararlanılması öngörülen bir hakkın ise, herkesi mutlak biçimde kapsamaması mümkün değildir. “Herkes” öznesi, hak sahipleri ile bu haklardan yararlanacaklar arasında ayırım yapılmayacağını anlatmak için kullanılır¹²⁷. Söz konusu ifade, hakkın herkese tanındığını gösterir, ancak nasıl ve ne şekilde tanınacağını ortaya koymaz¹²⁸. *Tanör*’ün de ileri sürdüğü üzere, bu ifade, ihtiyaç sahipliği çerçevesinde ve belli şartlar altında bir yabancının bile Anayasanın tanıdığı sosyal haklardan yararlanmaya hakkı olduğu şeklinde yorumlanabilir¹²⁹.

Kısaca ifade etmek gerekirse, sosyal güvenlik hakkının “herkes” için öngörülmesi sosyal devlet olmanın gereği olup söz konusu ifade, sosyal güvenlik hakkının sağlanmasında eşitliğin de göz önünde bulundurulmasını gerekli kılmaz. Nitekim, maddenin ikinci fıkrasında yer alan “Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” düzenlemesiyle de devletin bu hakkı sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiş, ancak nasıl sağlaması gerektiği belirtilmemiştir.

AYM, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararda “herkes” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği ortaya konmuştur: “...*Anayasa’nın 48. maddesi gereğince, sosyal güvenlik aynı zamanda herkes için bir haktır. Anayasa koyucusu bu hükümle, bütün yurttaşların bu güvenlikten yararlanmalarını sağlamak istemiş fakat bunun gerçekleşmesinin zamana ve bazı koşullara bağlı olduğunu göz önünde tutarak 53 üncü*

¹²⁶ *Tanör*, 85.

¹²⁷ *Doğan Yenisey*, Social Security, 42

¹²⁸ *Tanör*, 85.

¹²⁹ *Tanör*, 85; *Arıcı* da benzer biçimde sosyal güvenlik hakkının vatandaş olsun olmasın Türkiye’de yaşayan herkese tanındığını belirtmiştir, *Arıcı*, Sosyal Güvenlik Meselesi, 79.

maddede devletin, bu bölümde belirtilen ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak ekonomik gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini açıklamıştır. Bu hüküm uyarınca, kanun koyucu sosyal güvenlik alanında bazı hakları vermemeye veya sadece bir kısmını vermeye yetkilidir. Fakat ekonomik gelişme ile mali kaynakları yeterli görerek bir hakkı sağlayınca herkesi bunun kapsamına alması zorunludur. Belli suçları işlemiş olmak gibi kişisel durumlar bakımından ilgililer arasında ayırım yapamaz ve verdiği bir hakkı, özellikle kazanıldıktan sonra, bazı kişilerden geri alınmaz. Böyle bir ayırım veya geri alma, Anayasa'nın 48 inci maddesinin hem amacına hem de bu maddedeki herkes kaydının anlamına aykırıdır. Aksi düşünülecek olursa, kanun koyucunun bütün sosyal ve ekonomik haklar için aynı şeyi yapabileceğini de kabul etmek gerekir ki bu halde yalnız sosyal güvenliğin değil Anayasa'nın kurduğu sosyal devlet düzeninin de zedelenmesine yol açılmış olur... ”¹³⁰. Bu doğrultuda ifade etmek gerekir ki, Devlet sosyal güvenlik hakkını sağlamakla yükümlü olmakla birlikte, bunların şartlarını belirleme hak ve yetkisine sahiptir. Sosyal güvenlik hakkı bakımından eşitlik ilkesine ilişkin asıl önemli olan, bu hak kapsamında sigorta yardımlarının nasıl sağlanacağıdır. Sosyal güvenlik gibi temel bir hak yalnızca bazı sigortalılara tanınır, bazı sigortalılardan ise tamamen veya kısmen keyfi olarak esirgenir ya da haklı neden olmaksızın aynı yardımın daha ağır şartlar altında tanınması söz konusu olursa eşitlik ilkesine aykırılık meydana gelir. Sosyal güvenlik hakkı kapsamında, sosyal sigorta yardımlarının sağlanmasında eşitliğin gözetilmesi, söz konusu 60. madde hükmü çerçevesinde mümkün olmayıp, bunu gerekli kılan başka düzenlemenin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır.

3. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

a) Genel Olarak

Anayasada yer alan eşitlik ilkesinin anlamı ve işlevi, sosyal güvenlik hukukunda eşitliğin görünümünü de ortaya koyar. Türk Anayasa hukukundaki düzenlemeler dikkate alındığında, eşitlik ilkesinin 1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer aldığı görülmektedir. Öyle ki 1982 Anayasasının 10. maddesinin 1. ve 4. fıkraları, bazı

¹³⁰ AYM., 11.12.1964 t., E. 1963/138, K. 1964/71, www.hukukturk.com

farklılıklar olmakla beraber, diğer anayasalardaki düzenlemelere benzemektedir. Bunun yanı sıra imtiyaz yasağı da 1924 Anayasasından itibaren tüm Anayasalarda yer almıştır. Söz konusu kavramlar bakımından etkin güvence ise, Anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasının mümkün hale getirildiği 1961 Anayasası ile sağlanmıştır¹³¹. Böylece, AYM'nin eşitlik ilkesine uygunluk denetimi –denetime konu olmayacakları Anayasa'da açıkça belirtilenler hariç olmak üzere- bütün kanun ve KHKleri kapsar hale getirilmiştir¹³². Bu denetimin eşitlik ilkesi bakımından hangi çerçevede yapılacağı, yani ilkenin yasama organını hangi kapsamda bağladığı, Anayasa'da yer alan düzenleme gereğince ilkeye yüklenen anlam ile belirlenecektir.

1961 Anayasasında eşitlik başlığını taşıyan 12. madde hükmünde;

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklinde düzenleme bulunmaktaydı.

1982 Anayasasında ise, konu “kanun önünde eşitlik” başlığı altında 10. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

¹³¹ **İnceoğlu**, 47. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar.” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında ise, “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” hükmüne yer verilmiştir. Böylece hüküm, “bireysel başvuru” hakkını sadece AIHS kapsamında olan ve aynı zamanda Anayasada düzenlenmiş haklarla sınırlı tutmuş ve bunu olağanüstü bir kanun yolu olarak düzenlemiştir. Bu bakımdan, AIHS'de yer alıp Anayasa'da düzenlenmeyen veya Anayasa'da düzenlenip AIHS'de yer almayan hakların ihlalinde bireysel başvuru mümkün değildir, bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, 523. Bireysel başvuruda güdülen amaç, bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmemesiyle ilgilidir. Konumuz bakımından ihlalin kanunlarla olabileceği şeklinde olduğunu belirtmiştik. Bu bakımdan ihlalin kanundan kaynaklandığı hallerde kanunun yasama organı tarafından değiştirilmesi suretiyle ihlal giderilir, bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, 523.

¹³² **Oden**, 161.

“Herkes¹³³, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Görüldüğü üzere, 1982 Anayasasının konuyu düzenleyen 10. maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları ile son fıkrası hemen hemen aynı içeriğe sahip biçimde 1961 Anayasası’nın 12. maddesinde de yer almaktaydı. Söz konusu fıkralar arasında göze çarpan tek farkın, “ve benzeri sebeplerle” ifadesinin eklenmesi olduğu ileri sürülmektedir¹³⁴. Oysa tek farkı, “ve benzeri” ifadesinin eklenmesi oluşturmamakta, bundan başka, “renk” kelimesinin de eklendiği görülmektedir¹³⁵. Esasen, “ve benzeri sebeplerle”, “renk” ifadesini de kapsar ve hatta bunu gereksiz kılar¹³⁶. Zira ayrımcılık nedenlerinin “örnek” olarak sayıldığı, 1982 Anayasasına eklenen “ve benzeri” ifadesi ile açıkça ortaya konmuştur¹³⁷. Böylece, açıkça sayılanlar dışında birinci fıkroda sayılmayan yaş, engel, ulusal ya da etnik köken, cinsel yönelim gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklar da madde kapsamında kabul edilmiştir¹³⁸. Ayrım yasaklarının bu şekilde

¹³³ Eşitlik ilkesi de sosyal güvenlik hakkı gibi “herkes” için kabul edilmiştir. Bu durum, yukarıda özetlenen ulusal üstü sözleşmelerde benimsenen anlayışla da uyumludur. Gerçekten, seçilen “herkes” öznesi kişiler yönünden uygulama alanı bakımından fark yapılmadığını ortaya koyar. Buna göre, kişinin yaptığı işin niteliği, sosyal statüsü, yaşı vb. özellikleri ne olursa olsun, kanun önüne eşitlik ilkesi kuralı olarak herkes için geçerli bir anayasal ilkedir. Bundan dolayı da herkes için dava edilebilir temel bir haktır. bkz. **Gülmez**, 67.

¹³⁴ **İnceoğlu**, 48.

¹³⁵ **Öden**, 129, **Gülmez**, Aykırı Düşünceler, 233.

¹³⁶ **Gülmez**, 65.

¹³⁷ **Gülmez**, Aykırı Düşünceler, 233.

¹³⁸ **Gülmez**, Aykırı Düşünceler, 234.

genişletilmesiyle AYM'nin yapacağı denetimlerde takdir yetkisinin genişletilmesine sebebiyet vermiřtir¹³⁹.

b) Eşitlik İlkesinin Anayasada Düzenlendiği Yer Bakımından Doğurduğu Sonuç

1961 Anayasasında erylilik ilkesi, temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda ise, kanun önünde erylilik ilkesine genel esaslar içinde yer verilmiştir. Konunun düzenlendiği yer itibariyle eryliliğin sadece temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerekip gerekmediği belirlenmelidir. Bu şekilde ilkenin işlevi daha net bir biçimde ortaya konacaktır.

Yukarıda metni aktarılan 10. maddenin son fıkrasında devlet organlarının ve idare makamlarının kanun önünde erylilik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları belirtilmiş ve madde gerekçesinde de erylilik ilkesi, hak olarak nitelendirilmiřtir¹⁴⁰. Maddenin bütününün gerekçesinin dikkate alınması da ilkeye yüklenecek anlam ve ilkenin işlevinin tespiti bakımından önemlidir. Gerekçede “Madde, demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında da ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eryliliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde erylilik ilkesi sağlar. Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin devlet organları ve idari makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar.” şeklinde ifadeler yer almaktadır.

Konunun düzenleniş şekli, ilkenin hukuk devleti kavramı içinde yer alması sonucunu doğurabileceği gibi, bir temel hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel

¹³⁹ Özbudun, 148.

¹⁴⁰ Öden, 132.

ilke olarak da değerlendirilmesini gerekli kılar¹⁴¹. Öğretide de ifade edildiği üzere, ilkenin temel haklar kısmında yer almamış olması, eşitliğin aynı zamanda bir hak olarak kabul edilmesini engellemez. Bilakis, genel esaslarda yer alması eşitliğin hem bir temel ilke hem de temel bir hak olduğu görüşünü kuvvetlendirir¹⁴².

Anayasa'nın 138. maddesinde hakimlerin kanun ve anayasadan başka hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtilmiştir. Söz konusu hükmün benzeri 1961 Anayasasında da bulunmaktaydı ve madde gerekçesinde hakimlerin hüküm kurarken objektif kurallardan başka, hukuk ilkelerini de nazara alması gerektiği ifade edilmişti. AYM de hukuk devleti ilkesinden hareketle kanunların Anayasanın açık hükümlerinden önce, Anayasaya kaynaklık eden ve bütün uygar ülkelerde kabul edilmiş olan üstün, genel temel ilkelere uygun olmaları gerektiğini belirtmiştir¹⁴³. Daha net bir ifadeyle AYM tarafından hukukun genel ilkeleri, kanunların Anayasaya uygunluğu denetiminde ölçü norm olarak kullanılmaktadır. Her ne kadar, hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen genel ilkeleri arasında eşitlik ilkesi ifadesine kararlarda açıkça yer verilmemişse de, öğretide de ifade edildiği üzere, eşitlik ilkesinin hukukun genel ilkeleri arasında olduğu konusunda şüphe yoktur¹⁴⁴. Gerçekten, eşitlik ilkesi, anayasada açıkça yazılmamış olsa dahi, demokratik hukuk devleti anlayışına dayanan her hukuk düzeninde geçerli olan bir genel hukuk ilkesidir¹⁴⁵.

Sonuç olarak, eşitlik ilkesinin bu ilkeden yararlananlar açısından temel bir hak olarak eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurmaktadır¹⁴⁶. Ancak aynı zamanda, devlet organları ve idare makamları açısından da devlet yönetimine egemen olan temel bir ilke biçiminde anayasal buyruktur¹⁴⁷.

¹⁴¹ Özbudun, 147.

¹⁴² Tanör/Yüzbaşıoğlu, 119.

¹⁴³ AYM., 03.07.1986 t., E. 1986/3, K. 1986/15, (RG. 10.12.1986 t., S. 19307) www.hukukturk.com

¹⁴⁴ Öden, 126.

¹⁴⁵ Öden, 126.

¹⁴⁶ Özbudun, 147.

¹⁴⁷ Özbudun, 147.

c) Eşitlik Hakkı Gereğince Temel Haklardan Yararlanma

Eşitliğin aynı zamanda bir hak olduğu belirlendikten sonra, bu hakkın hangi alanlarla sınırlı olarak geçerli olacağı sorusu akla gelmektedir. Konumuz açısından, sosyal sigorta yardımlarının talep edilmesinde eşitliğin hak olarak yararlanıcılar için söz konusu olup olmayacağı tespit edilmelidir. Bunun sosyal güvenlik hakkı kapsamında yer alan sigorta yardımları bakımından da geçerli olduğu sonucuna ulaşıldığında, eşitliği yasama organını bu alanda da bağlayan bir ilke olarak değerlendirmek mümkün olur.

Özel kapsamlı uluslararası sözleşmelerde ya da AB Yönergelerinde eşitlik ilkesi ya da ayırım yasağı ilkesi, düzenlemenin kapsamına giren konuyla ilişkilendirildiği için, eşitliğin hangi haklar bakımından ve hangi alanda sağlanması gerektiği konusu çoğu zaman net biçimde belirlenir. Örneğin Sosyal Güvenlik Yönergesi, sosyal güvenlik hakkına sahip olma bakımından kadın-erkek arasında eşitliği sağladığından, eşitlik ilkesinin hangi hakla ve hangi alanda sağlanması gerektiği konusunda açıklık bulunur. Eşitlik ilkesine ilişkin genel nitelikteki düzenlemeler ise, eşitliğin her zaman sosyal güvenlik hakkı bakımından sağlanmasını gerekli kılmaz.

Anayasanın 10. madde hükmünde, eşitliğin “hak ve özgürlüklerden yararlanmada” söz konusu olduğu açıkça belirtilmemiştir¹⁴⁸. Farklı bir ifadeyle 10. maddede, eşitlik ile anayasal temel hak ve özgürlüklerden yararlanma arasında herhangi bir bağ kurulmamıştır. Buna mukabil, 1982 Anayasasının başlangıç kısmında yer alan “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu; Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve milli hayatın her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve Yurtta sulh, cihanda sulh arzu ve*

¹⁴⁸ Gülmez, Aykırı Düşünceler, 233.

inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu...” ifadelerini içeren 8. ve 9. paragraf, 10. madde ile birlikte düşünülmelidir.

Yer verdiğimiz ifadelerden de anlaşıldığı üzere, “eşitlik ile temel hak ve özgürlüklerden yararlanma arasındaki bağ”ı başlangıç kısmından çıkarmak mümkündür. Ayrıca bu bağ, sadece “eşitlik” ile değil, “sosyal adalet” ilkesiyle de ortaya konmuştur. Sonuç olarak Anayasanın başlangıç kısmında, vatandaşların “onurlu bir hayat sürdürme” ve “maddi ve manevi varlığını geliştirme” haklarının¹⁴⁹ hayata geçirilmesinin eşitlik ve sosyal adalet gereğince mümkün olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁰. Bununla birlikte, başlangıçta yer alan ifadelerin ve buradan çıkan sonuçların Anayasa hükmü şeklinde kabul edilip edilemeyeceği, farklı bir ifadeyle bunun norm değeri olup olmadığı belirlenmelidir. Başlangıç kısmının hukuki değeri, Anayasanın 2. ve 176. maddeleri ile açıklanmalıdır. AY. m. 2’de “*Türkiye Cumhuriyetinin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan [...] sosyal bir hukuk devleti*” olduğu belirtilmiştir. AY m. 176 hükmü gereği ise, başlangıç kısmı, metne dahildir.

AY m.2’de yer alan düzenleme gereği eşitlik ilkesinin “başlangıçta belirtilen temel ilke” özelliğine sahip olup olmadığı konusuna değinmek gerekir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, bu maddede “başlangıçta yer alan temel ilke” ifadesine yer verilmiştir. Öğretide başlangıçta sayılan ilkeler arasında eşitliğe yer vermeyen yazarlar bulunmaktadır. Gözler, başlangıç kısmından çıkan ilkeler arasında eşitliği saymamıştır. Buna mukabil, ilkeler arasında “her vatandaşın onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına yer vermiştir. Ancak yazar, bu ilkeye yer verirken bunu gerçekleştiren araçlardan olan ilkeye değinmemiştir¹⁵¹. Tanör ve Yüzbaşıoğlu da başlangıçta belirtilen ilkelerden temel ilkeler sıfatına dahil olabilecekler arasında eşitlik ve sosyal adalete yer vermemiştir¹⁵². Buna karşılık Özbudun, her ne kadar eşitlik ilkesine ayrıca değinmemişse de, 6. paragrafın tamamını başlangıç kısmından çıkan bir ilke olarak dikkate almıştır¹⁵³.

¹⁴⁹ Bu haklar öğretide aynı zamanda temel bir ilke olarak değerlendirilmiştir, bkz. **Gülmez**, 62.

¹⁵⁰ **Gülmez**, 59-60.

¹⁵¹ **Gözler**, 214.

¹⁵² **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, 83; aynı yönde **Erdoğan**, 185.

¹⁵³ **Özbudun**, 75.

Öte yandan, öğretide başlangıçta belirtilen ilkeler arasında eşitliği sayan görüşler de vardır. *Öden*, başlangıçtaki ifade nedeniyle eşitlik ilkesini, cumhuriyetin temel ilkeleri arasında değerlendirmiştir¹⁵⁴. *Gülmez* de, sosyal adalet ile eşitlik ilkelerini, anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma bağlamında cumhuriyetin niteliklerine eklenerek, sosyal hukuk devletini somutlaştıran dayanaklardan olduğunu ifade etmiştir. *Yazar*, tüm hak ve özgürlüklerden dolayısıyla ekonomik ve sosyal haklardan eşitlik ve sosyal adalete göre yararlanma ilkesinin aynı zamanda temel bir ilke olan onurlu bir yaşam sürdürme ile maddi ve manevi varlığı geliştirme haklarını geliştirme aracı olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁵⁵.

Kanımızca da eşitlik, Anayasanın başlangıç bölümünde, ikinci kısımda güvenceye bağlanan temel hakların hepsinden yararlanmada gözetilmesi gereken bir ilke niteliğindedir. Anayasa'nın 10. maddesine yansımayan ancak başlangıçta yer alan ifadelerden yola çıkarak saptanan bu yaklaşım uluslararası belgelerde benimsenen anlayışa da uygundur. Eşitliğin hukukun genel ilkeleri arasında olması da bu görüşü desteklemektedir. Dolayısıyla, özellikle sosyal hakları da kapsamak üzere, Anayasanın güvence altına aldığı tüm hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalete göre yararlanma hakkının tanındığı sonucuna ulaşılması gerekir¹⁵⁶.

d) Kanun Önünde Eşitlik İlkesinin Anlamı

aa) Genel Olarak

Yasama organının sosyal sigorta yardımını sağlayan düzenlemeleri yaparken eşitlik ilkesi ile ne ölçüde bağlı olacağı ortaya konmalıdır. Bu noktada ise, eşitliğin, sosyal haklardan yararlanma söz konusu olduğu durumlarda, kısaca “aynı durumda olanların, haklı bir neden olmadıkça aynı kurallara bağlı olmaları” şeklinde tanımlanan biçimsel (hukuksal) eşitlikle mi sınırlı olduğu, yoksa bunun ötesinde “sosyal eşitsizliklerin de

¹⁵⁴ *Öden*, 389.

¹⁵⁵ *Gülmez*, 62.

¹⁵⁶ *Gülmez*, *Aykırı Düşünceler*, 232.

giderilmesini kapsayan” maddi eşitliği de kapsayan bir anlam içerip içermediği belirlenmelidir.

bb) Ayrım Yasağı

Öğretide *Öden* tarafından 1961 ve 1982 Anayasalarında kanun önünde eşitlik ile özgül ayırım yasakları olmak üzere iki ayrı önermenin birleşik cümle yapısı içinde 10. maddenin birinci fıkrasında birleştirildiği ifade edilmiştir. Buna göre, “*Herkes...kanun önünde eşittir*” önermesi temel önermeyi oluştururken, “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyesi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin*” ifadesi ise, yan önermeyi oluşturur. Böylece, esas olarak özgül ayırım yasaklarıyla genişletilmiş, kanun önünde eşitlik formülünün kabul edildiği belirtilmiştir¹⁵⁷. Bu bağlamda eşitlik ilkesi ile kanunlarda hem Anayasanın açıkça saydığı nedenlerle ayırım yapılmasının yasaklandığı, hem de genel olarak haklarda ve ödevlerde yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda eşitliğin sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵⁸.

Gözler, maddenin ilk fıkrası ile şekli eşitlik anlamına da gelen mutlak eşitliğin emredildiğini, hangi düşüncelerle olursa olsun dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri bakımlardan kişiler arasında ayırım yapılamayacağını belirtmiştir¹⁵⁹.

Erdoğan ise, 10. madde ile eşitliğin hem olumlu hem de olumsuz biçimde tanımlandığını ifade etmiştir¹⁶⁰.

İnceoğlu, maddenin birinci fıkrası ile iki konuya dikkate çekildiğini ileri sürmüş ve hükümde hem genel olarak uygulanacak olan yasa önünde eşitlik ilkesinin yer aldığını,

¹⁵⁷ *Öden*, 130.

¹⁵⁸ *Öden*, 150.

¹⁵⁹ *Gözler*, 213.

¹⁶⁰ *Erdoğan*, 173.

hem de dil din, ırk gibi benzeri sebeplerle ayırım yapılmamasının özel olarak belirtildiğini açıklamıştır¹⁶¹.

Gülmez ise, ilkenin birbirinin ayrılmaz parçası niteliğini oluşturan olumlu ve olumsuz yönleriyle beraber düzenlendiğini ifade ederek, birinci fıkradaki yükümlülüğün “ayırımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü” olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁶².

Tanör ve Yüzbaşıoğlu da maddenin birinci fıkrasının bütünüyle ayırımcılık yasağını düzenlediğini; eşitlik yükümlülüğünün ise, maddenin son fıkrası ile getirildiğini ifade etmiştir¹⁶³.

Öğretide, hüküm, ayırım gözetme yasağına yer vermeksizin düzenlenmiş olsaydı bile, eşitliğin ayırımcılık yasağını içeren üstün bir ilke olduğu da ifade edilmiştir¹⁶⁴. Gerçekten yukarıda da açıkladığımız üzere, eşitlik ilkesi ile ayırım yasağı arasında sıkı bir bağ vardır¹⁶⁵. Eşitlik ilkesi, “eşit davranma yükümlülüğünü” ve “ayırım yapmama yasağını” içerir¹⁶⁶. Eşitlik ilkesini, bunlardan sadece birisiyle düşünmek, ilkeyle hedeflenen amacın gerçekleşmemesini sağlar. Birinci fıkarda dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlere dayanılarak ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmesinin nedeni, bu sayılan yasakların eşitlik ilkesinin çekirdek alanı olduğu ve bu özelliklere dayalı sınıflandırmanın diğer özelliklere dayalı sınıflandırmaya göre çok daha sıkı denetim altında tutulması gerektiği gerekçesiyle ifade edilmiştir¹⁶⁷. Gerçekten, kişinin doğuştan sahip olduğu, değiştirmesinin mümkün olmadığı ya da değiştirilmesinin beklenmesinin söz konusu olmayacağı yasaklar bakımından ayırımcılığa ilişkin haklılaştırmanın yapılarak farklı düzenleme oluşturulması son derece zordur. Yoksa, ayırım gözetmeme yükümlülüğü maddede sayılan nedenlerin ya da bunların benzerlerinin dışında da geçerlidir¹⁶⁸. Nitekim birinci

¹⁶¹ *İnceoğlu*, 67.

¹⁶² *Gülmez*, 67.

¹⁶³ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, 120-121.

¹⁶⁴ *Gülmez*, *Aykırı Düşünceler*, 234.

¹⁶⁵ bkz. §2/II.

¹⁶⁶ bkz. §2/II.

¹⁶⁷ *İnceoğlu*, 49.

¹⁶⁸ *Gülmez*, *Aykırı Düşünceler*, 234.

fıkrayı keyfi ayrımlarla ilgili olarak anlamak gerektiği vurgulanmıştır¹⁶⁹. Kısaca ifade etmek gerekirse, “ayırım yasağı” ucu açık nedenlere dayalı olarak kanun önünde eşitlik ilkesinin olumsuz boyutunu güvence altına almıştır. Ayrımın neden kaynaklandığının önemi, bunun haklılaştırılmasında yatar. Aşağıda bu konu üzerinde durulmuştur.

Ayırım yasağına AYM tarafından yüklenen anlamın önemi büyüktür. Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesinin kabul edilmesiyle, yasama organının takdir yetkisinin eşitlik ilkesi bakımından sınırları, farklı bir ifadeyle kanunlarda eşitliğin sağlanması için karşılanması gerekli koşulların belirlenmesi görevi mahkemelere bırakılmıştır¹⁷⁰. Başka bir deyişle, ayırım yasaklarıyla genişletilmiş kanun önünde eşitlik ilkesinin ölçü norm olarak hukuki değerinin belirlenmesi konusundaki sorunların çözümü AYM’nin görevi kapsamındadır¹⁷¹. Bu bakımdan, Anayasa ve uluslararası antlaşmalardan başka, mahkeme içtihatları da eşitlik ilkesinin güvencesini oluşturur. Mahkeme içtihatları genellikle hukukun yardımcı kaynağı sayılırlar. Ancak kanunların Anayasa’ya uygunluğunu denetleyen mahkemelerin ve ülkemizde AYM’nin kararları hukukun yardımcı değil, bağlayıcı kaynağıdır¹⁷².

AYM’nin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu ve yerleşik içtihadı haline gelen bir kararı uyarınca; “...Anayasanın eşitlik başlığını taşıyan 12. maddesinin ikinci fıkrasında “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz şeklindedir.” Bu maddenin birinci fıkrasında ise “Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” hükmü yer almıştır. Bu maddenin birinci fıkrasında anlatılan kanun karşısında eşitlik ilkesi, ikinci fıkrasında hükme bağlanan hiçbir kişiye veya topluma imtiyaz tanınamayacağı hükmü ile, bugün için, bir bütün meydana getirmektedir. Gerçekten, ikinci fıkra, bir tek kişiye veya bir takım topluluklara, aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımak yoluyla Kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesini yasak etmekle birinci fıkra hükmünü başka bir yönden açıklamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, kanun karşısında eşitlik demek, bütün yurttaşların hepsinin her

¹⁶⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 120.

¹⁷⁰ Öden, 162.

¹⁷¹ Öden, 144.

¹⁷² Öden, 125.

yönden aynı hükümlere bağlı tutulmaları demek değildir. Bir takım yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez...”¹⁷³. Böylece AYM, Anayasada açıkça sayılan haller dışında yapılan kanuni ayrımların da eşitlik ilkesini ihlal edeceğini, ancak bu gibi durumların her zaman ilkeye aykırı düşmeyeceğini belirtmiştir. Kanun koyucunun sadece özgül ayırım yasaklarıyla sınırlandırıldığını kabul eden anlayış çağdaş eşitlik düşüncesi ile bağdaşmayacağından Mahkemenin yaklaşımı isabetlidir. Bu görüşün başka kararlarda da tekrarlandığı görülmektedir¹⁷⁴. Söz konusu tutum, aşağıda aktardığımız AİHM ve ATAD kararlarına benzerlik göstermektedir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, *hangi düşüncelerle olsun*, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri bakımdan kişiler arasında ayırım yapılamaz yaklaşımına¹⁷⁵ katılmıyoruz. Zira sosyal eşitliği sağlama düşüncesiyle kişiler arasında ayırım yapılması mümkün olmalı, çağdaş eşitlik anlayışı da bunu gerektirmektedir. Aşağıda da üzerinde durulacağı üzere, 2004 ve 2010 yıllarında olumlu ayrımcılığa açıkça imkan tanıyan düzenlemeler eklenmeseydi dahi, kadınlar, çocuklar, yaşlılar, engelliler, malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemezdi.

AYM bazı kararlarında dil, din, ırk ayırımı gözetilmesinin mutlak biçimde yasaklandığını, bunun dışında kalan alanlarda kanun önünde eşitliğin, ancak “yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında” söz konusu olabileceğine hükmetmiştir¹⁷⁶. Bu kararda bir üyenin karşı oy yazısı, kanun önünde eşitlik ilkesine yüklenmesi gereken anlamı ortaya koymak adına önem taşımaktadır. Karşı oy yazısında şu ifadeler yer verilmiştir: “*Kararın, esasın incelenmesi bölümünün (...Öte yandan Anayasa’nın 12. maddesinin getirdiği ilke; dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımlarının kanun önünde eşitliği bozmasını yasaklar.) cümlesi ile başlayan son bendinin yazılışı, eşitsizliğin yalnızca aynı yasa kuralına bağlı kişiler arasında ayırım yapılması durumunda ve yalnızca dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve*

¹⁷³ AYM., 29.11.1966 t., E.1966/11, K. 1966/44, (RG. 27.12.1967 t., S. 12787), www.hukukturk.com

¹⁷⁴ AYM., 30.06.1988 t., E.1988/1, K. 1988/26, www.hukukturk.com

¹⁷⁵ Gözler, 213.

¹⁷⁶ AYM., 19.06.1969 t., E. 1969/8, K. 1969/37, (RG. 18.05.1970 t., S. 13497), www.hukukturk.com

mezhep düşüncelerine dayanması koşulu ile gerçekleşebileceği izlenimi uyandırmaktadır; oysa eşitsizlik durumları aynı nitelikte bulunan kişilerin başka başka kurallara bağlı tutulmasında dahi söz konusu olabilir ve uygulamada eşitsizlik çoğunlukla bu biçimde ortaya çıkar. Bundan başka Anayasa'nın 12. maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet gibi yönler dolayısıyla yapılan hukuki ayrımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukuki eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 12. maddesinin dayandığı ilke birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka başka hukuk kurallarının öngörülmesinin yasaklanmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarında da aynı görüşe rastlanılmaktadır.” Söz konusu karşı görüş, çalışmamızda benimsediğimiz anlayışla son derece uyumludur. Gerçekten ayırım yasakları, sadece kişinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesinin beklenemeyeceği özelliklerinden ibaret olmayıp, bunun dışındaki alanlarda da yasama organının genel eşit davranma yükümlülüğü çerçevesinde ayırım yasakları devam eder. Din, dil, ırk vb. konularda da “mutlak” ayırım yasakları olmadığını, haklı neden olduğu sürece bu alanlarda da farklı düzenlemeler yapılabileceğini, ancak belirtilen alanlarda yapılan farklı düzenlemelerin ayrımcılık niteliğini taşımasını sağlayacak haklılaştırmaların son derece zor olduğunu tekrar belirtmek gerekir. Öğretide yukarıda belirtilen karşı oy yazısında ileri sürülmüş olan görüşlerin AYM'nin yerleşik içtihadının temellerine ışık tuttuğu ileri sürülmüştür¹⁷⁷.

cc) Eşitlik Yükümlülüğü

AY m.10'un son fıkrasında yer alan “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” düzenlemesi, Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun da belirttiği üzere “eşitlik yükümlülüğü”dür¹⁷⁸. Bu yükümlülük, başta yasama organı olmak üzere devletin bütün organlarını bağlar¹⁷⁹. Dolayısıyla Anayasa'da eşitlik, herkes için genel bir anayasal ilke ve anayasa

¹⁷⁷ Öden, 149.

¹⁷⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 120-121.

¹⁷⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 120-121.

güvencesine bağlanmış temel bir hak olarak yer almıştır¹⁸⁰. Bu bakımdan yararlanıcılar bakımından hak iken, muhatapların davranışına da kısıtlamalar getirir.

Eşitlik yükümlülüğü, yasama organını bağladığından yasaların yapım süreci bunun gözetilmesini gerekli kılar¹⁸¹. Bu noktada AY m. 10. uyarınca kanunların genelliğinin sağlanması gerektiği konusunda şüphe yoktur. Gerçekten kanunların genelliği, eşitlik ilkesinin bir sonucu olup Kanun hükümlerinin genel nitelikte olması, kimlikleri önceden belirli kişilere yönelmemesi, herkes için nesnel hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetmeden uygulanabilir olması anlamına gelir. Kimlikleri önceden belirli kişilere yönelen kanun hükümleri, hem kanunların genelliği ilkesine hem de eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder¹⁸².

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, yasama organının herkese sosyal güvenlik hakkı kapsamında sigorta yardımlarını aynı koşul altında sağlayıp sağlamaması gerektiği sorusu sorulabilir. Farklı bir ifadeyle, sigortalılar arasında nimet-külfet dengesinin nasıl gözetildiği eşitlik ilkesi bakımından dikkate alınmalıdır. Sosyal güvenlik, temelini güvenlik (sigorta) ve dayanışma kavramlarında bulur. Sosyal yardımlar dayanışma esasına dayanır¹⁸³. Sosyal sigorta ise, karşılık esasına dayanan yapıya sahip olup, Devlet, sosyal sigorta yardımlarını karşılıksız yapmaz¹⁸⁴. Sosyal güvenlik sistemlerinde gelirin yeniden dağıtım yöntemiyle sosyal riskle karşılaşan bireye ekonomik güvence sağlanır. Buna göre, gelirler üzerinden yapılan kesintiler, biriken fonlar aracılığıyla, sosyal güvenlikli yararlanması gerekenler arasında yeniden dağıtılır¹⁸⁵. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, sosyal sigorta kuruluşu/kuruluşları, prim elde eder ve bu gelirleri finansman yöntemlerine göre değerlendirerek, sosyal riskle karşılaşanlara dağıtır. Sonuç olarak, “sosyal sigorta”, sigorta uygulaması olması nedeniyle karşılık esasına dayanır¹⁸⁶. Prim ödenmesi şartına bağlı olarak yararlanılması öngörülen bir hakkın, herkesi mutlak biçimde kapsamaması mümkün değildir.

¹⁸⁰ **Gülmez**, Aykırı Düşünceler, 234.

¹⁸¹ **Gören**, 426.

¹⁸² **Öden**, 163.

¹⁸³ **Kaboğlu**, Sosyal Haklar, 19.

¹⁸⁴ **Sözer**, Sosyal Hukuk, 26; **Kaboğlu**, Özgürlükler, 290; **Omay**, 19.

¹⁸⁵ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 9.

¹⁸⁶ **Omay**, 77.

AY m.10'un ayırım yasağı ve genel eşit davranma yükümlülüğü şeklinde ulaşılan anlamları, sosyal sigorta yardımının sağlanması konusunda mutlak eşitliği öngörmez. Gerek ayırım yasağı gerekse eşit davranma yükümlülüğü, keyfilik yasağı olarak algılanmalıdır. Dolayısıyla, ayrımlar keyfi olmadığı sürece, sosyal güvenlik gibi sosyal hakların aynı anda herkese tanınmaması ya da bazılarının bundan yararlanamaması ayrımcık oluşturmaz¹⁸⁷. Yasama organı tarafından kanunun yapılması sürecinde oluşturulan farklar haklılaştırıldığı sürece keyfilik söz konusu olmaz. Haklılaştırılma konusunda ise aşağıda belirtmiş olduğumuz esaslar dikkate alınmalıdır. Mutlak eşitliğin benimsenmemesinin sonucu olarak, insanların özellikleri, durumları, ihtiyaçları arasındaki benzerlikleri yasama organı sınıflandırarak tanımlar¹⁸⁸.

Ayırım yasağına ve eşitlik yükümlülüğüne ilişkin AYM görüşü doğrultusunda kısaca genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, AYM kararlarında eşitlik ilkesinin sadece kanunların herkese eşit ve tarafsız uygulanmasını değil, kanunlarda da eşitliğin sağlanmasını amaçladığı sonucuna ulaşmıştır¹⁸⁹. Ancak kanunlarda eşitliğin sağlanması da sadece ayırım yasaklarıyla sınırlı tutulmamıştır. Anayasada açıkça sayılan ayırım yasaklarından başka, genel olarak yararlar ve yükümlülüklerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren bir ilke olarak yorumlamıştır. Böylece özel bir ayırım yasağı dışında, genel eşit davranma ilkesi olarak bazı koşullarda ayrıma izin veren ilke olarak kabul edilmiştir¹⁹⁰. Bununla beraber, mutlak eşitlik anlayışı benimsenmemiş, aynı hukuksal durumda bulunanların aynı kurallara bağlı tutulması gerektiği, ayırımı haklı kılan nedenler olduğu sürece yapılan farklılıkların keyfi olmadığı ve ilkeye de aykırı bulunmadığı sonucu benimsenmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse, AYM kararlarında iki bakış açısı sık biçimde kendini göstermektedir: ilk olarak AYM, aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, farklı hukuksal durumda olanların farklı kurallara bağlı tutulmasının ilkeye aykırılık oluşturmayacağını

¹⁸⁷ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 120.

¹⁸⁸ İnceoğlu, 50.

¹⁸⁹ AYM., 29.11.1966 t., E.1966/11, K.1966/44, (RG.27.12.1967 t. S. 12787); AYM., 19.06.1969 t., E.1969/8, K.1969/37; AYM., 30.06.1988 t., E.1988/1, K.1988/26, www.hukukturk.com

¹⁹⁰ Öden, 150.

belirtmekte ve ikinci olarak farklı düzenlemelerin haklı bir nedeninin olup olmadığını belirlemektedir¹⁹¹.

dd) İmtiyaz Yasağı

Ayrımcılık gibi, “imtiyaz tanıma” da “hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” şeklinde düzenlenen AY m.10/4 hükmü ile yasaklanmıştır. Esasen ayrımcılık ve imtiyaz tanıma bir durumun farklı iki görünümünü temsil eder. Bir grup aleyhine ayrımcılık yapılması, diğer gruba imtiyaz tanındığı anlamına da gelir veya bir gruba imtiyaz tanınması diğer grup için ayrımcılık oluşturur. Yukarıda ayrımcılık ile ilgili uluslararası kaynaklardaki düzenlemeler ortaya konarken de belirtildiği üzere, ayrımcılık kavramını açıklamak için kullanılan ifadelerden biri de “üstün tutma” dır¹⁹². İmtiyaz tanınması, bir kişinin ya da grubun üstün tutulması anlamına geleceğinden, bu durum ayırım yasağından ayrı düşünülemez.

Böylece kısaca ifade etmek gerekirse, şekli anlamda eşitlik gereği, 10. maddenin herkesin içeriği ne olursa olsun ortak bir hukuk sistemine bağlılığı ifade ettiği konusunda şüphe yoktur. Ancak ilkeye yüklenen anlam bunlardan ibaret olmayıp, ilke yasama organını kanunlar yaparken de bağlamaktadır.

AYM imtiyaz yasağına da vurgu yaptığı bir kararında eşitlik ilkesi ile kanunda eşitliğin sağlanması gerektiğine vurgu yaparken, hukuk devleti anlayışından hareket etmiştir. Kararda “...Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir[...]Hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeline oturur. Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur. Böyle bir kavram her türlü imtiyazı red eder...” şeklinde ifadeye yer vermiş; başka bir kararında ise şu açıklamaları yapmıştır: “...Hukuk devleti demek, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün

¹⁹¹ İncoğlu, 53, 54, 61. Bu kararlar için bkz. AYM., 13.01.1977 t., E.1976/45, K.1977/1, (RG.28.03.1978 t., S. 16242); AYM., 27.03.1984 t., E.1983/12, K.1984/5, (RG.07.08.1984 t., S.18482); AYM., 25.12.1964 t., E.1964/36, K.1964/77; (RG..21.04.1965 t., S. 11981); AYM., 15.03.1988 t., E.1987/30, K.1988/5, (RG. 28.07.1988 t., S. 19882); AYM., 28.04.1983 t., E.1981/13, K.1983/8, (RG.09.04.1984 t., S.18367); AYM., 11.12.1986 t., E.1985/11, K.1986/29, (RG. 18.04.1987 t., S. 19435) www. hukukturk.com.

¹⁹² bkz. §2.

*davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Çünkü insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuka ve Anayasa'ya uymayan bir yönetimi, bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan güç, yargı denetimi gücü ve yetkisidir.”*¹⁹³ Görüldüğü üzere, AYM ilkeyi hukuk devletinin unsurlarından kabul ederken, devletin herhangi bir imtiyaz tanıyamayacağını belirtmiş ve imtiyazın konusu, kaynağı üzerinde durmamıştır¹⁹⁴. Diğer kararında devletin yargı denetimine tabi olduğuna, özellikle inan haklarına saygılı ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurmak görevine sahip olduğuna vurgu yapılmıştır. AYM tarafından her ne kadar eşitlik ilkesi hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendirilmişse de, günümüz çağdaş eşitlik anlayışı çerçevesinde ilkenin sosyal hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendirilmesi daha yerinde olur.

ee) Olumlu Ayrımcılık

Belirli bir kişiye kanunla yükümlülük getirilemeyeceği konusunda tartışma yoktur. Bu durum kanunların genel nitelik taşımasının da bir sonucudur. Bu bakımdan, belli bir kişiyi kanuni yükümlülüklerden kurtaran veya belli bir kişiye bir takım özel yararlar sağlayan kanun hükümlerinin eşit davranma yükümlülüğüne veya ayırım yasağına ya da imtiyaz yasağına aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak kamu yararı gerekçesiyle bu tür düzenlemelerin eşitsizlik yaratmayacağı da ileri sürülmüştür¹⁹⁵. Anayasamızda yer alan düzenlemeler olumlu ayrımcılığın yapılmasına olanak sağlar. Gerçekten, fiili eşitsizliklerin giderilmesi konusunda devletin Anayasa'da yer alan hükümlerle açıkça yükümlü kılındığı görülmektedir. Anayasa'nın 61. maddesinde “*Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır. Yaşlılar, Devletçe korunur, Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu*

¹⁹³ AYM., 27.01.1977 t., E.1976/43, K.1977/4, (RG. 21.04.1977 t., S. 15916), www.hukukturk.com

¹⁹⁴ AYM eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu ifade ettiği kararları vardır, bkz. AYM., 08.10.1991 t., E.1991/34, K.1991/34 (RG. 12.12.1991 t., S. 21079); AYM., 19.07.1991 t., E.1991/15, K.1991/22 (RG. 31.07.1991 t., S. 20946) kararlar için bkz. www.hukukturk.com

¹⁹⁵ Öden, 166.

amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur” düzenlemesiyle, sosyal güvenlik hakkı bakımından özel olarak korunması gerekenler belirtilmiştir. Böylece söz konusu kişiler lehine yapılan farklı muamele, ayrımcılık yasağının eşitlik yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaz.

Anayasa’nın 61. maddesinden başka, 10. maddede olumlu ayrımcılığa ilişkin açık düzenleme bulunmaktadır. 10. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan *“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”* ifadeleri, bunu göstermektedir. Bu bakımdan, koruma gerektirecek grup aleyhine fiili eşitsizlik olan durumlarda, eşitsiz konumu dengelemek amacıyla ayrımcılık yapılması mümkündür¹⁹⁶. Bu durumda ortaya çıkan olumlu ayrımcılığın ilkeye aykırı olduğu ileri sürülemez.

Açıklananlar doğrultusunda ifade etmek gerekir ki, Anayasanın 10. maddesi eşitlik ilkesine, “kanun önünde eşitlik” yani biçimsel eşitlik olmanın ötesinde bir anlam yüklemiştir. Buna göre Anayasadaki anlamıyla eşitlik ilkesi, sosyal hakları eylemli olarak kullanmanın söz konusu olduğu durumlarda “aynı durumda olanların, haklı bir neden olmadıkça aynı kurallara bağlı olmaları” şeklinde tanımlanan biçimsel eşitlikle sınırlı olmayıp, sosyal eşitsizliklerin giderilmesini ya da hafifletilmesini kapsayan maddi eşitliktir. Sonuç olarak, Anayasanın dayandığı eşitlik, sosyal adalet, sosyal hukuk devlet ilkeleriyle birlikte okunmalı ve kanun önünde eşitlik ilkesi biçimsel eşitliğe indirgenmemelidir¹⁹⁷. Dolayısıyla konumuz açısından bakılacak olursa, sigortalıların kanun hükmü uyarınca sigorta yardımından eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanması AYM tarafından denetlenebilmelidir.

Kısaca, AY m.10 hükmünden çıkan anlamlar, ayrımcılık yasağı (fıkra 1), ayrıcalık yasağı (fıkra 4), olumlu ayrımcılık yükümlülüğü (fıkra 2), eşitlik (fıkra 5) olarak

¹⁹⁶ Gözler, 213; İncoğlu, 49.

¹⁹⁷ Gülmez, Aykırı Düşünceler, 232.

sayılabilir¹⁹⁸. Kanımızca, Anayasanın 10. maddesi “Herkes Eşittir.” şeklinde bir ifadeyi içerseydi de bu sonuçlar ortaya çıkardı. Gerçekten ayırım yasağı ve genel eşit davranma yükümlülüğü arasında ortaya koyduğumuz sıkı bağ, ifadenin ayırım yasağını kapsadığı sonucunu doğurur. Bundan başka, ortaya koyduğumuz ifade olumlu ayrımcılığı sağlayacağı gibi, dolaylı ayrımcılığı da etkiler. Zira eşitliğin başlangıçta sayılan ilkeler arasında kabul edilmesinin sonucu olarak, AY m. 2 gereğince, eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi ile sınırlı olmaksızın cumhuriyetin değiştirilemez niteliklerinden biri düzeyine yükseltilmiştir¹⁹⁹. Anayasanın 4. maddesi uyarınca, söz konusu maddenin değiştirilmesi, değiştirilmesinin teklif dahi edilmesi söz konusu değildir. Ancak unutulmamalıdır ki, Anayasa, sosyal adalet ile eşitlik ilkelerini anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma bağlamında cumhuriyetin niteliklerine eklemekte ve bu şekilde sosyal hukuk devletini somutlaştırmaktadır²⁰⁰.

Anayasanın başlangıç kısmında sosyal haklardan eşitlik ve sosyal adalete göre yararlanma ilkesi, onurlu bir yaşam sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarının aracıdır. Dolayısıyla, salt biçimsel eşitlik bu amacı gerçekleştirmede yetersiz kalır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, eşitlik ve sosyal adalet başlangıçta belirtilen diğer ilkelerle beraber değiştirilemez ilkeler düzeyindedir²⁰¹. Bu anlayış, kanun önünde eşitlik ilkesine sosyal içerik de kazandırmıştır. Başlangıçta yer alan esaslar gereği, AY m. 61 ve AY m.10/2,3 düzenlemeleri olmasaydı da eşitlik sadece biçimsel değil, uygulamada sosyal eşitsizliklerin giderilmesini ya da azaltılmasını da kapsayan maddi bir eşitlik olarak kabul edilmeliydi. Buna mukabil, Anayasa öğretisinde AYM’nin hukuka uygunluk denetimi yaparken başlangıçtaki ilkelere değil, Anayasa metninde karşılığı olan maddelerdeki ilkelere dayanmasının uygun olduğu görüşü ileri sürülmüştür²⁰². *Özbudun*’a göre, AYM anayasaya uygunluk denetimi yaparken, başlangıçtaki ifadelerden aydınlatıcı nitelikte destek ölçü norm olarak yararlanmalı ve esas ölçü norm olarak bu ilkelerin anayasa maddelerinde somutlaştırılmış biçimlerine dayanması daha

¹⁹⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 121.

¹⁹⁹ Gülmez, *Aykırı Düşünceler*, 231.

²⁰⁰ Gülmez, 62.

²⁰¹ Gülmez, 62.

²⁰² Özbudun, 75.

doğrudur. *Gözler* de benzer biçimde açık hüküm varken, başlangıçtaki hükümler ölçü norm olarak kullanılamaz şeklinde görüşü açıklamıştır²⁰³.

Gülmez'in de ifade ettiği üzere, başlangıçtaki ilkeler, maddelerde daha somut ve ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Maddi içerik yönünden madde metnindeki düzenlemede bulunmayan farklı bir boyutuyla ve daha ileri güvence getiren bir içerikle başlangıçta yer alıyorsa, başlangıçtaki ilkeyi görmeyip salt madde metni ile yetinmek Anayasaya aykırıdır. Başlangıçtaki eşitlik ilkesi de anayasaya uygunluk denetiminde göz önüne alınabilecek somutluk ve açıklık içermekte, norm değeri taşımakta ve maddi eşitliğin güvencesi olarak 10. maddeyi tamamlamaktadır²⁰⁴. Bu bakımdan, herkes eşittir ifadesi, sosyal eşitsizlikleri gidermede yeterli sayılacağından, “*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*” düzenlemesi olmasaydı da sosyal hukuk devlet ilkesi ve bunu yansıtan AY m.61 hükmü bu sonucu zorunlu kılardı.

§4. Uluslararası Belgelerde Sosyal Güvenlik Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı İlkesi

I. Genel Olarak

Günümüzde uygar devletlerin kendilerini uluslararası hukuk kurallarından tecrit ederek varlığını sürdürmesi neredeyse imkansızdır. Devletler ulusal hukukta öngörülen kurallar yanında uluslararası hukuk kurallarıyla da bağlı ve şartlıdır. Nitekim Anayasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere, uluslararası insan hakları bildiri ve sözleşmeleri Anayasalarımızın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında kaynak olmuşlardır. Bunlardan başka, AY m. 90/5 hükmünde usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. AYM de Anayasanın eşitlikle ilgili hükümlerini yorumlarken ülkemizin katıldığı uluslararası sözleşmeleri ölçü norm olarak kullanmaktadır²⁰⁵. Dolayısıyla, Türkiye Cumhuriyeti'nin katıldığı uluslararası insan hakları bildiri ve sözleşmelerinin eşitlikle ilgili hükümleri de

²⁰³ *Gözler*, 214.

²⁰⁴ *Gülmez*, 63.

²⁰⁵ AYM., 21.05.1981 t., E. 1980/29, K. 1981/22; AYM., 11.09.1987 t., E.1987/1, K. 1987/18 (RG. 29.03.1988 t., S. 19769) www.hukukturk.com

sosyal güvenlik hukukunda eşitlik ilkesinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda yardımcı olacaktır. Gerçekten eşitlik ile ilgili olarak çağdaş insan hakları belgesinde düzenlemelerin yer almaktadır²⁰⁶. Sadece ülkemizin onayladığı sözleşmeler değil – Türkiye’nin AB’ye uyum çabasında olduğu düşünüldüğünde- AB mevzuatındaki düzenlemeler de dikkate alınmalıdır. Hiç kuşku yok ki, belgelerde yer alan hükümler yanında, yargı organlarınca verilmiş eşitlik ile ilgili kararlar da göz önünde bulundurulmalıdır.

İfade etmek gerekir ki, uluslararası düzenlemelerin ve yargı kararlarının bir kısmına eşitlik ve ayrımcılık kavramları incelenirken yer verilmiştir²⁰⁷. Burada yukarıda değinilmeyen uluslararası belgelerin sosyal güvenlikle ilgili düzenlemeleri, eşitlik ilkesi dikkate alınarak incelenmiştir.

II. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

a) Ayrımcılığa İlişkin Düzenleme

Avrupa Konseyi, Avrupa ayrımcılık hukukunun oluşumunda çeşitli hukuk kaynaklarından yararlanmak suretiyle önemli bir rol oynamıştır. Bu kaynaklardan ilki ve en önemlisi, şüphesiz, AİHM tarafından etkinliği sağlanan ve uygulanan AİHS olmuştur. Ancak ne AİHS’de ne de ikinci önemli kaynak olma özelliğine sahip Avrupa Sosyal Şartı’nda doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasındaki farklar açıkça ortaya konmuştur²⁰⁸. Buna rağmen, AİHS’nin gerek ulusal mahkemelerin kararlarında gerek ATAD kararlarında etkisi büyüktür. AİHS’nin ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine göre; *“Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık*

²⁰⁶ Dockes, 187.

²⁰⁷ bkz. §2.

²⁰⁸ Bell, 272.

yapılmadan sağlanır.” İfade etmek gerekir ki, 14. maddenin Fransızca metninin başlığında, 11 sayılı Protokolle yapılan değişiklikle “ayrımcılık yasağı” ifadesi eklenmiştir. Buna karşılık maddenin içeriğinde “hiçbir fark gözetmeksizin terimi yer almıştır. İngilizce metninin başlığında “ayrımcılık yasağı” ve içeriğinde ise “herhangi bir ayrımcılık gözetmeksizin” ifadeleri kullanılmıştır. Böylece, Fransızca metinde bulunan tutarsızlık, İngilizce metin içinde yoktur. Aşağıda da kısaca değindiğimiz *Belgian linguistics* kararında, AİHM, Fransızca metnin, İngilizce metin ışığında okunması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü işlem farklılığının yasaklanmadığı, yasağın tüm farklılıklara değil, sadece keyfi olanlarla ilgili olduğunu ifade etmiştir²⁰⁹.

AİHS m. 14’te belirli bir haktan ya da hakkın niteliğinden bahsedilmemiş, “sözleşmede tanınan hak” ifadesine yer verilmiştir. Bu bakımda 14. madde, AİHS’de ve ek Protokollerde öngörülen düzenlemeleri tamamlayıcı ve onlara bağlı olarak kullanılabilen bir hükümdür. Diğer bir ifadeyle, AİHS m. 14, Sözleşme ve ek Protokoller ile güvence altına alınan bir hak yahut özgürlük kapsamına giren olgular çerçevesinde uygulanabilir²¹⁰.

AİHS m.14 ile AİHS’de güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşitliğin sağlanması amaç edinilmiştir. Dolayısıyla, 14. maddenin uygulanabilmesi için, hüküm mutlaka Sözleşme’nin müstakil bir maddesi ile ilişkilendirilebilmelidir. Ancak bunun gerçekleşmiş sayılması için mutlaka diğer hükmün ihlal edilmiş olması şart değildir, tartışmalı meselenin Sözleşme hükümlerinden birinin konusuna girmesi yeterlidir. Daha net bir şekilde ifade etmek gerekirse, ihlal edildiği ileri sürülen sözleşme hükmü konusunda bir ihlalin saptanmadığı durumlarda da olayın 14. madde kapsamında incelenmesi ve bu madde hükmünün ihlal edildiği sonucuna varılması mümkündür²¹¹.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi ile ilgili olarak, AİHS’ne ilişkin 12 numaralı protokol

²⁰⁹ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 244.

²¹⁰ **Cousins**, 121; **Gözübüyük/Gölcüklü**, 401.

²¹¹ **Gözübüyük/Gölcüklü**, 401.

de önem arz etmektedir. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasındaki farklar Mahkeme'nin kararlarında daha fazla ortaya konurken, bunun 12 numaralı protokol ile AİHS'ye ilave edilmemesi isabetsiz olmuştur. Zira 12 numaralı ek protokol, ayrımcılık yasağının uygulama alanını genelleştirmiştir²¹². 14. madde Sözleşme'nin diğer maddeleriyle tanınan hak ve özgürlükler konusunda ayrımcılık yapılmasını yasaklarken, 1 Nisan 2005'te yürürlüğe giren 12 numaralı Protokol özerk bir ayrımcılık yasağı hakkı öngörmüştür²¹³. Protokol'ün "ayrımcılığın genel olarak yasaklanması" başlıklı 1. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır: "*Yasalarda belirtilmiş herhangi bir haktan yararlanmak cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi görüş veya her türlü düşünce, milli veya sosyal köken, azınlık mensubu olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statüyle ilgili olmak gibi her türlü ayrımcılığa karşı güvence altına alınmalıdır.*"²¹⁴ Görüldüğü üzere, ayrımcılık sadece sözleşmede yer alan haklarla sınırlı olarak ele alınmamış, hukuken korunmuş tüm haklardan yararlanmada ayrımcılık yasaklanmıştır²¹⁵. Farklı bir ifadeyle, düzenleme ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kapsamaktadır.

Protokolün 1. maddesinin ikinci fıkrasında "*Hiç kimse, kamu yetkililerinin özellikle 1. Fıkra da anılan nedenlere dayanan bir ayrımcılığa konu olamaz.*" düzenlemesi yer alır. Böylece, ayrımcılığa karşı koruma sadece haklarla sınırlı tutulmamış, kamu yetkililerinin işlemlerinden veya eylemsizliğinden doğan ayrımcılığa karşı da koruma getirilmiştir²¹⁶.

b) AİHS Kapsamında Ayrımcılığın Belirlenmesinde İzlenecek Yol

14. madde bakımından bir sorunun ortaya çıkması için, öncelikle *kıyaslanabilir* ve görece benzer kişiler arasında bir *farklı muamele* bulunmalıdır²¹⁷. Başka bir deyişle,

²¹² Handbook On European Non-Discrimination Law, 13. 12 numaralı protokolün genelleştirdiği ayrımcılık yasağı, onay koşulu nedeniyle genel bir uygulamaya dönüşmemektedir. Onaylayan azınlık için protokolün getirdiği genel koruma uygulanmaktadır, bkz. **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 271.

²¹³ Türkiye, protokolü 18.04.2001'de imzalamıştır.

²¹⁴ **Bell**, 190.

²¹⁵ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 272.

²¹⁶ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 272.

²¹⁷ AİHM, D.H. ve Diğerleri-Çek Cumhuriyeti, 13 Kasım 2007, §175 (Başvuru No. 57325/00); Burden – Birleşik Krallık, 28 Nisan 2008, §60, (Başvuru No. no. 13378/05), <http://www.echr.coe.int>

benzer durumdaki bireyle arasında hak ya da özgürlüklerden yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediği saptanmalıdır²¹⁸.

Bundan sonraki aşamada farklı muamelenin devletin sahip bulunduğu takdir alanında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirlenmelidir²¹⁹. AİHS m.14, ayrımcılık kavramını tanımlamadığı gibi doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarını da ayırt etmemektedir. Bu nedenle, yargı kararlarında, tutarlı bir “ayrımcılık” anlayışı oluşturma ihtiyacı doğmuştur²²⁰. Mahkemenin ayrımcılık yasağına dair içtihadına göre, yapılan ayrıma ilişkin makul ve objektif bir gerekçe ortaya konmamış ise m.14 kapsamında ayrımcılık yasağının ihlali mevcuttur²²¹. Dolayısıyla 14. madde ile sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayırım yasaklanmış değildir²²². Ayrım yasağı, “yapılan ayırımın meşru bir amaca hizmet etmemesi” ve “gözetilen amaç ile bu amaca ulaşmak için başvurulmuş yöntemler arasında makul bir orantı bulunmaması” halinde söz konusudur²²³.

Thlimmenos v. Greece (6 Nisan 2000) kararında AİHM, “AİHS kapsamında güvence altına alınmış haklardan faydalanmada, 14. madde ile öngörülmüş ayırım yapmama yasağı, devletler benzer durumdaki kişilere *objektif ve makul bir haklılaştırma* öne sürmeksizin farklı davrandıkları takdirde ihlal edilmiş olur” biçiminde sonuca ulaşmıştır. Devletler ayrıca, farklı durumlardaki kişilere yine objektif ve makul bir gerekçesi bulunmadan farklı davranmadıklarında da ayırım yasağını çiğnemiş olurlar” ifadelerini kullanmak suretiyle *Belgian linguistics*²²⁴ kararındakinden daha belirgin biçimde ayrımcılığa ilişkin görüşünü bildirmiştir²²⁵. Farklı durumdakilere farklı

²¹⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, 402.

²¹⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, 402.

²²⁰ Bell, 186.

²²¹ Bell, 186.

²²² Gözübüyük/Gölcüklü, 400.

²²³ AİHM, Van Raalte-Hollanda, 21 Şubat 1997, § 39 (Başvuru No:20060/92), <http://www.echr.coe.int>

²²⁴ Mahkemenin ayrımcılığa ilişkin yaklaşımı 23 Temmuz 1968 tarihli “Belçika dilbilim (Belgian linguistics)” kararında da açıkça ortaya konmuştur: Karar, Belçika’nın bazı bölgelerindeki Fransızca konuşan aileler tarafından, çocuklarının Fransızca konuşulan okullara gidebilmelerine yönelik sınırlandırmalar veya bu tür okullara ilişkin yasal düzenlemelerin az olması nedeniyle yapılan pek çok şikayeti ele almaktadır. Kararda AİHM’nin 14. maddeye yaklaşımı; “benzer durumdaki kişilere eşit muamele edilmesi” ve “farklı durumlardaki kişilere farklı muamele edilmesi” şeklinde iki kolu bulunan Aristocu eşitlik anlayışını yansıtmaktadır. Bundan başka, açıkça doğrudan ayrımcılık kavramına yer verilmemişse de Mahkeme’nin bu kararı bu ayrımcılık türünü de kapsayacak kadar geniştir. Bu kararı müteakip oluşturulan içtihat hukukunda daha az avantajlı muamele sonucu doğuran ayrımlara 14. madde bağlamında itiraz edilebileceği sabit hale gelmiştir, bkz. Bell, 189-189, <http://www.echr.coe.int>

²²⁵ Bell, 190.

davranılması şeklinde benimsenen anlayış, maddi eşitlik ilkesini öne çıkarmaktadır.

Bu doğrultuda, Mahkeme –her ne kadar bütün kararlarında söz konusu aşamalar açıkça ayırt edilemese de- ayrımcılık yasağına ilişkin üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme tarafından, öncelikle davada aynı veya benzer konumdakiler arasında farklı bir uygulama olarak nitelendirilebilecek bir olgu olup olmadığını tespit edilmekte, daha sonra ise bu uygulamanın objektif olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğine bakılmaktadır. Bunun için ise, iki farklı adım uygulanmakta, güdülen meşru bir amacın ve bu amaç ile kullanılan yöntemler arasında meşru bir orantısallık bağının varlığı irdelenmektedir²²⁶. Belirtmek gerekir ki, gerçekleştirilen uygulamanın “kamu yararı” gibi meşru bir amacı olsa dahi, güdülen amaç ile kullanılan yöntemler arasında orantılı bir ilişki yok ise, ayrımcılık yasağı yine ihlal edilmiş olmaktadır²²⁷. Söz konusu bu yaklaşım, aşağıda haklılaştırmaya ilişkin yaptığımız açıklamalarla paralellik göstermektedir. Bundan başka, ayrımcılık yasağı ile eşitlik arasında yukarıda ortaya koyduğumuz bağ²²⁸, AIHM’nin ayrımcılık yasağı bakımından tespit ettiği unsurların –ayrımcılık yasağı dışında kalan- genel anlamda eşitlik bakımından da geçerliliği sonucunu doğurmaktadır. Farklı bir deyişle, ayrımcılığın tespitinde izlenen yol ile genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünün belirlenmesinde izlenecek yol farklı değildir.

Mahkemenin içtihatlarına göre, taraf Devletlerin ne ölçüde ve hangi hallerde benzer durumlar arasında uygulama farklılıklarının haklılaştırılabilceğini tespit etmek hususunda belirli bir takdir yetkisi vardır²²⁹. Takdir yetkisinin ATAD kararlarında da ortaya konduğu belirtilmişti. Gerçekten, Divan tarafından üye ülkelerin yasal düzenlemelerinden kaynaklanan ve özellikle sosyal güvenlik alanındaki cinsiyetler arasındaki farklılıklara dikkate değer bir tolerans gösterilmektedir²³⁰.

²²⁶ Cousins, 128.

²²⁷ İncoğlu, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, 62

²²⁸ bkz. §2.

²²⁹ AIHM, Van Raalte-Hollanda, 21 Şubat 1997, § 39 (Başvuru No:20060/92), <http://www.echr.coe.int>

²³⁰ Doğan Yenisey, 1002.

Takdir yetkisinin kapsamı, somut olaya ve konuya göre değişmektedir. Öte yandan, kararlarında da ifade ettiği gibi, Mahkeme salt cinsiyete ve tabiiyete dayanan ayrımcılık hallerini nadiren Sözleşmeye uygun kabul etmektedir²³¹. Nitekim Mahkeme, *Burghartz/İsviçre* kararında, “cinsler arasındaki hak eşitliği eğiliminin kuvvet kazandığı günümüzde cinsiyete dayanan bir ayrımın kabulü için devletlerin çok daha ağırlıklı ve geçerli nedenlere sahip olması gerektiğini” ifade etmiştir²³². Böylece bir ayrımı meşru kılacak “objektif ve makul nedenler” kavramının bazı ayırım yasakları bakımından daha da yoğunluk kazandığı sonucuna ulaşılabilecektir²³³.

Mahkeme’nin, ekonomik ve sosyal stratejilere ilişkin önlemler konusunda ise, Devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu ifade ettiği görülmektedir. Mahkemeye göre, kendi toplumları ve toplumlarının ihtiyaçları hususunda doğrudan bilgi sahibi olmaları sebebiyle ulusal otoriteler, ekonomik veya sosyal konularda nelerin kamunun yararına olacağını uluslararası hakimlerden daha iyi değerlendirebilir ve Mahkeme, açıkça meşru bir temelden yoksun olmadıkça yasa koyucuların politik seçimlerine saygı duyacaktır²³⁴. Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, devletlere, sosyal politika konularında geniş bir tasarruf alanı/takdir hakkı tanınmış olmakla birlikte, ırk veya cinsiyet temelli her türlü ayrımcılığın haklılaştırılabilmesi için çok güçlü nedenlerin bulunması gerekmektedir²³⁵.

c) AİHS’de Sosyal Güvenlikte Ayrımcılık

Daha önce de belirttiğimiz gibi, şikayet konusu olayın sözleşmede yer alan hak ya da özgürlüklerden en az birisinin kapsamına girmediği durumlarda 14. maddenin uygulanma kabiliyeti yoktur²³⁶. AİHS’de sosyal güvenlik hakkı öngörülmemiştir. Bununla birlikte, Mahkemenin sosyal güvenlik sistemleri kapsamında yapılan ödemelere ilişkin uygulamaları, Sözleşmenin “özel hayata ve aile hayatına saygı

²³¹ *Cousins*, 128.

²³² *Gözübüyük/Gölcüklü*, 400.

²³³ *Gözübüyük/Gölcüklü*, 400.

²³⁴ AİHM, *Stec ve diğeri vs. Birleşik Krallık*, 12 Nisan 2006, § 39 (Başvuru No. 65731/01 ve 65900/01), <http://www.echr.coe.int>

²³⁵ *Wikeley/Ogus/Barendt*, 58.

²³⁶ *Gözübüyük/Gölcüklü*, 401.

hakkına ilişkin 8. maddesi”²³⁷ ile 1 no’lu Protokolün “mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddesi” kapsamında irdelediği görülmektedir²³⁸.

Mahkeme, modern, demokratik Devletlerde pek çok bireyin yaşamlarının bir kısmında ya da tamamında, hayatlarını idame ettirebilmek için sosyal güvenliğe ve sosyal yardımlara ihtiyaç duyduğunu, Devletlerin de bu kapsamda bireylere, belli şartları sağlamaları halinde, hak olarak çeşitli menfaatler sağladığını, ulusal yasa ile bir bireye bir kez böyle bir hak tanındığında, bu hakkın önemi gereği -bireyin bu hakkı kazanmak için önceden sisteme katkıda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın- 1 no’lu Protokol, m.1 uyarınca mülkiyet hakkı kapsamında ele alınması gerektiğini açıklamıştır²³⁹. Mahkeme içtihatlarında dikkat çeken husus, Devlet tarafından sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde sağlanan ödenek ya da yardımın alınan primlerle veya vergilerle karşılanıp karşılanmadığına bakılmaksızın mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilmesidir²⁴⁰. Mahkeme açısından önemli olan, bu yardım yahut ödeneğin belli koşullar çerçevesinde bireylere hak olarak tanınmasıdır.

14. madde hükmünde “bu sözleşmede tanınan” hak ifadesine yer verilmiş olması, ancak sözleşmede sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hakkın bulunmaması, sosyal güvenlik alanında ayrımcılığın yasaklanmadığı anlamına gelmemektedir. Sosyal güvenlik hakkı, “aile hayatına saygı” ve “mülkiyet hakkı” kapsamında kabul edilerek, sosyal güvenlik alanında da ayrımcılık yasaklanmıştır.

2. Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi)

Avrupa Konseyine üye ülkelerce 18.10.1961’de Torino’da imzalanan ve 26.02.1965’te yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartının²⁴¹ başlangıç kısmında, dördüncü paragrafta

²³⁷ 8. madde kapsamında değerlendirilen ayrımcılığa ilişkin örnek olarak örneğin, *Lusting-Prean and Beckett v. UK* (1999) kararında Mahkeme, eşcinsel kadın ve erkeklerin İngiliz ordusunda görev almaları yasağını, 8. maddeyle (özel hayata sahip olma hakkı) birlikte değerlendirip 14. maddeye aykırı bir ayrımcılık olarak kabul etmiştir. <http://www.echr.coe.int>

²³⁸ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 273.

²³⁹ AIHM, *Stec ve diğerleri vs. Birleşik Krallık*, 6 Haziran 2005, <http://www.echr.coe.int>

²⁴⁰ AIHM, *Gaygusuz v. Avusturya*, 16 Eylül 1996, § 41 (Başvuru No. 17371/90), <http://www.echr.coe.int>

²⁴¹ Avrupa Sosyal Şartı’na ek olarak bugüne kadar üç tane ihtiyari protokol kabul edilmiştir. Bunlar Avrupa Sosyal Şartına 4 yeni hak ilave eden Avrupa Sosyal Şartına Ek protokol, denetim sistemini etkinleştirmeyi hedefleyen

hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayırımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir²⁴². 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı’nda giriş bölümünde açıklandığı şekilde ayrımcılık yasağına yer verilmişse de şartın içeriğinde muamele eşitliği ya da ayrımcılık yasağına ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır²⁴³. Bununla birlikte şartın 1. maddesinin 2. paragrafını kabul eden devletler, ‘çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde korumayı’ taahhüt ederler. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi,— Şart’ın başlangıcıyla birlikte— bu maddeyi, iş yerinde her türlü ayrımcılığın engellenmesi olarak değerlendirmiştir²⁴⁴.

Avrupa Sosyal Şartı kapsamına yeni haklar eklenerek güncellenmiş ve 03.05.1996 tarihinde “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” olarak kabul edilmiş, 01.07.1999 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Şartta yer alan hakların sayısını artıran ve kapsamını geliştiren gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın birinci bölümünde 31 sosyal hak ve ilkeye yer verilmiştir. Bu sosyal hak ve ilkelerin tamamı yeni nitelikte değildir. Zira Avrupa Sosyal Şartı’nda ve Avrupa sosyal Şartı’na değişiklik getiren Protokol’de yer alan haklara yer verilmiş, ancak bunlardan başka yeni haklar da eklenmiştir²⁴⁵.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, ayrımcılık yasağını “E” maddesinde düzenlemektedir. Buna göre “*Bu şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacaktır.*” Ayrımcılık yasağı, AİHS sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmede yer alan haklarla ilgili olarak sağlanmıştır. Bu bakımdan şartta sosyal güvenlik ile ilgili hakların varlığı dikkate alınmalıdır.

Konumuzla ilgili olarak şartta öngörülen ilkeler arasında, herkesin ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemlerden faydalanma; tüm çalışanların ve geçimini temin ettikleri kişilerin sosyal

Avrupa Sosyal Şartı’na Değişiklik getiren protokol ve toplu şikayet usulünü getiren Avrupa Sosyal Şartına Toplu Şikayet Sistemi öngören Ek Protokoldür, bkz. **Gül/Karan**, 65.

²⁴² **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 278.

²⁴³ **De Schutter**, 56.

²⁴⁴ **De Schutter**, 56; **Gül/Karan**, 66.

²⁴⁵ **Gül/Karan**, 66.

güvenlik; yeterli kaynaklardan yoksun herkesin sosyal ve sağlık yardımı; herkesin sosyal refah hizmetlerinden yararlanma; engelli kimselerin engellerinin nedeni ve niteliği ne olursa olsun, mesleki eğitim, rehabilitasyon ve topluma yeniden intibak; medeni hallerine ve aile ilişkilerine bakılmaksızın, analar ve çocuklar uygun sosyal ve ekonomik korunma; bir akit taraf göçmen işçilerin ve ailelerin herhangi bir başka akit tarafın ülkesinde korunma ve yardım hakkına sahip olması sayılabilir. İşte bu haklar, E maddesi gereği ayırım gözetilmeksizin sağlanacaktır.

İlkelerin kaleme alınışından ilk bakışta sadece çalışanlara ve geçimini temin edenlere sosyal güvenlik hakkı tanınmış gibi bir izlenim doğsa da, esasen şartta maddi yetersizlik içinde bulunanlara da yardım yapılması öngörülmüştür. Bunlardan başka korunmasına özel önem verilen engellilerin özel durumları, analar ve çocukların medeni halleri ve aile ilişkileri dikkate alınmaksızın korunacakları belirtilerek, bunlara ilişkin korumayla gerçek eşitliğin sağlanması amaç edinilmiştir.

Sosyal bir hak olarak sosyal güvenlik hakkı, taraf devletler için hukuksal yükümlülüklerin öngörüldüğü 2. bölümde 12. maddede düzenlenmiştir. Maddede kişilerin sahip olması gereken sosyal güvenlik hakkının içeriğinden çok, hakkın sağlanmasına yönelik devletin yükümlülükleri yer almıştır. Anılan madde “Akit Taraflar, sosyal güvenlik hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere: 1. sosyal güvenlik sistemi kurmayı ya da korumayı; 2. Sosyal güvenlik sistemini “Sosyal Güvenliğin Asgari Normlara İlişkin Standartlarına İlişkin 102 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin” onaylanması için gereken düzeyden daha düşük olmamak üzere yeterli bir düzeyde tutmayı; 3. Sosyal güvenlik sistemini giderek daha yüksek bir düzeye çıkarmaya çalışmayı; 4. Uygun ikili veya çok taraflı sözleşmeler yaparak ya da başka yollarla bu sözleşmelerde yer alan koşullara bağlı olarak; a. Korunan kişilerin Akit Ülkeler arasında ne suretle olursa olsun yer değiştirmeleri sırasında, diğer Akit Taraf vatandaşları ile sosyal güvenlik mevzuatından doğan yardımların muhafazası dahil olmak üzere sosyal güvenlik hakları itibari ile kendi vatandaşları ile kendi vatandaşlarının eşit muamele görmelerini; b. Akit Taraflardan her birinin mevzuatına göre tamamlanan sigorta ve çalışma sürelerinin birleştirilmesi yoluyla sosyal güvenlik haklarının verilmesi, sürdürülmesi ve yeniden başlatılmasını sağlamak için girişimlerde bulunmayı taahhüt ederler.” şeklinde düzenlenmiştir.

Metni aktarılan hükümde 102 sayılı Sözleşmeye atıf yapılarak sosyal güvenliğe ilişkin korumanın asgari olarak sağlanması, daha sonraki aşamada ise sistemin geliştirilerek yüksek düzeye çıkartılması öngörülmüştür. Bundan başka, şartta taraf ülkeler arasında kişilerin her ne sebepten olursa olsun yer değiştirmeleri halinde, bunların sosyal güvenlik hakları açısından gittikleri taraf devlet vatandaşlarıyla eşit muamele görmeleri gerektiği belirtilerek, devletin eşit işlem yükümlülüğü ortaya konmuştur. Dikkat edilirse, eşit işlem yükümlülüğü incelediğimiz diğer belgelerde olduğu gibi sadece sözleşmeye taraf devlet vatandaşları için öngörülmüştür. Devletler bu yükümlülüğünü ikili ya da çok taraflı anlaşmalar yaparak veya başka yollarla yerine getireceklerdir. Hükümün devamında 118 sayılı Sözleşmedeki amaca benzer şekilde, kazanılmış hakların korunmasını sağlamak üzere, bir üye devlette geçen sigorta ve çalışma sürelerinin birleştirilmesini öngören düzenlemelerin yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

“Sosyal ve Tıbbi Yardım” başlıklı Şartın 13. maddesi gereği, akit devletler yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı taahhüt etmişlerdir. Burada sosyal güvenliğin yoksullara yardım amacının öne çıkartılarak sağlık yardımlarının maddi açıdan güçsüz durumda olanlara yapılması da öngörülmüştür. Bu şekilde sosyal adaletin sağlanması suretiyle gerçek anlamda eşitlik elde edilebilecektir. Taraf devletler bu yükümlülüklerini, ülkelerinde yasal olarak bulunan diğer üye devlet vatandaşları için de eşit şekilde yerine getireceklerdir.

3. Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu

UÇÖ’nün 102 sayılı Sözleşmesi esas alınarak Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve 16.04.1964 de kabul edilen ve 17.03.1968 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu’nun 73. maddesi, *“Akit Taraflar yabancılar ve göçmen işçilerin sosyal güvenliği ile ilgili sorunlardan özellikle bunların kendi vatandaşları, ile eşit muamele görmelerinde ve kazanılmış haklarla kazanılmak yolunda olan hakların korunması konusunda özel anlaşmalar yapılması için çaba harcarlar.”* şeklindedir. Görüldüğü

üzere, Sözleşme, göçmen işçilerin çalıştıkları ülkenin vatandaşları ile eşit muamele görmeleri konusunda özel anlaşma yapılmasını öngörmüştür.

4. Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi

Uluslararası sosyal güvenlik alanında önemli bir belge niteliğini taşıyan bu sözleşme, hastalık, analık, malullük, yaşlılık, iş kazaları ve meslek hastalıkları, işsizlik, aile yardımları ile ölüm yardımı ve ödeneklerini kapsamak suretiyle primli primsiz bütün sosyal güvenlik rejimleri hakkında uygulanır²⁴⁶. Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ile yukarıda metnini aktardığımız Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu'nun 73. maddesine atıf yapılmıştır. Buna göre sözleşmeye taraf devletlerden her birinin sosyal güvenlik mevzuatına göre kendi vatandaşları ile mültecilere ve vatansız kimselere eşit muamele yapılma ilkesini, korunan kimselerin taraf devletlerin ülkeleri arasında yer değiştirmiş olmalarına rağmen sosyal güvenlik mevzuatı ile sağlanan yardımlardan yararlanma hakkını muhafaza edeceklerine dair ilkeyi teyit etmiş olacakları hükme bağlanmıştır.

Son iki sözleşmenin eşitlik ile ilgili maddeleriyle güdülen asıl amacın insan haklarının korunması ve kişi özgürlüklerinin sağlanması olduğu ortadadır. Özellikle insan haklarının sağlanması konusunda eşitlik ilkesinin öne çıkartılması, bu ilkenin her türlü insan hakkının sağlanmasında asıl araç olduğunu göstermektedir. Sosyal güvenlik hakkı da insan haklarından birini oluşturmaktadır. Bu hakkın içeriğinin sözleşmelere uygun belirlenmesi kadar, bunun ayrımcılık yapılmadan kişilere sağlanması da sözleşmeyle güdülen yeknesak evrensel düzene ulaşma konusunda gereklidir.

Avrupa Konseyinin Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi dışındaki düzenlemelerinde esas itibarıyla yabancı ya da göçmen işçilerin sosyal güvenlik alanında eşit haklara sahip olması gerektiği konusunun düzenlendiği ve bu bağlamda devlete eşit işlem yükümlülüğü öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bundan başka, açıkça sosyal adalet ve bu suretle gerçek eşitliğin sağlanması yönündeki ifadeler yer almamışsa da toplumu oluşturan bireyler arasındaki farkların olumlu yönde gözetilmesi ve güçsüzlerin

²⁴⁶ Tuncay/Ekmekçi, 52.

korunmasına ilişkin sosyal güvenlik alanında önlemlerin alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

III. Avrupa Topluluğu Düzenlemeleri

1. Roma Antlaşması (Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması)

a) Eşit İşe Eşit Ücret Düzenlemesi ve Konumuz Bakımından Önemi

23.03.1957 tarihinde Roma’da imzalanan ve 01.01.1958’de yürürlüğe giren Roma Antlaşması’nda (AETA) eşitlik ilkesi veya ayrımcılık yapılamaması ile ilgili genel nitelikli bir düzenleme bulunmamaktaydı²⁴⁷. Ekonomik ve sosyal kaygılarla “vatandaşlık” ve “cinsiyet” nedenlerine dayalı sınırlı bir koruma kabul edilmişti²⁴⁸. Avrupa Topluluğu’nun amaçlarının -özellikle de tek bir ekonomi piyasası yaratma amacının- gerçekleştirilmesinde Avrupa’nın ulus devletleri arasındaki engellerin kaldırılması esastır. Bu da ancak hem ulusal hem de bireysel düzeydeki milliyet ayrımcılığının ortadan kaldırılmasıyla gerçekleştirilebilir. Bu nedenle AB Antlaşması’nda bu ilkeye özel bir önem verilmiş olması şaşırtıcı değildir²⁴⁹. Antlaşma’da sadece milliyet ayrımcılığının önlenmesine yönelik değil, cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine karşı yasal düzenlemelerin yapılmasına da yer verilmiştir. İkinci dünya savaşı sırasında ve sonrasında kadınların işgücünde önemli derecede etkili bir hale gelmesiyle birlikte bu konuda çözülmesi gereken ilk sorun, ücrette ayrımcılık olmuştur²⁵⁰.

Kadın ve erkek arasında eşit ücret ilkesi, önce sadece Fransa’da düzenlenmiştir. Fransız devleti, bu şekilde diğer devlet yasalarında düzenleme olmamasından dolayı, diğer ülkelerde kadın işgücünün daha düşük ücretle çalışabilmesinin, kendileri açısından

²⁴⁷ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 338.

²⁴⁸ AET m.7 (ATA m. 12) yurttaşlık nedeniyle yapılan her türlü ayrımcılığı yasaklamış ve Konsey’i de bu amaçla gerekli düzenlemeleri yapmakla görevli kılmıştır, bu ilkenin uygulama alanına yalnızca çalışma ve yaşam koşulları değil, sosyal yardımlar da girer. Bkz. **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 339.

²⁴⁹ **English**, 14.

²⁵⁰ **Fredman**, 31.

haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürmüştür²⁵¹. Bunun üzerine AT kurucu antlaşmasında (Roma Antlaşması/AETA) eşit ücret ilkesi yer almıştır²⁵². Görüldüğü üzere, ayırım yasağı ilkesi kapsamlı bir sosyal gündem yaratmak amacı taşımamakta, Fransız Hükümeti'nin Topluluğun kuruluşunda ifade ettiği gibi büyük ölçüde ekonomik kaygılardan kaynaklanmaktadır²⁵³.

Bununla birlikte ATAD kadınlar ile erkeklere eşit davranılmasının bir insan hakkı boyutunun bulunduğunu da kabul etmektedir²⁵⁴. Divan ilkenin özünde mevcut bu ikiliği Defrenne kararında şu şekilde açıklamıştır: “119. maddenin (ATA m. 141/ABİH m.157) çift amacı vardır [...] eşit ücret ilkesini benimsemiş devletlerde kurulu girişimlerin, Topluluk içindeki rekabet piyasasında henüz kadın işçilerin ücretlerinde ayrımcılığa karşı önlem alınmamış devletlerdeki girişimlerle rekabette dezavantajlı duruma düşmelerini engellemek. İkincisi, bu hüküm, sadece bir ekonomik birlikten ibaret olmayıp aynı zamanda sosyal ilerleme ile üye devletlerin vatandaşlarının yaşam ve çalışma koşullarının sürekli gelişimini de hedefleyen Topluluğun sosyal amaçlarının bir parçasını teşkil etmektedir. [...]”

Kadınlar ve erkekler arasında ücret eşitliği, Topluluğun sosyal politikasının düzenlendiği 3. ayırımın 1. bölümünde “Sosyal Hükümler” başlığı altında 119. maddede düzenlenmiştir²⁵⁵. Bahsi geçen maddenin birinci fıkrası’nda, “Her üye devlet, erkek işçiler ile kadın işçiler arasında aynı iş için ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını ilk aşamada sağlar ve daha sonra da sürdürür.” İkinci fıkrası’nda ise, “Bu madde anlamında ücretten, temel ya da asgari olağan ücret ya da aylık ve işverenin, işçinin çalışması nedeniyle kendisine dolaylı ya da dolaysız biçimde, para ya da mal olarak ödediği tüm öteki yardımlar anlaşılır.” düzenlemesi bulunmaktadır²⁵⁶.

²⁵¹ Barnard, 298; English, 14; Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 3.

²⁵² Barnard, 298; English, 14.

²⁵³ English, 14.

²⁵⁴ English, 14.

²⁵⁵ Anılan maddede “her üye devletin kadın ve erkekler için eşit işte eşit ücret ilkesini uygulayacağı, ücret tabiri ile mutad asli ve asgari ücretler ve işverenin iş ilişkisine istinaden işçiye dolaylı ve dolaysız nakdi veya ayni ödediği diğer bütün ödemelerin anlaşılacağı ve cinsiyet farkı gözetilmeksizin ücret eşitliği; aynı iş için parça başına ödenen ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması ve zaman esasına göre ödenen bir işin ücretinin aynı işler için eşit olması anlamında olduğu” hükme bağlanmıştır, bkz. Yüksel, 71.

²⁵⁶ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, 342, 343.

07.02.1992 tarihinde Maastricht Antlaşması²⁵⁷ (Avrupa Birliği Antlaşması) ve 02.10.1997 tarihinde Amsterdam antlaşması imzalanmıştır²⁵⁸. Maastricht Antlaşmasına ekli Sosyal Politika Protokolünün 6. maddesinde “*Bu madde, bir üye devletin, bir mesleksekin etkinliğin kadınlarca yerine getirilmesini ya da mesleki kariyerlerindeki dezavantajları önlemeyi ya da telafi etmeyi kolaylaştırmaya yönelik özel avantajlar öngören önlemler almasına ya da aldığı önlemleri sürdürmesine engel olmaz.*” şeklinde hüküm yer almıştır²⁵⁹. Böylece, kadın çalışanların uygulamada karşılaştıkları fiili eşitsizlikleri önleme ya da giderme amaçlarıyla üye devletlerce alınmış ya da alınacak önlemlerin eşit ücret ilkesine aykırı olmaması sağlanmıştır²⁶⁰. Maastricht Antlaşmasına ekli 5/14 sayılı Sosyal Politika Protokolünün İngiltere tarafından kabul edileceğinin belirtilmesi üzerine, bu protokol Amsterdam antlaşması bünyesine alınmıştır²⁶¹. Böylece Amsterdam Antlaşması ile Roma Antlaşmasının kadın erkek eşitliğine ilişkin 119. maddesinde bazı değişiklikler yapılmış, eşit işe eşit ücret ilkesi, eşit değerde işe eşit ücret haline getirilmiş²⁶² ve madde 141 olarak numaralandırılmıştır²⁶³.

Nis ve Lizbon Antlaşmalarıyla 141. maddede değişiklik yapılmamıştır²⁶⁴. Ancak Lizbon Antlaşmasıyla madde, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’da 157. madde

²⁵⁷ Tüzel kişiliği olmayan Avrupa Birliğini kuran ve AET adını, Avrupa Topluluğu olarak değiştiren anlaşmadır. Öğretide Gülmez, Maastricht Antlaşmasıyla, AET’nin AT olduğunu, ancak AT’nin AB olmadığını; Maastricht’ten başlayarak hem AB’nin hem de AT’nin var olduğunu, AT’nin AB’nin en önemli ayağını teşkil ettiğini, AT’nin tüzel kişiliğinin bulunduğunu, AB’nin ise tüzel kişiliğinin bulunmadığını, Lizbon Anlaşmasıyla birlikte AB’ye tek tüzel kişilik tanındığını, AT’nin yerini aldığını ve ardılı olduğunu belirtmiştir, bkz. **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 345.

²⁵⁸ Amsterdam Antlaşmasıyla Topluluk Antlaşmasının 2. maddesinde kadın erkek eşitliği sağlamak Topluluk hedeflerinden biri olarak kabul edilmiş ve 3. Maddede bunun için gerekli faaliyetlerde bulunulacağı belirtilmiştir. Antlaşma’nın 13. Maddesiyle Konsey’e, Komisyon’un teklifi üzerine oybirliği ile cinsiyete dayalı ayrımcılık da dahil olmak üzere her çeşit ayrımcılığa karşı mücadele etme yetkisi vermiştir. Bu şekilde vatandaşlık ve cinsiyet ayrımcılığı üzerinde odaklaşan Topluluk sosyal politikası yatay biçimde genişlemiş ve diğer ayrımcılık nedenleri de Topluluk yetki alanına dahil edilmiştir, bkz. **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, 5.

²⁵⁹ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 350.

²⁶⁰ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 350.

²⁶¹ **Özcüre**, 208.

²⁶² **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, 5.

²⁶³ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 353.

²⁶⁴ Maddenin son hali şu şekildedir: “1. Her Üye Devlet, eşit iş veya eşit değerdeki işte çalışan kadın ve erkek işçiler için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlar. 2. Bu maddenin amacı bakımından “ücret”, görülen iş karşılığında çalışana işveren tarafından doğrudan veya dolaylı olarak nakden veya aynen ödenen, asıl ücreti veya asgari ücreti ve herhangi bir diğer ödemeyi ifade eder. Cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaksızın eşit ücret, a. Aynı işte parça başına ücretin hesaplanmasında aynı ölçütlerin esas alınmasını; b. Aynı iş için zaman esasına göre ücret verilmesinde aynı ücretin ödenmesini ifade eder. 3. Konsey, olağan yasama usulüne uygun olarak ve Ekonomik ve Sosyal Komite’ye danışarak, eşit işte veya eşit değerde işte eşit ücret ilkesi dahil olmak üzere istihdama ve işe dair hususlarda fırsat eşitliği ve eşit muamelelerin uygulanmasını sağlayacak önlemler getirecektir. 4. Eşit muamele ilkesi, bir Üye Devlet’in, çalışma yaşamında kadın ve erkek arasında tam bir eşitlik sağlamak üzere, daha az temsil olunan cinsiyetin iş sahibi olabilmesini kolaylaştıracak veya mesleklerdeki dezavantajlarını giderecek veya önleyecek önlemleri kabul etmesine veya sürdürmesine engel oluşturmaz.” bkz. **Özcüre**, 208, 209.

olarak yeniden numaralandırılmıştır²⁶⁵. Gelişim süreci dikkate alındığında Roma Antlaşmasının 119. maddesi ve ilk yönergelerde şekli eşitlik anlayışı hakimken, dolaylı ayrımcılık yasağının kabulü ve Amsterdam antlaşması ile gelinen noktada maddi eşitlik anlayışı önem kazanmıştır²⁶⁶.

Roma Antlaşması'nın "eşit işe eşit ücret" verilmesine yönelik olan 119. maddesi (ATA m.141/ABİH m.157) uyarınca, üye devletler kadın ve erkek çalışanların da eşit veya eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesini sağlamakla yükümlü olmuştur²⁶⁷. Düzenlemenin, iş hukukunu ilgilendirdiği, sosyal güvenlik hukukuyla ilgisi olmadığı haklı olarak düşünülebilir. Gerçekten 119. madde (ATA m. 141), işçiye iş ilişkisi nedeniyle yapılan ödemeleri içermekle birlikte, bunların mutlaka gerçekte yapılan işin karşılığı olan ödemeyle sınırlandırılacağı anlamına gelmemektedir. İşçinin yaptığı işle yakından ilgili olan ve işvereniyle arasındaki bağa dayanan ücret dışındaki tüm diğer ödemeler de ücret dahilinde değerlendirilmektedir. Burada belirleyici olan, ödemelerin işveren tarafından hangi niyetle yapıldığı değil, bunların yapılan işle bir ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır²⁶⁸. Bu bakımdan, işyeri/mesleki emeklilik sistemlerinin uygulandığı durumlarda, yaşlılık aylığına ilişkin ileri sürülen ayrımcılık iddialarının Divan tarafından 119. madde (ATA m.141/ABİH m.157) kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Öğretide *Ellis*, tamamlayıcı nitelikteki emeklilik programlarındaki ödemelerin ATA. m 141'deki ücret kavramına dahil olması için iki şartın oluşması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, programın en azından bir kısmının işveren tarafından finanse edilmesi gereklidir. Aksi takdirde, yapılan ödeme işveren tarafından yapılmadığı için madde kapsamına girmeyecektir. Bunun dışında, programın kanunla kurulan bir program olma özelliğine sahip olmaktan çok, sözleşmeden doğan bir niteliğinin bulunması gerekir²⁶⁹. *Barber* davasından sonra, gerek tamamlayıcı nitelikteki gerekse sözleşme dışı nitelikteki özel emeklilik planları ATA m. 141 hükmü kapsamına girmiştir²⁷⁰. Farklı bir ifadeyle, ATAD'nin içtihatlarına göre her türlü yaşlılık aylığı

²⁶⁵ Özçüre, 208.

²⁶⁶ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 13.

²⁶⁷ Yıldız, 44.

²⁶⁸ Kaya, 132.

²⁶⁹ Ellis, 127 vd.

²⁷⁰ Ellis, 130.

sistemi öncelikli olarak eşit ücret kapsamında kabul edilerek ele alınmalıdır²⁷¹. Aşağıda bu kararlara yer verilerek, madde sadece bu kapsamda ele alınmış olup, iş hukuku boyutu incelenmemiştir.

Önemle ifade etmek gerekir ki, yasal sosyal güvenlik rejimi dışındaki sosyal güvenlik sistemlerine işveren tarafından yapılan ödemeler dışında, işyerinde işçilere sunulan özel bir sosyal güvenlik sistemine işveren tarafından ödenen primleri işveren tarafından işçiye işi nedeniyle yapılan ödemeler kapsamında değerlendirilmiş olup, yasal sosyal güvenlik sistemleri, sosyal politikanın parçası olup işverenin bu tip rejimlerin finansmanına katkısı ücret olarak değerlendirilmemiştir²⁷².

Anılan madde 20 yıla yakın bir süre gerektiği gibi uygulanmamışsa da ATAD'ın *Defrenne* kararından itibaren eşit ücret hakkının doğrudan etkili olduğu kabul edilmiştir. *Defrenne II* kararında, Divan, *Defrenne II* kararıyla, ATA m. 141 hükmünün hem üye devlet-birey ilişkisinde (dikey etki) hem de bireyler arasındaki ilişkilerde (yatay etki) ileri sürülebilecek bir niteliği olduğuna karar vermiştir²⁷³. Böylece, bireyler bu hükme yerel mahkemede başvurabilecek duruma gelmiş, ücret eşitliği üye devletlerin ulusal mahkemelerinde doğrudan öne sürülebilir olmuş ve bu hükümle çatışan ulusal hükümler, kendiliğinden geçersiz hale gelmiştir²⁷⁴. Bu bakımdan mesleki emeklilik sisteminin uygulandığı hallerde de yaşlılık aylığına ilişkin ayrımcılık iddialarına bu madde doğrudan uygulanmıştır.

²⁷¹ Heide, 32.

²⁷² Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 23.

²⁷³ ATAD, *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena* (No.2), 43/75 [1976], www.europa.eu.int/eur-lex

²⁷⁴ Fredman, 31; Deakin/Morris, 520. Ücret eşitliğini düzenleyen bu hüküm yatay ve dikey doğrudan etkiye sahipken, 76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi ise, iç hukuka aktarılmadığı takdirde yalnızca dikey doğrudan etkiye sahiptir, bkz. Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 18. Hem yatay hem de dikey uygulanabilir olması nedeniyle, özellikle kaynağını yasalarda veya toplu iş sözleşmelerinde bulan doğrudan ayrımcı uygulamalara veya aynı işyerinde ve aynı işte çalışan kadın ve erkek işçilere farklı ücret ödenmesi halinde özel veya kamu kesimi işverenlerine ya da devlete karşı ulusal mahkemelerde dava açılabilir, Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 21.

b) Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Eşit İşe Eşit Ücret İlkesine Yaklaşımı

ATAD'nin 119. madde hükmünü etkili bir hak kaynağı olarak kabul ettiği *Defrenne* kararında²⁷⁵, Gabrielle Defrenne, Belçikalı bir havayolu şirketinde kabin elemanı olarak çalışmakta olup bu şekilde çalışan kadınlara pek çok konuda, erkek çalışma arkadaşlarından farklı muamele edilmektedir: emeklilik yaşları farklıdır (kadınların 40 yaşında emekli olmaları zorunluymken erkekler olağan emeklilik yaşına kadar çalışabilmektedir), kadınlara ödenen ücret daha düşüktür ve bunun sonucunda hak kazandıkları yaşlılık aylığı da daha az olmaktadır. Farklı yaşlılık aylığı hususunda ATAD, 119. maddenin sadece ücrete ilişkin olup yaşlılık aylığını kapsamadığı kabul edilmiştir. Buna karşılık ücret konusunda Divan, Bayan Defrenne'i haklı bulmuştur. Adı geçen davada, sadece Bayan Defrenne'in hukuka aykırı biçimde farklı muameleye tabi tutulduğu değil, aynı zamanda eşit ücrete hakkı bulunduğunu mahkemeler huzurunda ileri sürebileceği (119. madde, ATA m. 141, doğrudan yatay etki doğurduğu için) de onaylanmıştır²⁷⁶. Dikkat edilirse Divan, eşit iş için eşit ücret verilmemesi noktasında Bayan Defrenne'i haklı bulmuştur. Söz konusu ilkeye uygun davranılsaydı veya farklı iş için farklı ücret ödenmesi söz konusu olsaydı, bu durumun yaşlılık aylığını olumsuz etkilemesi konusunda da eşitlik ilkesine aykırı davranılmadığı sonucuna ulaşılırdı.

Eşit ücret ilkesi; kadın ve erkek arasında her türlü ayrımcılığı (doğrudan ayrımcılık) ve tamamen tarafsız etkenlerle haklılaştırılmadıkça çoğunluğunu tek bir cinsin oluşturduğu işçiler üzerinde olumsuz etkisi olacak her türlü uygulamayı (dolaylı ayrımcılık) yasaklar²⁷⁷. ATAD, 1981 senesinde verdiği *Worringham and Humphrey's v. Lloyd's Bank Ltd* kararına²⁷⁸ konu olan olayda, işveren erkek işçilerin *yaşlılık aylıkları* için fazladan %5'lik bir katkı yapmıştır. ATAD, işveren tarafından işçi adına brüt ücrete yapılan katkıları AT Antlaşması'nın 119. maddesi (ABİH m.157) anlamında bir "ödeme" olarak kabul etmiştir. Bunun neticesinde, Divan, ulusal mahkemelerin "bu hükmün bireylere tanıdığı hakların korunmasını, özellikle de yapılan katkıların işveren

²⁷⁵ ATAD, C-80/70, *Defrenne v. Belgian State* (1971) (*Defrenne I*); C-43/75, *Defrenne II*, www.europa.eu.int/eur-lex

²⁷⁶ **English**, 25-26.

²⁷⁷ **Heide**, 31.

²⁷⁸ ATAD, C-69/80 [1981], *Worringham and Humphrey's v. Lloyd's*, www.europa.eu.int/eur-lex

tarafından işçiler adına ödenip yine işveren tarafından belirlenmiş brüt ücretten kesildiği ve bu katkıların sadece kadın veya sadece erkek işçilerin yaşlılık aylıklarına faydası olacağı durumlarda” teminat altına almak görevi bulunduğunu, kararlaştırmıştır²⁷⁹.

Divan daha sonraki yıl, açıkladığımız kararındaki görüşünü *Garland Eileen v British Rail Engineering Ltd* kararında (C-12/81) devam ettirmiştir. Menfaatin nedeninin önemli olmadığı, yasaya ya da sözleşmeye dayanabileceği gibi işverenin serbest iradesine de dayalı olabileceği, önemli olanın menfaatin iş ilişkisinden kaynaklamış olması gerektiği ifade edilmiştir²⁸⁰.

Barber davasında (C-262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990]) *emeklilik yaşında* ayrımcılık ile ilgili önemli bir karar verilmiştir. *Yasal emeklilik sistemlerinde* kadınlar ve erkekler için farklı emeklilik yaşlarının kararlaştırılmış olması meşru sayılır. Şüphesiz, işverenin finanse ettiği pek çok emeklilik sistemlerinde, özellikle de devletin ödediği yaşlılık aylıklarının yerine geçenlerde, aynı esas iyiniyetle benimsenmiştir. Bir hayli yaygın olan bu uygulama, kadınlara göre daha ileri bir yaşta yaşlılık aylığına hak kazandıklarından, erkekleri dezavantajlı duruma düşürmekteydi²⁸¹. Bay Barber işyerinde, 1975 tarihli İngiliz Sosyal Güvenlik Yasası uyarınca izin verilmiş bulunan, devlet tarafından finanse edilen (yasal) emeklilik sistemi yerine uygulanan, sözleşmeyle kararlaştırılmış bir emeklilik sistemi kapsamındadır. Sistem gereği, normal yaşlılık aylığına kadınlar 57; erkekler ise 62 yaşında hak kazanmaktadırlar. Bu yaş sınırı, işveren tarafından işten çıkarılma halinde ise, acil yaşlılık aylığı için kadınlarda 50; erkeklerde ise 55 olarak belirlenmiştir. Davacı, olayın gerçekleştiği tarihte 52 yaşında olduğundan, işten çıkarılmaya bağlı acil yaşlılık aylığına hak kazanamamıştır. Bay Barber 52 yaşındayken yapısal nedenlerle işine son verilmiştir. 52 yaşında bir kadın olsaydı derhal hak kazanabileceği yaşlılık aylığına hak kazanması ise, erkek olması sebebiyle ertelenmiştir. Bay Barber meseleyi, hukuka aykırı cinsiyet ayrımcılığına uğradığı iddiasıyla ATAD’a taşımıştır. Divan, davacıyı haklı bulmuştur. Divan’a göre, işyeri/mesleki emeklilik sistemi, yasal

²⁷⁹ Heide, 31-32.

²⁸⁰ Blainpain, 121.

²⁸¹ Heide, 33; Banks, 59-60.

emeklilik sisteminin yerine geçmekle birlikte (sözleşme ile kararlaştırıldığı için) eşit ücret kapsamında değerlendirilmelidir. Zira kadınlar ile erkekler arasında ayrımcılık yapılması sadece bir işyeri/mesleki emekli aylığına hak kazanma yaşının saptanmasında değil, aynı zamanda bu yaşlılık aylığının ekonomik nedenlerle yapılan fesihlerde bir tazminat yerine geçtiği durumlarda da yasaktır. Doktrinde 79/7 sayılı Yönerge'nin 7. maddesinin ilk fıkrası çerçevesinde, böyle bir karara varılmış olmasının beklenmedik bir durum olduğu ileri sürülmüştür²⁸². Zira anılan düzenlemede devletlerin emeklilik yaşın belirlenmesi konusunda serbest bırakıldığı görülmektedir. Divan, *Barber* kararında verilen hükmün beklemekte olan benzer davalar için geriye dönük uygulanmasını sınırlandırmıştır. Kararda, ilgili tarafların 119. maddenin (ATA m.141) uygulanmayacağı sistem konusunda tasarruf yetkilerinin bulunduğu ve emeklilik yaşı hakkında kadınlar ve erkekler için eşitlik ilkesinin istisnasını oluşturacak düzenlemelerin kabul edildiği belirtilmiştir. Ayrıca, söz konusu emeklilik sistemlerinin mali dengesinin korunması gereği de gözetilerek, *Barber* kararının beklemekte olan diğer davalara kararın verildiği 17 Mayıs 1990'dan itibaren emsal teşkil edeceği, dolayısıyla geriye etki etmeyeceği kararlaştırılmıştır²⁸³.

Barber kararında dikkati çeken nokta, Divanın iş ilişkisinden kaynaklan menfaat kapsamına giren konu olması nedeniyle farklı emeklilik yaşını ilkeye aykırı bulmasıdır. Oysa devlet tarafından hazırlanan yasa ile emeklilik yaşının farklı saptanması, herhangi bir iş ilişkisine tabi tutulmadığı için devletin yetkisi kapsamında değerlendirilecek ve ilkeye aykırılık teşkil etmediği belirlenecektir. Bu durum, haklılaştırma konusunda devlete tanınan yetkinin sınırı göstermek adına da önemlidir.

Maastricht Antlaşması, sosyal konular da dahil olmak üzere pek çok alanda değişiklikler öngörmüştür. Üye Devletler, *Barber Protokolü* olarak da bilinen ve *AT Antlaşması'nın 119. maddesinde Değişiklik Öngören Protokol* ile şu esası kararlaştırmışlardır: “Bu Antlaşmanın 119. maddesinin amaçları doğrultusunda,

²⁸² Heide, 33-34. Yaşa ilişkin farklı düzenlemelerin, 79/7 sayılı Yönerge'de yasal emeklilik sigortaları kapsamında ayrımcılık olarak değerlendirilmediği, gelişen koşullara göre yeniden gözden geçirilmesi gerektiği ileri sürülmüş; ancak işyeri emeklilik sigortalarında durumun farklılık gösterdiği ve bu alanda kadın erkek arasında farklı yaşın öngörülmemesi gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Caniklioglu, Ayrımcılık, 676.

²⁸³ Heide, 34.

işyeri/mesleki emeklilik sistemleri kapsamında sağlanan yardımlar 17 Mayıs 1990 tarihinden önceki dönemlere ait oldukları takdirde ücret olarak kabul edilmez. Bunun istisnasını, anılan tarihten önce bu yardımlar hakkında yasal yollara başvurmuş işçilerin davaları oluşturur.” Böylece, *Barber kuralı* ile işyeri/mesleki yaşlılık aylıklarının ancak Mayıs 1990’dan itibaren ücret sayılıp “eşit ücret ilkesi” kapsamında değerlendirileceğine (Mayıs 1990’a kadar geriye yürütüleceğine) hükmedilmiştir²⁸⁴.

Divanın konumuza ilişkin bir başka kararı *Bilka* davasıdır (C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz* [1986]). Davada kısmi süreli işçilerin işyeri/mesleki emeklilik sistemi dışında bırakılmalarının erkeklerden çok kadın işçileri etkilemesi halinde bir dolaylı ayrımcılık sonucu doğurup doğurmayacağı meselesi ele alınmıştır. Divan’ın kararı şöyledir: “*AT Antlaşması’nın 119. maddesi kısmi süreli işçileri işyeri/mesleki emeklilik sistemi dışında bırakan bir bonmarşe tarafından, işveren bu hariç bırakmanın cinsiyet ayrımcılığıyla hiçbir ilgisi bulunmayan objektif bir gerekçeyle haklılaştırılmadıkça, ihlal edilmiş sayılır, zira bu uygulama neticesinde erkeklerden çok daha fazla sayıda kadın işçi etkilenmiştir.*”²⁸⁵

ATAD, *Newstead v. Department of Transport* kararında erkek memurların maaşlarından zorunlu olarak kesinti yapılmasının ayrımcılık oluşturduğu iddiasını incelemiştir. Davaya konu olayda, davacı kamu hizmeti emeklilik planları kapsamındaki bekar ve evli tüm erkek memurların brüt maaşlarının % 1.5’ini sağ kalan eşlerine ayrılacak bir fona aktarılması zorunluluğunun, ATA. m. 141’deki ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Düzenleme gereği, erkek memur hiç evlenmezse ve kamu görevini bırakırsa, yapılan kesintiler kendisine faiziyle birlikte geri ödenecektir. Ölmesi durumunda ise, mirasçılara verilecektir. Kadın memurlar bakımından ise bu tür bir zorunluluk bulunmamaktadır. Davacı, bu düzenlemenin kadın memurlara uygulanmadığını, bu şekilde sadece erkek memurların maaşının tamamı üzerinde bir tasarruf hakkı bulunmadığını iddia etmiştir. ATAD’a göre, bu düzenleme, erkek memurun net maaşını etkileyip, brüt maaşını etkilememektedir. Ayrıca, diğer maaş

²⁸⁴ Heide, 34; Banks, 61.

²⁸⁵ Heide, 33; Herbert, 118-119.

benzeri yardımlarla arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan ATA m. 141 hükmünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır²⁸⁶.

ATAD, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark* kararında, hasta olan çalışanlar için hastalık süresince işverenlerinden tam ücret almalarını sağlayan, ancak hastalığı hamileliğe dayalı olan kadın çalışanları bu olanaktan istisna tutan ulusal mevzuatın ATA m. 141'e aykırı olduğunu belirtmiştir. ATAD, somut olayda düzenlemenin esas olarak hamileliğe dayalı olduğuna ve ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir²⁸⁷.

2. 1408/71 sayılı Sosyal Güvenlik Tüzüğü

AT Antlaşması'nda yer alan en önemli ilkelerden biri milliyet temelli ayrımcılığın yasaklanmış olmasıdır. Bu ilke genel haliyle ABİH m.18'e dayanmaktadır. Anılan düzenleme, *"Bu Antlaşmalar'ın uygulama alanı çerçevesinde ve Antlaşmalar'da öngörülen belirli hükümlere hâlel gelmeksizin, uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılık yasaktır."* şeklindedir. Sosyal politika konusunda ise ABİH m. 45 (eski hal m.39), işçilerin serbest dolaşımlarının milliyet temelli her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını gerektirdiğini öngörmektedir. Antlaşmanın 45. maddesinin 3. fıkrası, işçilerin serbest dolaşım haklarının sınırlandırılmasının ancak kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenlerine dayandırıldığında haklı sayılabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla, aslında 39. madde, sadece milliyet temelli ayrımcılığı yasaklamakla kalmamış, aynı zamanda serbest dolaşımın önündeki -3. fıkradaki istisnalar hariç- her türlü engelin kaldırılmasını da öngörmüştür²⁸⁸.

ABİH m. 48 uyarınca Konsey, üye devletlerde serbest dolaşım haklarını kullanan işçiler, serbest meslek mensupları ve öğrenciler ile bunların aile bireyleri için uygulanacak sosyal güvenlik sistemini düzenlemek üzere, Topluluk içinde yer

²⁸⁶ ATAD, *Newstead v Department of Transport*, C-192/85, [1987], www.europa.eu.int/eur-lex

²⁸⁷ ATAD, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark v Faellesforeningen for Danmarks Brugsforeninger and Dansk Tandlaegeforening and Kristelig Funktionær-Organisation v Dansk Handel & Service*, C-66/96, [1998], www.europa.eu.int/eur-lex

²⁸⁸ Pennings, 115.

değiştiren bağımlı ve bağımsız çalışanlar ile bunların aile bireylerinin sosyal güvenliği konusunda 14.06.1971 tarih ve 1408/71 sayılı Tüzük kabul edilmiştir²⁸⁹.

Tüzük'te üye devletlerin sosyal güvenlik sistemlerinin farklılığı kabul edilmiş, belirli bir koordinasyon sağlama amacıyla, bir veya birden fazla üye devletin sosyal güvenlik sistemine tabi olarak çalışanlar ile aile üyelerinin ve onların ölümünden sonra geride kalan yakınlarının haklarını koruyan düzenlemeler yapılmıştır²⁹⁰.

Eşit davranma ilkesi, 1408/71 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Tüzüğü'nün 3. maddesinde açıkça ifade edilmiştir²⁹¹. Buna göre, üye devletlerden birinde ikamet eden ve Tüzük hükümlerinden yararlanan kişilerin, o devletin kendi vatandaşlarıyla aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olacağı belirtilmiştir.

Konuya ilişkin *Terhoeve* davasında (C-18/95) ele alınan olayda, bir yıl içinde hem İngiltere hem de Hollanda'da çalışan bir işçiye Hollanda hukuku uyarınca yapılan vergi tahakkuku irdelenmiştir. Hollanda'da, bir yılın tamamında başka bir ülkede çalışan kişiler diğerlerine (Hollanda'da çalışanlara) nazaran önemli ölçüde az vergi ödemektedirler. Divan'ın ele aldığı ilk mesele, Bay Terhoeve'nin Hollanda'ya karşı AB Müktesebatı'nın düzenlemelerinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Zira, davacı, kendi ülkesinde çalışmaktadır ve davaya konu olan kuraldan etkilenenlerin çoğunluğu Hollanda vatandaşıdır. Bu nedenle, dolaylı ayrımcılık teşkil eden bir durum olduğuna ilişkin istatistiki bilgi elde edilmesi mümkün değildir. Şu halde bir ayırım yasağı kuralı olan AT Antlaşması m. 39'un (ABİH m.45) davaya konu olayda uygulanması mümkün müdür? ATAD ilk olarak, 39. maddenin, 3. maddenin c bendinde yer alan temel bir ilkeyi yürürlüğe koyduğunu -örneğin kişilerin serbest dolaşımlarının önündeki engellerin kaldırılması- dikkate almıştır. Antlaşma'nın kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri Topluluk üyesi ülke vatandaşlarının Topluluğun tamamında diledikleri ülkede çalışmalarını kolaylaştırmayı amaçlar. Bu hükümler, üye ülke

²⁸⁹ Söz konusu Tüzüğün uygulanmasına ilişkin 21.03.1972 tarihli 574/72 sayılı Tüzük kabul edilmiştir. 1408/71 sayılı Tüzük, 1981, 1983, 1992, 1993 ve 2004 yıllarında, 574/72 sayılı Tüzük ise, birçok kez değiştirilmiştir, bkz. **Özcüre**, 325.

²⁹⁰ **Özcüre**, 326.

²⁹¹ **Pennings**, 115.

vatandaşlarının diğer üye ülkelerde iş ararken dezavantajlı duruma düşmelerine neden olabilecek her türlü önlemi yasaklar. Dolayısıyla, bir üye ülke vatandaşının serbest dolaşım hakkından yararlanarak kendi ülkesinden ayrılmasını önleyen hukuk kuralları, tabiyet gözetilmeksizin bütün işçilere uygulansa da bu hakkın önünde bir engel oluşturmuş sayılır. *Terhoeve* davasına konu olayda “engel” sayılan uygulama; Bay *Terhoeve*’nin, karşılığında sosyal güvenlik yardımlarının miktarında bir artış olmaksızın, yılın tamamını aynı üye ülkede geçirseydi ödemesi gerekenden çok daha yüksek prim ödeme zorunluluğunun bulunmasıdır. Ayrıca Divan, ayrımcılık konusundaki yerleşik yaklaşımına uygun biçimde, ulusal hukukun belli gruplara mensup kişilere farklı muamele edilmesini şart koşmasını Topluluk hukukunun çiğnenmesi olarak değerlendirerek, bu kişilere başkalarıyla aynı şekilde muamele edilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁹².

3. Yönergeler

a) 76/207 sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranılmasına İlişkin 14.02.1976 Tarihli Yönerge (Eşit Davranma Yönergesi)

76/207 sayılı Yönerge çalışma koşullarında kadın-erkek eşitliğinin sağlanması konusunda önem taşımaktadır²⁹³. Bu Yönerge ile maddi eşitliğin amaç edinildiği ATAD tarafından belirtilmiştir²⁹⁴. Buna göre Yönerge, iş başvurusu, mesleki eğitim, işte yükselme ve çalışma koşulları bakımından kadın-erkek arasında işlem eşitliğine ilişkindir²⁹⁵. Görüldüğü üzere, Yönergede ücret dışındaki çalışma koşullarında eşitlik düzenlenmiştir. Zira ücrete ilişkin eşitlik konusu 75/117 sayılı Kadın ve Erkekler için

²⁹² Pennings, 115-116.

²⁹³ Avrupa Birliği sosyal politikasını başlangıcı olarak nitelenebilecek Ekim 1972 Paris Zirvesinden sonra kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik kabul edilen 3 yönergeden biri 76/207 sayılı Yönergeyken, diğerleri, “75/117 sayılı Kadın ve Erkekler için Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Yönelik 10.02.1975 tarihli Yönerge” ve “79/7 sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Aşamalı Hayata Geçirilmesine İlişkin 19.12.1978 tarihli Yönerge”dir, bkz. Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 4.

²⁹⁴ ATAD, Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v. Evelyne Thibaul, C-136/95 [1998], www.europa.eu.int/eur-lex

²⁹⁵ Özcüre, 212.

Ücret Yönergesinde yer almıştır²⁹⁶. Ücrette eşitliğin sağlanması kadınlarla erkeklerin iş yaşamında her anlamda aynı haklara sahip olmalarını sağlamayacağından, 76/207 sayılı Yönerge’de daha geniş biçimde istihdamda ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının öngörülmesi isabetli olmuştur²⁹⁷. Yönerge, 2002 yılında yürürlüğe konulan 2002/73 sayılı Yönerge ile gözden geçirilmiştir²⁹⁸. 2002/72 sayılı Yönerge ile dolaylı ayrımcılık yanında doğrudan ayrımcılık tanımına da yer verilmiştir²⁹⁹.

76/207 sayılı Yönergede esas itibarıyla, kadın ve erkek işçilere işe alınma, mesleki eğitim, mesleki yükselme ve çalışma koşulları açısından eşit davranılması düzenlenmiş olup, eşit davranılması söz konusu olan mesleki faaliyetler konusunda ayırım yapılmamıştır. Bağımlı, bağımsız işler kapsamında olduğu gibi özel-kamu sektörü ayrımı da yapılmamıştır³⁰⁰.

Yönergenin 2. maddesi “eşit davranma” ilkesinin kapsamını “Cinsiyet temelli hiçbir ayrımcılık ne doğrudan ne de dolaylı, özellikle de medeni veya ailevi durumla ilgili olarak yapılamaz.” şeklinde belirlemiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında konuya ilişkin istisna getirilmiştir. Böylece, Üye Devletlerin “işin doğası veya içeriği gereği işçinin cinsiyetinin önem taşıdığı” işleri ilkenin uygulaması dışında bırakmalarına izin verilmiştir. Farklı bir ifadeyle, işin niteliği itibarıyla cinsiyetin vazgeçilmez bir nitelik olduğu hallerde ayrımcılık yapılması eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturmaz. 3. fıkra da kadınların, özellikle de hamilelik ve analık halleriyle ilgili, özel olarak korunmalarını düzenleyen hükümler öngörülmesini kabul etmektedir. 4. fıkra ise “kadınlar ve erkeklere fırsat eşitliğinin sağlanması” amacıyla pozitif ayrımcılığa yönelik önlemlerin alınabileceğine hükmetmektedir³⁰¹.

76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi, “eşit davranma ilkesi”nin sosyal güvenlik alanında da geçerli olacağını öngörmüşse de buna ilişkin başka bir yasal metnin,

²⁹⁶ 75/117 sayılı Kadın ve Erkek İşçiler İçin Ücret Eşitliği Yönergesi, Roma Anlaşması’nın 119. Maddesinde yer alan hükümleri açıklamak amacıyla 1975 yılında bu alandaki ilk Yönerge olma özelliğine sahiptir, bkz. **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, 21.

²⁹⁷ **English**, 31.

²⁹⁸ **Özcüre**, 213.

²⁹⁹ **Özcüre**, 213.

³⁰⁰ **Wikeley/Ogus/Barendt**, 44.

³⁰¹ **English**, 31; **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, 15.

konunun kapsamı, içeriği ve uygulanması ile ilgili düzenlemeler için hazırlanması gerektiğini belirtmiştir³⁰². Bu şekilde, sosyal güvenlik hakkının Yönerge'nin kapsamı dışında tutulmuş olduğu şeklinde bir izlenim doğmaktadır. Buna mukabil ATAD, *Marshall* kararında 76/207 sayılı Yönerge'nin temel bir hakkı düzenlemesi nedeniyle, bahsi geçen hükümde yer alan istisnanın dar yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir³⁰³. Bundan başka Divan, *Meyers v Adjudication Officer* kararında, bir sosyal güvenlik planının konusunun işe alınma, mesleki eğitim ve yükselme ya da çalışma koşullarından biri olması durumunda 76/207 sayılı Yönerge kapsamına dahil olacağını belirtmiştir³⁰⁴.

76/207 sayılı Yönerge'nin ilk taslağında yer alan sosyal güvenlik sistemleri Avrupa'daki tipik, geleneksel, çalışmayan, bağımlı kadın ile aile reisi erkeğinin oluşturduğu aile birimini esas almak eğiliminde idi. İstihdamla ilişkili sosyal güvenlik yardımlarına eşit davranma ilkesinin yerleştirilmesi, hukuki yapıyı, çifte gelirli ailelerin (kadının da çalıştığı veya Avrupa'da yaygın olarak kadının reis olduğu tek ebeveynli) istihdam piyasalarının gerçeklerine uygun biçimde değiştirmenin bir parçası olarak görülmüştü³⁰⁵.

76/207 sayılı Yönerge'nin görüşülmesi sırasında, sosyal güvenlik meselelerine eşit davranma ilkesi uygulamalarının yerleştirilmesi çok az tartışılmıştır. Neticede, taslağın hazırlanması sırasında, Komisyon tarafından iki yaklaşım benimsenmiştir. Bunların ilki; yardımların bireyselleştirilmesinin kadınlarla erkeklerin, birlikte yaşayıp çocuk sahibi olsalar bile, tamamen eşit ve birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelerini sağlayacağıdır. Bu radikal adım kısmen aile yapısının istikrarını bozabileceği yönündeki ideolojik nedenlerle, kısmen de mali kaygılarla reddedilmiştir. Zira aile birimi, bağımlı kişilere; çocuk da olsalar, eş veya yaşlı ebeveynler de olsalar, destek sağlamanın en az masraflı yöntemidir. Bunun yerine Avrupa'daki sosyal güvenlik rejimlerini kökten biçimde yeniden düzenlemeksizin eşitsizlik yaratan durumları ortadan kaldırmayı amaçlayan daha muhafazakar bir yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre; yapılacak yasal

³⁰² **Burrows/Mair**, 77.

³⁰³ ATAD, *Marshall M.H v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, C-152/84, www.europa.eu.int/eur-lex

³⁰⁴ ATAD, *Jennifer Meyers v Adjudication Officer*, C-116/94, [1995], www.europa.eu.int/eur-lex

³⁰⁵ **Burrows/Mair**, 77.

düzenlemenin mesleki yaşlılık aylığı sistemleri gibi, kapsam dışı bırakılmış konular için de eşit davranma ilkesinin gerçekleştirilmesini öngörmesi gerekecektir³⁰⁶.

b) 79/7 sayılı Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesinin Aşamalı Uygulanmasına İlişkin 19.12.1978 Tarihli Yönerge (Sosyal Güvenlik Yönergesi)

aa) Yönergenin Amaçları

Ücretle başlayan ayrımcılık yasağının kapsamı, bu yasağın uygulanacağı alanlar bakımından genişlemiş; ücrette eşitlik ilkesi, işe girme, çalışma koşulları, mesleki eğitim, hizmet akdine son verilmesi alanlarının yanında sosyal güvenlik alanlarında da eşit işlem yükümlülüğü şeklini almış ve böylece iş ilişkisinin sınırlarını aşarak sosyal güvenlik alanında da uygulanır hale gelmiştir³⁰⁷. Sosyal güvenlik haklarından yararlanmada gerçek anlamda muamele eşitliğine ilişkin olarak 1978 ve 1986 yılında olmak üzere iki Yönerge kabul edilmiştir³⁰⁸. Esasen, sosyal güvenliğin cinsiyet eşitliğinin sağlanmasıyla olan ilişkisi, 1976'da Eşit Davranma Yönergesi hazırlandığında kabul edilmişse de konunun özel bir düzenlemeyi hak ettiği fikri de benimsenmiştir³⁰⁹. Gerçekten başlangıçta, Avrupa Birliği mevzuatında sosyal güvenliğin, eşitlik ilkesinin Eşit Davranma Yönergesi ile uygulandığı çalışma koşulları kapsamında ele alınacağı öngörülmüştü. Ancak bu düşünce, 1976 tarihli Eşit Davranma Yönergesi'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında açıkça öngörülmüş bulunan kuralın uygulanmasını sağlamak amacıyla sosyal güvenliğe özel bir düzenleme yapılması doğrultusunda terk edilmiştir³¹⁰. 76/207 sayılı Yönergenin madde 1, 2 hükmünde, *"Eşitlik ilkesinin sosyal güvenlik alanında yürürlüğe konmasını sağlamak için AB Konseyi, Komisyon'un sunduğu bir tekliften yola çıkarak, bunun önemini, kapsamını ve uygulanmasına yönelik düzenlemeleri içeren mevzuatı hazırlayacaktır."* düzenlemesi yer almaktadır.

³⁰⁶ Burrows/Mair, 78.

³⁰⁷ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 6.

³⁰⁸ Özcüre, 214.

³⁰⁹ Ellis, 345.

³¹⁰ Ellis, 348-349.

Bunu takiben, kadınlarla erkeklerin sosyal güvenlik meselelerinde eşit muameleye tabi kılınması ilkesinin aşamalı uygulamasına yönelik ve “Sosyal Güvenlik Yönergesi” başlıklı 19 Aralık 1978 tarihli Konsey Yönergesi Kabul edilmiştir ve söz konusu Yönerge sosyal güvenlikte cinsiyet ayrımcılığını ele alan temel hukuki kaynak olmuştur³¹¹. Farklı bir ifadeyle, 79/7 sayılı Yönerge, 76/207 sayılı Yönergenin 1/2 hükmü ile ilişkili olarak eşit haklara sahip olma ilkesini sosyal güvenlik alanında genişletmektedir³¹².

Sosyal Güvenlik Yönergesi’ne ilişkin olarak, “Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesinin kadın ve erkek için eşit işe eşit ücret ilkesi bağlamında eşit muamele öngören 119. maddesinin, sosyal güvenlik alanını kapsayacak şekilde genişlemesi” şeklinde değerlendirme yapılmıştır³¹³. Yönerge’nin Giriş/Önsöz kısmında eşit davranma ilkesi ile ilgili şu açıklamalar yer almaktadır: “*Sosyal güvenlik alanında eşit davranma ilkesi öncelikle hastalık, malullük, yaşlılık, iş kazaları, meslek hastalıkları ve işsizlik risklerine karşı koruma sağlayan yasal şemalara yerleştirilmelidir. [...] Sosyal güvenlik alanında eşit davranma ilkesinin uygulanmasına yönelik düzenlemelerin yapılması kadınların analık nedeniyle sahip oldukları yasal güvenceleri olumsuz etkilememelidir. Bu doğrultuda üye devletler, kadınlara yönelik eşitliğe aykırı mevcut uygulamaları ortadan kaldırmak amacıyla bir takım özel tedbirler alabilirler.*”

79/7 sayılı Yönerge, kanunla düzenlenmiş sosyal güvenlik yardımlarını konu etmektedir ve genel işçi kategorilerine uygulanması zorunludur. Kural olarak, hem doğrudan hem dolaylı ayrımcılığı, özellikle de medeni veya ailevi durumla ilgili olduğu hallerde yasaklamaktadır. Bununla birlikte, ulusal düzeydeki bir takım istisnalara izin vermektedir. Yönerge, hastalık, malullük, yaşlılık, iş kazaları, meslek hastalıkları ve işsizliğe karşı koruma öngören yasal düzenlemelerde olduğu kadar, bu yasal düzenlemelerin yerine geçen veya bunlara katkıda bulunan sosyal yardım sistemlerinde de eşit davranma ilkesinin uygulanmasını sağlamayı amaçlamaktadır³¹⁴. Dolayısıyla Yönerge’nin hedefi, Üye Devletlerin sosyal güvenlik düzenlerine göre yukarıda sayılan

³¹¹ Ellis, 346.

³¹² Yüksel, 75.

³¹³ Ellis, 346.

³¹⁴ Heide, 43.

sosyal risklerden birinin sonucu olarak çalışamayan kişilere yapılan ödemeler bağlamında, cinsiyetler arası ayrımcılığı ortadan kaldırmaktır³¹⁵.

Yönergenin giriş kısmında eşit davranma ilkesiyle ilgili açıklamalar, eşitliğin sadece çalışma yaşamında yani aktif sigortalılık döneminde kadın-erkek arasında değil, genel olarak riskler temelinde ele alındığı izlenimini yaratmaktadır. Dolayısıyla, çalışma yaşamının sona ermesinden sonra pasif dönemde de kadın-erkek arasında eşitliğin sağlanması hedeflenmiştir. Nitekim, Yönerge'nin çerçevesi bunun hazırlanıp kabul edilmesi sürecinde rol oynayanlar için bile muğlak kalmış olabileceği ifade edilmiştir³¹⁶. En azından, Yönerge'nin temelini/dayanağının cinsiyet eşitliği ilkesini çalışma yaşamından, Devlet'in –örneğin fiziksel bir engeli nedeniyle- artık gelir getiren bir işte çalışamayan kişilere destek sağlamak üzere maddi yardımlarda bulunduğu durumları kapsayacak biçimde genişletmek olduğunun varsayılabilmesi gerektiği ve bu gibi durumların “eşit işe eşit ücret” ilkesinin somut bir örneği olduğu belirtilmiştir³¹⁷.

Yönerge'de, sosyal güvende hem doğrudan hem de dolaylı cinsiyet ayrımcılığını yasaklaması amaç edinilmiş (m.1) ve bu yasağa geniş kapsamlı, önemli sonuçlar bağlanmıştır. Şöyle ki Avrupa Birliği üyesi pek çok ülkenin ulusal sosyal güvenlik mevzuatları ataerkil aile yapısı temelli idi. Kadına yönelik ayrımcılık, söz konusu sosyal güvenlik sistemlerinin önemli bir zaafı olup, bu ayrımcılık hem yasalarda cinsiyetin esas alındığı koşullara göre düzenlemelerin yapılmış bulunmasıyla doğrudan hem de kadının erkeğe nazaran sosyal güvenlik yardımlarından daha az yararlanması sonucu doğurmasıyla dolaylı biçimde ortaya çıkmaktaydı³¹⁸. Yine bu sosyal güvenlik sistemlerinde bazı kişiler de dahil oldukları toplulukta sistemin dayandığı aile düzeni benimsenmediği için ırk veya etnik köken temelli ayrımcılığa maruz kalmaktaydı. Her halde, çeşitli dolaylı ayrımcılık türlerini kapsamaları, Sosyal Güvenlik Yönergesi'nin üye devletlerin sosyal güvenlik mevzuatlarında radikal değişiklikler yapmaları zorunluluğu öngörmesini gerektirmiştir³¹⁹.

³¹⁵ Heide, 43.

³¹⁶ Ellis, 346.

³¹⁷ Ellis, 346.

³¹⁸ Ellis, 347.

³¹⁹ Ellis, 347.

Ancak şuna dikkat edilmelidir ki, Yönerge bir çifti oluşturan her bireyin mutlak olarak ayrı ayrı değerlendirilmesini şart koşacak kadar ileri gitmemekte; yine belli durumlarda çiftlerin, cinsiyet ayrımcılığı gözetmeyen bir sistem etkin hale getirildiği takdirde, belli menfaatlerin sağlanmasında birlikte değerlendirilebilecekleri kabul edilmektedir³²⁰. Bu durum, bazı eleştirilerde, modası geçmiş bir şablon olduğu gerekçesiyle, mevzuatın en ciddi eksikliklerinden biri olarak değerlendirilmektedir. Dahası, Yönerge'nin kendisi de üye devletlerde uygulanmakta olan sistemlerin tümünün uyumlu hale getirilmesini gerektirmemektedir. Şüphesiz, Yönerge hazırlanırken bu konu hakkında siyasi uzlaşma sağlanamamıştır, hatta bugün bile bu hususun arzu edildiğini söylemek zordur. Komisyon, Aralık 1989'da hükümet liderleri tarafından gerçekleştirilmiş bulunan Zirve Toplantısında prensipte üzerinde anlaşılan Sosyal Şart'ı yorumlayarak değerlendirmiş ve üye devletlerde yürürlükte bulunan sosyal güvenlik sistemlerinin uyumlaştırılması koşulunu kabul etmemiştir³²¹.

20. yüzyılın son yıllarında işsizliğin önemli bir sorun olarak mevcut bulunması üye devletlerin, sosyal güvenlik sistemlerinin uyumlu hale getirilmesinden ziyade istihdam politikaları üzerine yoğunlaşmalarına neden olmuştur³²². Örneğin; Aralık 1996'da gerçekleştirilen Dublin Zirve Toplantısı'nda sosyal güvenliğin daha "istihdam dostu" hale getirilmesi gereği vurgulanmıştır. Ancak, Avrupa'da artan yaşlı nüfus sebebiyle sosyal güvenliğin yükselen maliyetleri Komisyon'un dikkatinin yönünü değiştirmiştir. Komisyon, 1997 tarihli "Sosyal Güvenlik Raporu"nda malullük nedeniyle yardım alanların sayısının azaltılmasına yönelik bir eğilim bulunduğu ve bu doğrultuda, malullüğün tespitini daha katı kurallara bağlayan testler yapılması ile sakatlığı bulunanlara iş bulunmasının –özellikle de bu alanda ayrımcılığın önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasıyla- üzerinde durulduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, Rapor'da, yaşlı çalışanların da tam süreli çalışma yerine kısmi süreli çalışmaya geçilmesi desteklenerek çalışma hayatından mümkün olduğunca geç ayrılımlarının sağlanması yönünde yeni politikalar izlendiği belirtilmiştir³²³.

³²⁰ Ellis, 347.

³²¹ Ellis, 347.

³²² Ellis, 348-349.

³²³ Ellis, 348-349.

Sjerps'e göre; sosyal güvenlik yardımları (genellikle işsizlik, sakatlık ve hastalık hallerinde belli bir süreyle sınırlı) söz konusu olduğunda eşitlik ilkesinin gelirle ilişkilendirilmesi, bütçeye bağlı (hak sahibinin hiçbir geliri bulunmadığı durumlarda dahi asgari bir gelir güvencesi sağlayan) yardımlara kıyasen daha kolay kabul edilmektedir. Öyle ki çoğunluğun, aynı mesleği icra edip aynı miktarda prim ödeyen kadınlar ile erkeklerin bütçeye bağlı olmayan sosyal güvenlik yardımlardan eşit miktarda yararlanmalarını mantıklı bulduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, bütçeye bağlı (veya “net bir güvence sağlayan”) yardımlar söz konusu olduğunda pek çok kişi, bireylerin öncelikli olarak Devlet'ten değil, ailelerinden veya diğer yakınlarından destek almaları görüşünü benimsemektedir. Bu bakış açısı kuşkusuz söz konusu yardımların bireyselleştirilmesine engel olmaktadır³²⁴.

Söz konusu yaklaşım dikkate alındığında, sadece aynı mesleği icra eden ve aynı oranda prim ödeyen kadın ve erkeklerin sosyal güvenlik yardımlarından eşit miktarda yararlanmaları değil, aynı zamanda aynı mesleği bağımlı ya da bağımsız icra eden, aynı miktarda prim ödeyen çalışanların da eşit miktarda sosyal güvenlik yardımına hak kazanması gerektiğini kabul etmek doğru olacaktır. Ancak çalışma ilişkisinin niteliği bazı durumlarda farklı prim ödenmesini haklı kılabilir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, 79/7 sayılı AT Yönergesi sosyal güvenlik meselelerinde kadınlarla erkeklere eşit davranma ilkesinin kademeli olarak uygulamaya konmasına ilişkindir. Yönerge, yasal sosyal güvenlik sistemlerine uygulanır. “Kademeli” ifadesiyle kastedilen Yönerge'nin sosyal güvenliğin tüm bölümlerine uygulanmamasıdır. Zira yalnızca “yasal sosyal güvenlik sistemleri” Yönerge'nin kapsamında olup bunlar için de bazı istisnalar öngörülmüştür (geride kalanların hak kazandıkları yardımlar ve aile yardımları Yönerge'nin maddi kapsamı dışında bırakılmıştır). Dahası, kademeli uygulanma süresi 6 yıl olarak belirlenmiş olup bu süre 23 Aralık 1984'te dolmuştur. Son olarak, Yönerge'nin 7. maddesi Üye Devletlere, yasal sosyal güvenlik sisteminin bazı alanlarını Yönerge'nin kapsamı dışında bırakma imkanı tanımaktadır³²⁵.

³²⁴ Ellis, 349.

³²⁵ Pennings, 325-326.

bb) Yönergenin Doğrudan Etki Niteliği Taşınması

Ulusal sosyal güvenlik hukukunda eşitliğe ilişkin etkili ve en önemli AB müktesebatı kaynağı 79/7 sayılı Konsey Yönergesi'dir³²⁶. Yönerge hükümlerinin gerçekleşebilecek doğrudan etkileri Eşit Ücret ve Eşit Davranma Yönergelerinin hükümlerinden daha az sorun çıkarmaya elverişlidir. Zira Eşit Ücret ve Eşit Davranma Yönergelerinin hükümleri, bireyler (işçi ile işveren) arasındaki olaylara yatay olarak doğrudan etki edememekten, Sosyal Güvenlik Yönergesi'nin devlet ile bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemeyi amaçlaması bunun hükümlerinin dikey olarak uygulanmasına imkan vermektedir³²⁷.

ATAD, *Hollanda v FNV kararında* (C-71/85 [1986]) Yönerge'nin "doğrudan etkisini" ele almıştır. Hollandalı bir işçi sendikası, Hollanda hükümetinin bazı evli kadınları işsizlik ödeneğinden mahrum bırakan mevcut yasal düzenlemeyi değiştirmede başarısız olması üzerine, hatalı mevzuat nedeniyle davacı olmuştur. Hollanda hükümeti yasanın ayrımcılık yarattığını kabul etmekle birlikte ilgili değişikliğin o tarihte yapılmasının imkansız olduğunu ileri sürmüştür. Yasal görevlerinden biri işçilerle ailelerinin haklarının güvence altına alınmasını sağlamak olan FNV (davacı) Divan'dan hükümetin, hatalı yasal düzenlemeyi askıya almasına hükmetmesini talep etmiştir. Hollanda mahkemesi ise ATAD'a bir Yönerge'nin doğrudan etkisi bulunup bulunmadığı sorusunu yöneltmiştir. Mahkeme, Yönerge'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının uygulama bakımından sosyal güvenlikle ilgili meselelerde eşitlik ilkesinin kaynağını oluşturduğunu ve "genel ve tartışmasız biçimde" her türlü ayrımcılığı kapsadığını belirtmiştir. Bu nedenle de doğrudan etkiler yaratabileceğine karar vermiştir. 7. maddenin eşitlik ilkesi için istisnalar öngörerek üye devletlere kısmen bir takdir hakkı vermesi ve 5. maddenin eşit davranma ilkesinin uygulamaya geçirilmesi yöntemlerini seçme serbestisi tanınması, 4. maddenin mutlaklığını etkilemez. 23 Aralık 1984 tarihinde 4. maddenin 1. fıkrası, Hollanda'nın hatalı düzenlemesinin uygulanmasını imkansız

³²⁶ Wikeley/Ogus/Barendt, 43.

³²⁷ Ellis, 349-350. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları ile yönergeler kural olarak üye devlet hukuklarında doğrudan etkili değildir; bu nedenle kural olarak yönerge hükümlerinin bireyler arası yatay ilişkilerde ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Ancak hükümleri açık, koşulsuz ve takdir yetkisine yer vermeyecek biçimde düzenlenmiş ve iç hukuka süresi içinde aktarılmamış ya da bu aktarma işleminin eksik veya hatalı yapılmış olması halinde, yönerge dikey ilişkilerde de uygulanabilir, bkz. Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 2.

kılmış, dolayısıyla bu tarihten itibaren Yönerge'nin ulusal hukuk düzenlerinde haklar yaratabileceği ATAD tarafından kabul edilmiştir³²⁸.

cc) Yönergede Yasaklanan Faaliyet

Yönergenin 4. maddesinin 1. fıkrasında “işe giriş şartları, prim ödeme yükümlülüğü, primlerin ve ödemelerin hesabı, eş ve bakıma gereksinimi olanlara yapılan yardımlar konusunda –özellikle medeni ve ailevi durumu esas alan her türlü cinsiyete dayalı ayrımın yasak olduğu” düzenlenmiştir³²⁹. Bu bakımdan işlem eşitliğinden ya da ayrım yasağından kasıt, sosyal güvenlik rejimlerinin kapsamı ve bunlardan yararlanma koşulları, prim ödeme zorunluluğu, primlerin hesaplanması ve ödeneklerden yararlanma süresine dair koşullar bakımından doğrudan veya dolaylı cinsiyet ayrımcılığıdır³³⁰. Buna karşılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları farklı belirtilmemiştir³³¹. Yukarıda da ifade edildiği üzere, eşit davranma ilkesinin öncelikle hastalık, malullük, yaşlılık, işsizlik, iş kazası ve meslek hastalığı risklerine karşı koruma sağlayan yasal sosyal güvenlik sistemlerinde uygulanması öngörülmüştür³³². Düzenleme cinsiyet temelli ayrımcılıkla sınırlı tutulmuştur.

Yönergenin m.4/2 hükmünde ananın korunması hakkındaki özel düzenlemelerin eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceği açıklanmıştır. 6. madde hükmünde üye devletlerin mevzuatlarında sosyal güvenlik sistemlerinde eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturan kanun, tüzük ve diğer hukuki düzenlemeleri kaldıracakları ifade edilmiştir. 7. maddede ise, taraf devletlerin ulusal hukuklarında farklı düzenlemeler getirebilecekleri sosyal sigorta konuları belirlenmiştir³³³. Daha açık bir ifadeyle, 79/7 sayılı Yönerge eşit davranma ilkesine bazı istisnalar da öngörmüştür. Bunlar, ağırlıklı olarak 7. maddede düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, 7. maddenin 1. fıkranın a bendindeki “*yaşlılık ve emeklilik aylıkları ile bundan kaynaklanabilecek diğer yardımların tahsisi için emeklilik yaşının belirlenmesi*”ni Yönerge'nin kapsamı dışında bırakan ve önemli miktarda

³²⁸ Burrows/Mair, 81.

³²⁹ Yüksel, 76.

³³⁰ Özcüre, 214.

³³¹ Aydınöz, 167.

³³² Aydınöz, 167.

³³³ Yüksel, 76.

içtihat oluşturulmasına sebep olan hükümdür. Dolayısıyla bazı yabancı ülkelerin sosyal güvenlik sisteminin, kadınlarla erkekler için farklı emeklilik yaşları (60 ve 65) belirlemiş olması, ayrımcılık sonucu doğurmamaktadır³³⁴.

Örnek olarak ATAD tarafından, emeklilere ve engelli kişilere tanınan, kamusal toplu taşımalarda imtiyazlı seyahat ücretine hak kazanılmasına ilişkin *Atkins v. Wrekin District Council and Department of Transport* (C-228/94 [1996]) davasında, Bay Atkins 63 yaşındayken yaşadığı ilçedeki toplu taşıma araçlarında imtiyazlı ücret hakkından yararlanılmadığı, buna karşılık aynı yaştaki bir kadının bu hakka sahip olduğu gerekçesiyle ilgili düzenlemenin ayrımcılık meydana getirdiğini iddia etmiştir. Nitekim ilgili düzenlemeye göre engelliler ve 65 yaşın üzerindeki erkeklerle 60 yaşın üzerindeki kadınlar imtiyazlı seyahat ücretinden yararlanmaktadırlar. Ancak Divan verdiği kararda söz konusu hakkın Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrasındaki risklerden birine karşı doğrudan ve etkin bir koruma sağlamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir³³⁵.

Bir başka örnek de *Thomas* davasıdır (C-328/91, *Thomas v. Secretary of State for Social Security*). Karara konu olan olayda, davacıların tamamı çalışmayı, 60 ila 65 yaşları arasında, bakım ihtiyacı veya hastalık nedeniyle, bırakmış kadınlardır. Davanın açıldığı dönemde emeklilik yaşına ulaşmamış bulunan davacılar, bu aylığa hak kazandıktan hemen sonra emeklilik yaşına eriştikleri için sadece malul bakım aylığı alabilmektedirler. Divan öncelikle bir ayrımcılığın ancak yasal emeklilik yaşıyla arasında mecburi bir bağ bulunduğu kabul edilebileceğini belirtmiştir. Üstelik bu ayrımcılık ya “sosyal güvenlik sisteminin karmaşık mali dengesinin bozulmasını önlemek” ya da “yaşlılık aylığı sistemi ile diğer sistemler arasındaki uyumun korunmasını sağlamak” için objektif olarak gerekli olmalıdır. Davaya konu olan ayrımcılık bu koşulları sağlamamaktadır³³⁶. Görüldüğü üzere, salt farklı yaş hadlerinin belirlenmiş olması ayrımcılığın varlığı için yeterli sayılmamış, ayrımcılığın oluşması için objektif nitelikte bazı koşulların bulunması gerekli kabul edilmiştir.

³³⁴ Wikeley/Ogus/Barendt, 47.

³³⁵ Heide, 46-47.

³³⁶ Wikeley/Ogus/Barendt, 48.

Söz konusu kararlardan biri ATAD tarafından ele alınan *Gemert-Derks* davasına ilişkindir³³⁷. Karara konu olan olayda, Bay Gemert-Derks ölünce, dul kalan eşi (kendisine ait) malullük aylığı hakkını kaybetmiş ve bunun yerine kendisine ölüm aylığı bağlanmıştır. Zira Hollanda hukukuna göre ölüm aylığına hak kazanan kadınlar mevcut malullük aylığı haklarını kaybetmektedirler. Hollanda yerel mahkemesi böyle bir uygulamanın Sosyal Güvenlik Yönergesi'ne aykırı olup olmadığını sormuştur. Bahsi geçen Yönerge, 79/7 Sayılı Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesinin Tedricen Uygulanmasına İlişkin 19.12.1978 Tarihli Yönergedir. ATAD, bu durumun erkeği değil ama sadece kadını kayba uğrattığı gerekçesiyle bir doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğini kararlaştırmıştır. Dolayısıyla Yönerge'ye aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Öğretide bir görüşe göre, eğer dul kadınlara aylıklar arasında seçim hakkı sunulsa ve dul kadınlar bu konuda tamamen bilgilendirilmiş olsa, ayrımcılık sonucu doğmazdı³³⁸. Kararda açıklık olmamakla beraber, eşini kaybeden erkek ya da kadının benzer durumda kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre, malullük aylığı aldığı sırada, eşini kaybeden erkeklerin, kadınlara göre daha avantajlı olması doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir.

ATAD *Marshall* davasında³³⁹ da doğrudan ayrımcılığı ele almış ve kadınların 62, erkeklerin ise 65 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanmaları üzerine işverenlerin iş sözleşmesini feshedebilmesini mümkün kılan sözleşme hükmünün kadınlar aleyhine doğrudan ayrımcılık oluşturduğunu belirtmiştir. Divan, kararda Yönergenin 7/1(a) hükmünün dar yorumlanması gerektiğine karar vermiş ve somut olayda asıl sorunun ilgili maddeden başka, 76/207 sayılı Yönerge'nin çalışma koşullarında eşit davranma ilkesini ilişkin düzenlemeyi (m. 5/I) ilgilendirdiğine karar vermiştir.

³³⁷ ATAD, C-337/91, van Gemert-Derks v Bestuur van de Nieuwe Industriële Bedrijfsvereniging (1993), www.europa.eu.int/eur-lex.

³³⁸ **Burrows/Mair**, 89-90.

³³⁹ ATAD, C-152/84, Marshall M.H v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, www.europa.eu.int/eur-lex. **Blainpain**, 432.

dd) Yönergenin Kapsamı

Yönergenin 3. maddesi, riskler bakımından kapsama ilişkindir. Buna göre Yönerge, iş kazası, meslek hastalığı, malullük, yaşlılık ve işsizlik risklerini kapsamaktadır.

Yönergenin 2. maddesinde, yönergenin kişiler bakımından kapsamına yer verilmiştir. Adı geçen madde şu şekildedir: “*Bu Yönerge kapsamına çalışan nüfus, ki buna bağımsız çalışanlar, işçiler ve çalışması hastalık, iş kazası ya da istenmeyen işsizlik nedenleri ile kesintiye uğramış işçiler ile bağımsız çalışanlar ve iş arayanlar da dahildir- ve emekli işçiler ya da malul işçiler ve emekli veya malul bağımsız çalışanlar girer.*” Görüldüğü üzere, çalışma ilişkisinin niteliği önem taşımamaktadır. Başka bir ifadeyle, bağımlı ya da bağımsız çalışma olgusu, kapsama dahil olmada rol oynamamaktadır³⁴⁰. Buna karşılık, maddenin lafzından bazı önemli kategorilerin dışlandığı anlaşılmaktadır. Özellikle de maddede “çalışması kesintiye uğramış” ifadesinin kullanılmış olması daha önce bir çalışması bulunmayanların Yönerge’nin kapsamı dışında bırakıldıkları olarak açıklanabilir³⁴¹. Aynı şekilde, “iş” arayan kimselere vurgu yapılmış olması da –Yönerge dahilindeki başka bir kategori içinde de değerlendirilemedikleri takdirde- önceden bir çalışması bulunmayan veya kendi isteğiyle önceki çalışmasına son vermiş ev kadınlarının da hariç tutuldukları şeklinde yorumlanmasına sebebiyet verebilir. Bu durum, Yönerge’nin en önemli eksikliklerinden birini teşkil etmekte ve eşitlik mevzuatını hazırlayanların bile ağırlıklı olarak ataerkil düşünce yapısına sahip bulunduklarını ortaya koymaktadır³⁴².

Yönerge, her halde sosyal refah politikalarının tüm boyutlarını kapsamayı amaçlamamaktadır. Gerçekten, 79/7 sayılı Yönerge, hiçbir zaman çalışmamış veya çalışmış ama kendi isteğiyle artık çalışmayan, üstelik iş de aramayan kişilere uygulanmaz³⁴³.

³⁴⁰ Böylece diğer yönergelerden farklı olarak sosyal güvenlik alanında eşitlik ilkesinin benimsenmesi, işçilerin yanı sıra bağımsız çalışanlar, emekliler, işsizler için de söz konusu olmuştur, bkz. **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, 7.

³⁴¹ **Ellis**, 350.

³⁴² **Ellis**, 350-351.

³⁴³ **Heide**, 44.

Her ne kadar ATAD Yönerge'nin kişiler bakımından kapsamını tanımlamaya çalışmışsa da çok sayıda kadın, özellikle de evli veya biriyle beraber yaşayan ve *çocuklarını yetiştirmek için işlerinden ayrılmış* kadınlar, Yönerge kapsamında değildir³⁴⁴. Ancak yine de ifade edilebilir ki, ATAD'nin cinsiyet eşitliğine yaklaşımı sosyal adaleti desteklemiş ve ayrımcılığa karşı daha etkili bir koruma sağlanmasına katkıda bulunmuştur³⁴⁵.

Bu bağlamda Yönergenin kapsamı ile ilgili ATAD'ın verdiği kararlar önem taşımaktadır. ATAD'ın Yönergenin kişiler bakımından kapsamını düzenleyen 2. maddesini geniş yorumladığı görülmektedir³⁴⁶. Avrupa Adalet Divanı'nın Yönerge'nin 2. maddesinin kapsamıyla ilgili vermiş olduğu ilk karar *Drake v Chief Adjudication Officer* (Case 150/85 [1986] ECR 1995) kararıdır. Bayan Drake, ücretli işinden 1984 senesinde engelli annesine bakmak üzere ayrılmıştır. Annesi İngiliz sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde bakım ödeneği almakta ise de Bayan Drake'in malul bakım ödeneğinden yararlanması, 1975 tarihli İngiliz Sosyal Güvenlik Yasası gereği, eşiyle yaşayan evli bir kadın olması nedeniyle kabul edilmemiştir. Bayan Drake, bu duruma ATAD'da Sosyal Güvenlik Yönergesi'ne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle itiraz etmiştir. Vaka ile ilgili, Adalet Divanı'nı önündeki ilk mesele Bayan Drake'in Sosyal Güvenlik Yönergesi'nin 2. maddesi kapsamında bulunup bulunmadığıdır. Burada sorun, kendisinin iş arayan kişi olmaması ve her ne kadar önceki çalışması engellilik (malullük) nedeniyle kesintiye uğramışsa da bunun kendisinin değil, annesinin engelliliği olmasıdır. Adalet Divanı bu konuda; Yönerge'nin 2. maddesinin bir kimsenin çalışmasının 3. maddede sayılan risklerden biri nedeniyle kesintiye uğraması fikri üzerine kurulu olduğunu ve Bayan Drake'in de anılan maddede yer alan engellilik (malullük) sonucunda çalışmayı bıraktığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Bayan Drake'in durumunun da Yönerge kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır³⁴⁷.

Bu açıklama, şüphesiz, bir kadının sağlıklı aile bireylerinin bakımı için işinden ayrıldığı takdirde değil, bunun sadece 3. maddede sayılan risklerden birinin gerçekleşmesi

³⁴⁴ Burrows/Mair, 79.

³⁴⁵ Heide, 29.

³⁴⁶ Wikeley/Ogus/Barendt, 45.

³⁴⁷ Nielsen/Szysczak/Forlag, 188-189.

halinde 2. madde dahilinde olduğu şeklinde uygulanmalıdır³⁴⁸. ATAD bu yaklaşımı ile riskin gerçekleştiği kişileri dikkate alarak ayırma gitmemiş ve risk nedeniyle işten ayrılmayı yeterli saymıştır. Farklı bir ifadeyle, ATAD riskten etkilenenin talepte bulunan kişiden başkası olmasının mümkün olduğuna karar vermiştir: “*Üye Devlet’in engellilik/malullük riskinin sonuçlarına karşı çeşitli yollarla önlem alması mümkündür. Örneğin, İngiltere’nin yaptığı gibi, biri engelli/malul kişiye, diğeri de ona bakan kişiye ödenmek üzere iki ayrı ödenek öngörebilir. Bir diğer örnek olarak; Üye Devlet, aynı sonucu engelli/malul olan sigortalıya yukarıdaki iki ödeneğin toplamına denk gelecek bir ödenek sağlayarak da ulaşabilir. Bu nedenle, 79/7/EEC sayılı Yönerge’nin 1. maddesinde işaret edilen ve 4. maddesinde eşit davranma ilkesinin kademeli olarak hayata geçirilmesini sağlamak amacıyla 3. maddenin 1. fıkrası, burada bahsi geçen yasal düzenlemelerle sağlanan yardımların tümünü kapsayacak biçimde geniş olarak yorumlanmalıdır. Ayrıca, malul bir kimsenin bakımını gerçekleştiren kişiye sosyal güvenlik yardımları yapılması/ödenek bağlanması bir malullük durumunun varlığı kadar bu durumun ödeme yapılmasının olmazsa olmazını teşkil etmesine de bağlıdır. Bundan başka, vurgulanmalıdır ki sağlanan yardım ile engelli/malul arasında açık bir bağlantı bulunmaktadır, zira engelli/malul kimse, bakımı üstlenen kişiye bu nedenle ödenek veriliyor olmasından fayda sağlamaktadır.*”

Züchner v Handelskrankenkasse Bremen (case C-77/95 [1996] ECR I-5689) davasında da, Bayan Züchner, ağır engelliliği (malullüğü) bulunan eşine bakmaktadır. Ancak Züchner önceden çalışmadığı için eşinin engelliliği nedeniyle çalışmasının kesintiye uğraması veya (gerçekleştirdiği bakımın ağırlığı nedeniyle) bir iş araması söz konusu değildir. Bununla birlikte, Bayan Züchner’in eşine bakabilmek için eğitim aldığı ve aslında böylesi bir bakımın ücretli bir iş olarak gerçekleştirilebileceği davaya konu olaydan anlaşılmaktadır³⁴⁹. Adalet Divanı’nın kararı ise şu şekildedir: “2. maddedeki ‘faaliyet’ kavramı ‘ekonomik’ veya başka bir ifadeyle ‘gelir getiren’ faaliyeti ifade etmektedir. Bir ailenin bir ferdinin, diğer bir ferdi için ücret karşılığı olmaksızın yeterlilik belgesi gerektiren bir faaliyette bulunmasının Yönerge’nin kapsamına dahil edilmesi 2. maddeyi sınırsızca genişleten bir yorumu olur. Halbuki 2. maddenin amacı

³⁴⁸ Ellis, 351.

³⁴⁹ Ellis, 352.

Yönerge'nin sınırlarını çizmektir. Şu halde, davaya konusu olay, Yönerge kapsamında değerlendirilemez.” Ayrıca, kararda, ATAD, Yönerge'nin 2. maddesinin “bir kimsenin eşinin bakımını ücretsiz olarak üstlenmesinin –gerçekleştirdiği bakım ne kadar ağır ve özel eğitime bağlı olursa olsun- işinden ayrılmasına neden olmadığı veya iş aramasını kesintiye uğratmadığı için” bu kimseyi Yönerge kapsamında dahil sayılacak kadar geniş yorumlanmaması gerektiğini de ifade etmiştir.

Doktrinde karara ilişkin eleştirilebilecek iki önemli husus olduğu ileri sürülmektedir³⁵⁰. İlk olarak, kararda Bayan Züchner'in gerçekleştirdiği bakım faaliyetinin gerçek ekonomik değeri göz ardı edilmiştir. Zira söz konusu bakım bir eşten evlilik birliği içinde beklenebilecek düzeyi aşmış olup kendisi tarafından yerine getirmeseydi, Devlet'in bunun için ödeme yapması gerekecektir. Daha net bir ifadeyle, Bayan Züchner Devlet tarafından ücreti ödenen bir hemşire veya hastabakıcı gibi kabul edilmelidir. Dolayısıyla, Bayan Züchner aslında işgücüne/çalışan nüfusa dahildir. İkinci olarak, her ne kadar ATAD, 2. maddenin kapsamını sınırlandırmak amacı doğrultusunda hareket etmişse de Yönerge'nin temel amacı olan “ayrımcılığın yasaklanmasını” gözardı etmiştir. Gerçekten de yakınlarının bakımını üstlenmek için geleneksel “ücrete dayanan” çalışma yaşamının dışında kalanların çoğunlukla kadınlar olması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, Yönerge'nin bu kadınları koruma haricinde bırakacak şekilde yorumlanması metnin esas amacının aile kurumuna ataerkil, modası geçmiş ve hakkaniyetsiz yaklaşan bir bakış açısına kurban edilmesi sonucu doğurur³⁵¹. Kararın eleştirisinde de belirtildiği üzere, ATAD verdiği karar ile bir çok kadını kapsam dışında bırakmıştır. Her ne kadar doğrudan ayırım söz konusu değilse de toplumların yapısı esas alındığında kadınların aleyhine dolaylı ayrımcılık yapıldığı sonucuna varılacaktır.

Divan'ın *Johnson v Chief Adjudication Officer (C-31/90)* kararında da şu ifadelere yer verilmiştir: “Yönerge'nin 2. maddesi anlamında bir ‘çalışma yaşamında yer alan bir kişi’ olmak için iş arayan bir kimse olmak yeterlidir. Bu kimsenin önceki işinden ayrılma nedeninin veya önceden bir işte çalışıp çalışmamasının bir önemi yoktur.

³⁵⁰ Ellis, 352.

³⁵¹ Ellis, 352-353.

Ancak, ilgili kişi Yönerge'nin 3. maddesinde somutlaştırılmış risklerden biri meydana geldiğinde iş aramakta olduğunu ispatlamalıdır. Bunun tespitini de yerel mahkeme, bu kimsenin 3. maddede sayılan risklerden birinin meydana gelmesinden etkilendiğı sırada iş bulma kurumlarına kayıtlı olup olmadığını, işverenlere iş başvuruları yapıp yapmadığını ve iş görüşmelerine katıldığına dair belgeler bulunup bulunmadığını araştırarak yapacaktır. Bunu takiben 79/7 sayılı Yönerge ile korunmaları garanti altına alınmış olanlar, mesleki faaliyetlerinden çocuklarını yetiştirmek için vazgeçmiş ancak daha sonra iş aramaya başladıkları sırada çalışmalarının/iş görebilmelerinin olanağı kalmayan kimselerdir.” Divan, 2. maddenin yorumlama şeklinin kadınlar için orantısızca dezavantajlı bir durum yarattığı iddiasını da şu şekilde cevaplamıştır: “79/7 sayılı Yönerge'nin girişi ve buna ilişkin 1. maddesine göre Yönerge sadece kadınlar ile erkeklerin sosyal güvenlik alanında eşit muamele görmelerinin aşamalı olarak uygulamaya konmasını amaçlamaktadır. Çalışmayan annelerin sosyal güvenceye kavuşturulmaları olabildiğince gözetilmişse de 7. maddenin 1. fıkrasının b bendi uyarınca çocuklarını yetiştirmek için çalışmaya ara verdiği hallerde kadının sosyal yardımlara hak kazanması üye devletlerin iç hukuk sistemlerine bırakılmıştır. Ulusal hukuk düzenlerinde yer almaya devam eden ayrımcılıkları kaldırmaya yönelik önlemleri alıp almamayı takdir edecek olan Topluluğun yasama organıdır.”

Görüldüğü üzere, Divan bu kararında önceki kararlarından farklı olarak, kişinin işten ayrılma nedeninin ve önceden bir işte çalışıp çalışmamasının önemi olmadığına karar vermiştir. Divan 3. maddede yer alan risklerden biri meydana geldiğinde iş aramakta olduğunun ispatlanmasını yeterli saymıştır. Ancak bahsi geçen maddede analık hali sayılmadığından, kadınların korunma kapsamı dışında bırakıldığı eleştirisi yöneltmiştir. Gerçekten, çocuklarını yetiştirmek için iş yaşamını sonlandıran kadınlar kapsama alınmamıştır. Bu kadınlar ancak iş aradıkları sırada, 3. maddede belirlenen risklere maruz kalırlarsa kapsama dahildir. Divan, çocuklarını yetiştirmek için çalışmaya ara veren kadınların sosyal yardımlara hak kazanmasının üye devletlere bırakıldığını belirtmiştir.

Çalışmaya çocuk yetiştirmek amacıyla ara veren ve çalışma hayatına geri dönmesi hastalık nedeniyle engellenmiş bulunan kadın veya erkekler, “bu kişi iş aramaktayken

bu arayışı 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinde sayılan risklerden birinin somut örneği sonucunda kesintiye uğramamışsa”, Yönerge kapsamında değildirler. Çalışmayan bir kadın veya erkek, çalışmayı 3. maddedeki risklerden kaynaklı bir nedenle bırakmışsa, Yönerge’ye tabidir³⁵².

Kadınların erkeklere kıyasla ağırlık olarak kısmi zamanlı işlerde çalışıyor olması sosyal haklar bakımından onların aleyhine sonuçlar yaratarak dolaylı ayrımcılığa maruz kalmalarına yol açmaktadır³⁵³. Divan isabetli biçimde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan kadınların da kapsamda olduğu sonucuna ulaşmıştır. *Nolte v Landesversicherungsanstalt Hannover* (C 317/93 [1995]) davası Alman hukukunda “minör” iş olarak adlandırılan yani haftada 15 saatten az süreli işlerde çalışıp yaşlılık sigortası için prim ödeyenlerin ortalama ücretlerinin en fazla yedide biri kadar ücret alanların da Yönerge kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri meselesini ortaya atmıştır. *Megner ve Scheffel v Innungskrankenkasse Vorderplatz* (C-444/93 [1995]) ise buna ilaveten, kendi iç hukukuna göre kısmi süreli çalışanlardan haftada azami 18 saat çalışanları ele almıştır.

Her iki davada da Divan, Yönerge’nin ikinci maddesinde bahsedilen “çalışan kesim” ifadesinin “çok geniş” olup “minör” ve “kısmi süreli” işlerde çalışanları da kapsadığını belirtmiştir: “*Çalışanın gelirinin tüm ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek düzeyde olmaması onu çalışan kesime dahil olmaktan alıkoymaz. Divan’ın içtihatları, iş görme ediminden elde ettiği kazanç geçimini sağlayacak asgari miktarın altında olsa veya çalışması haftalık 18 saatten ya da 12 saatten ve hatta 10 saatten az olsa dahi bu kimsenin Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması 48. ve 119. maddeleri ile 79/7 sayılı Yönerge’nin amaçları dışında kalacağı yönünde değildir.*”³⁵⁴

R v Secretary of State for Social Security, ex parte Smithson (C-243/90 [1992]) davasında; kadın ile erkeğe daha yüksek “yaşlılık aylığı payı (*higher pensioner premium*)” konusunda ayrışık/ayrımcı haklar sağlanması ele alınmıştır. Davada Yüksek

³⁵² Heide, 44.

³⁵³ Özcüre, 214.

³⁵⁴ Ellis, 353.

Mahkeme'nin tartıştığı ilk mesele, buradaki "daha yüksek yaşlılık aylığı payı"na hak kazanmaya ilişkin aleni cinsiyet ayrımcılığının Yönerge'yi ihlal edip etmediği olmuştur. İngiliz hukukunda konut yardımı, geliri belli bir miktarın altında kalanlara ödenmektedir. "Belli bir miktar"ın belirlenmesinde esas alınan unsurlardan biri 60-80 yaşları arasında, yalnız yaşayan ve buna ilaveten başka bir veya birden fazla sosyal güvenlik yardımından (eskiden bu yardımlar arasında malullük aylığı da bulunmaktaydı) yararlanan kişilere ödenen "daha yüksek yaşlılık aylığı payı"dır. Malullük aylığı ise emeklilik yaşına (kadınlar için 60 ve erkekler için 65) kadar ama ayrıca, emeklilik yaşına eriştikten sonra ilaveten 5 yıl daha çalışan kişilere ödenmektedir. Emekli olmuş ancak henüz 65 (kadınlarda) ve 70 (erkeklerde) yaşına erişmemiş herkes yaşlılık aylığından vazgeçip bunun yerine malullük aylığı ödenmesini tercih edebilir. 67 yaşındaki Bayan Smithson, bu yaştaki bir kadınının malullük aylığına hak kazanamaması nedeniyle, malullük aylığı alamadığı için "daha yüksek yaşlılık aylığı payı "ndan da yararlanamamaktadır. ATAD kararında, "*Hak sahibinin konut yardımından yararlanmaya ihtiyaı olup olmadığının belirlenmesinde yaş ve malullük, koşulların sadece ikisini oluşturmaktadır. Bu koşulların 'daha yüksek yaşlılık aylığı payı' için uygun olma konusunda belirleyici oluşu bunu 79/7 sayılı Yönerge'nin kapsamı dahilinde değerlendirmek için yeterli değerildir. Zira özünde "daha yüksek yaşlılık aylığı payı" hak sahibine konut masraflarını karşılayamadığı için yapılan yardımın ayrılmaz bir parçası olup bu nedenle, 3. maddenin 1. fıkrasında sayılan risklerin dışında kalmaktadır*" ifadeleriyle olayda Yönerge'ye aykırılık teşkil eden bir ayrımcılık olmadığı sonucuna varmıřtır³⁵⁵.

c) 86/378 sayılı İşyerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranmaya İlişkin 12.08.1986 Tarihli Yönerge ve Yönergeyi Değerıştiren 96/97 sayılı 26.12.1996 Tarihli Yönerge

aa) Yönergenin Amacı

79/7 sayılı Yönerge'de zorunlu sosyal güvenlikle ilgili meselelerde eşit davranma ilkesi öngörülürken, özel sosyal güvenlik rejimi niteliğindeki mesleki sosyal güvenlik,

³⁵⁵ Ellis, 357-358; Nielsen/Szyszcak/Forlag, 190-191; Banks, 62.

Konsey'in mesleki sistemlere yönelik düzenlemeleri akabinde yapması koşuluyla, özellikle hariç tutulmuştur. Bu düzenleme de 86/378 sayılı Yönerge ile yapılmıştır³⁵⁶. Yönergenin amacı, işyeri emeklilik sigortası gibi özel sigorta sistemlerinde kadın erkek eşitliğini sağlamaktır (m.1). 79/7 sayılı Yönerge ile zorunlu sosyal güvenlik sistemlerinde kadın-erkek arasında muamele eşitliğinin sağlanması yönünde getirilen düzenlemeler, 86/378 sayılı Yönerge ile mesleki sosyal güvenlik sistemleri için de aynen kabul edilmiştir³⁵⁷.

Yönerge ile paralel biçimde, ATAD dikkatini, AT Antlaşması'nın 119. maddesindeki (ATA m. 141) eşit ücret ile mesleki sosyal güvenliğin görünümüleri (özellikle de yaşlılık aylıkları) arasındaki ilişkiye yöneltmiştir. Divan, mesleki yaşlılık aylığı sistemlerinin Antlaşma'nın eşit ücret hükümleri kapsamında yer alıp alamayacağı sorunuyla karşı karşıya kalmış ve bazı mesleki sosyal güvenlik şeması örneklerinin ücret kavramına dahil olduğuna hükmetmiştir³⁵⁸. Buna ilişkin ATAD kararlarına yukarıda yer verilmiştir³⁵⁹.

86/378 sayılı Yönerge, 96/97 sayılı Yönerge tarafından daha önce yer verdiğimiz *Barber* kararı ve bunu müteakip kararlar ışığında değiştirilmiştir³⁶⁰. Hatırlanacağı üzere, kararda mesleki emeklilik ödemeleri, Antlaşma'nın 141. maddesi anlamında ücret olarak nitelendirilmiştir. Bu doğrultuda, 96/97 sayılı Yönerge'nin gerekçe kısmında, 17 Mayıs 1990'dan önceki çalışmalara bağlı olan yardımların, -bu tarihten önce ulusal hukuk uyarınca idari ve yargısal mercilere başvurmuş çalışanların durumu hariç- ücret kapsamında değerlendirilmeyeceği kabul edilmiştir. Bu Yönerge AT Antlaşması'nın 100. maddesini temel almaktadır³⁶¹. Son olarak, 2006/54 sayılı Yönerge, 86/378 sayılı Yönergeyi gözden geçirip daha sistemli düzenleme yapmıştır³⁶².

³⁵⁶ **Burrows/Mair**, 103-104.

³⁵⁷ **Özcüre**, 214.

³⁵⁸ **Burrows/Mair**, 103-104.

³⁵⁹ Bkz. §4, III, b.

³⁶⁰ Yönergenin gerekçe kısmında 86/378 sayılı Yönergenin 2., 3., 6., 8. ve 9. maddeleri 96/97 sayılı Yönerge ile değiştirilmiştir.

³⁶¹ **Nielsen/Szysczak/Forlag**, 201.

³⁶² **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 378.

bb) Yönergenin Konu ve Kişi Bakımından Kapsamı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Yönerge mesleksel sosyal güvenlik rejimlerinde kadınlar ve erkekler arasında eşit işlem ilkesinin hayata geçirilmesi için düzenlenmiştir³⁶³. İngiliz hukukunda “mesleki sosyal güvenlik” ifadesi neredeyse sadece; işverenler veya işveren grupları tarafından işçilerine yardım etmek amacıyla yürütülen mesleki yaşlılık aylığı sistemleri anlamında kullanılır. Halbuki bu kavram aslında çok daha geniş içeriklidir³⁶⁴. “Mesleki sosyal güvenlik” terimi, 86/378 sayılı Yönergenin 96/97 sayılı Yönerge ile değiştirilmiş 2. maddesinde, 79/7 sayılı Yönerge’nin kapsamadığı ve yasal sosyal güvenlik sistemleri tarafından sağlanan yardımları tamamlamak veya onların yerini almak amacıyla verilen yardımları bir işletme, ekonomik faaliyet alanı veya meslek sektöründeki işçilerle bağımsız çalışanlara sağlamayı amaçlayan, üyeliğin de zorunlu veya ihtiyari olduğu sistemler olarak tanımlamıştır³⁶⁵. Kısaca ifade etmek gerekirse, mesleki sosyal güvenlik rejimi, katılmanın zorunlu ya da isteğe bağlı olduğu, 79/7 sayılı Yönerge kapsamı dışında kalan ve zorunlu sosyal güvenlik rejimlerini tamamlayan ya da onların yerini alamaya yönelik yardımlar sağlayan rejimler olarak tanımlanmıştır. Böylece, 79/7 sayılı Yönerge kapsamında yer almayan sosyal güvenlik programlarına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Yönerge’nin 96/97 sayılı Yönerge ile değişik 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Yönerge bağımsız çalışanlar için bireysel sözleşmelere, bağımsız çalışanlara yönelik sadece bir üyesi bulunan planlara, işçilere yönelik olarak işverenin taraf olmadığı özel sigorta sözleşmelerine, katılımcılarına bireysel olarak ek yardımların veya bağımsız çalışanlar için normal yardımların başlayacağı tarihin seçimini ya da çeşitli yardımlar arasındaki bir seçimi güvence altına alan özel sigorta planlarının seçimlik hükümlerine uygulanmamaktadır³⁶⁶. Yönerge’nin 96/97 sayılı Yönerge ise değişik 3. maddesi ise bireysel kapsam bakımından 79/7 sayılı Yönerge’nin 2. maddesini tekrarlamaktadır.

³⁶³ bkz. §4, III, c.

³⁶⁴ Ward, 99.

³⁶⁵ Ward, 99.

³⁶⁶ Nielsen/Szysczak/Forlag, 203; Kaya, 173.

Yönerge'nin kapsama aldığı riskler 4. maddede belirtilmiştir. Buna göre Yönerge, hastalık, malullük, yaşlılık, erken emeklilik dahil, iş kazası ve meslek hastalığı, işsizlik sosyal risklerine karşı güvence getirmiş; ayrıca geride kalanlara yapılan yardımlar (ölüm yardımları) yönerge kapsamındadır. Ölüm yardımlarının işveren tarafından çalışana, istihdamı nedeniyle ödenen yardımlar olması gerektiği belirtilmiştir. Böylece, 79/7 sayılı Yönerge'den farklı olarak 86/378 sayılı Yönerge ve bunu değiştiren 96/97 sayılı Yönerge, sadece yaşlılık, erken emeklilik veya malullük risklerini değil ama aynı zamanda, geride kalanların korunmasını da kapsamaktadır³⁶⁷.

cc) Yönergede Yasaklanan Faaliyet

Yönerge'nin 5. madde hükmünde özetle, *“sigorta programlarının amaçlarında ve programlara katılmada, primlerin ödenmesinde ve hesabında, süresinde ve yardımlara hak kazanılmasında her türlü ayrımcılığın yasak olduğu”* düzenlenmiştir³⁶⁸. Ayrımcılığın yasak olduğu alanlar ise, kişilerin özellikle medeni ve ailevi durumlarına bağlı olarak doğrudan ya da dolaylı şekilde cinsiyete dayalı her türlü durum olarak tanımlanmıştır. Yönerge'de yer alan hükümlerin, kadınların analık halinde korunmalarına ilişkin hükümlere etki etmemesi de kabul edilmiştir³⁶⁹.

6. maddede genel olarak Yönergeye aykırılık oluşturan düzenlemeler sayılmış ve kadın ve erkekler için aylığa hak kazanmada farklı emeklilik yaşının belirlenmesinin eşit davranma ilkesine aykırı olacağı düzenlenmiştir³⁷⁰. Bundan başka, sisteme katılacak kimselerin tespitinde, bir özel plana katılmanın zorunlu veya ihtiyari niteliğinin kararlaştırılmasında, yardımların elde edilmesi için gerekli asgari çalışma veya plana üye olma süresi ile ilgili olarak farklı kuralların düzenlenmesinde, farklı emeklilik yaşları belirlenmesinde, çalışanlar için farklı prim düzeyleri kararlaştırılmasında, cinsiyet ayrımcılığını içerir nitelikte hükümler yasaklanmıştır³⁷¹.

³⁶⁷ Heide, 39.

³⁶⁸ Nielsen/Szysczak/Forlag, 203.

³⁶⁹ Kaya, 174.

³⁷⁰ Yüksel, 76.

³⁷¹ Kaya, 174.

Kadın ve erkeğin toplumdaki rolleri konusundaki geleneksel bakış açısının, özellikle de erkeğin evin reisi olduğu görüşünün sonucu olarak dul kalan kadın ve erkeğe sağlanan yardımlar genellikle aynı koşullara bağlı değildir. Yönerge'nin 9. maddesinin b bendi, Üye Devletlerin geride kalan eşin aylığı hakkında zorunlu uygulamaları erteleyebileceklerini kabul etmiştir. Ancak geride kalan kadın ve erkek eşe yönelik farklı uygulamaların eşitlik ilkesini ihlal etmesi mümkündür. Bu konuya ilişkin *Evrenopoulos* davasına konu olan olayda (C-147/95, *Dimossia Epichierissi Ilektrismou v. Evrenopoulos* [1997]) Bayan Evrenopoulos, kendine özgü bir kamu kurumu olup bir özel hukuk işvereni gibi hareket eden Yunan elektrik dağıtım şirketinde (DEI) çalışmıştır. DEI'nin sigorta sistemi; yaşlılık aylığını, sağlık sigortasını ve yoksulluk yardımını kapsamaktadır ve yasayla düzenlenmiştir. Şirketin bütün işçileri, aileleriyle birlikte, zorunlu olarak bu sisteme tabidirler. Bu sisteme göre; bir sigortalının ölümü halinde dul kadın veya hiçbir geliri olmadığı gibi tamamen işgöremez durumda olup ölümünden önceki en az beş yıl boyunca ölen sigortalı tarafından geçindirilmiş olma şartını haiz dul erkek aylığa hak kazanmaktadır. Bay Evrenopoulos dul kalan erkek için aranan koşulları sağlamadığından aylığa hak kazanamamıştır. Divan, kararında yasal yaşlılık aylıklarının çalışmaya göre ödenebileceğini vurgulamıştır. Buna göre: yasal emeklilik sistemlerinde, sosyal politikalar, devletin yapısı ve etik kuralları, hatta bütçeden kaynaklanan kaygılar özel bir sistemin oluşturulması konusunda etkili olabilir. Sosyal politikaya ilişkin kaygılara, yaşlılık aylığının yalnız belirli bir işçi grubunu kapsadığı, doğrudan kıdem süresine bağlı tutulduğu ve miktarının son ücret üzerinden hesaplandığı durumlarda öncelik tanınmaz. DEI işçilerinin geride kalan eşlerine bağlanan aylık aslen hak sahibinin ölen eşinin çalışmasının bir sonucudur. Bu aylık, ölen eşin ücretiyle bağlantılı olduğu için kuşkusuz AT Antlaşmasının 119. maddesi (Eşit Ücret İlkesi) kapsamında değerlendirilmelidir³⁷². Bu bakımdan, uygulamanın ayrımcılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

³⁷² Heide, 40.

d) 86/613 sayılı Serbest Faaliyet ve Tarım Alanında Çalışan Kadın ve Erkeğe Eşit Davranılması, Kadının Hamilelik ve Loğusalık Halinde Korunmasına İlişkin 19.12.1986 Tarihli Yönerge

AB müktesebatında kabul edilen bir diğer yönerge eşit davranma ilkesinin bağımsız çalışanlarla eşlerine de uygulanması ile ilgili 86/613 sayılı Yönergedir. “Çiftçinin karısı yönergesi” olarak da adlandırılan bu Yönerge bir aile içinde çalışan eşlerin korunmasını amaçlamıştır. Aynı zamanda bir şirket oluşturmuş/kurmuş olan eşleri de kapsamaktadır. Buna göre; eğer bir Üye Devlet bağımsız çalışan için bir sosyal güvenlik sistemi öngörmüşse, bağımsız çalışanla birlikte çalışan eşi de dilerse bu sisteme katılabilmeli, buna tabi olabilmelidir. Ayrıca Yönerge, Üye Devletleri eşler tarafından yapılan işleri de dikkate almaya teşvik etmektedir³⁷³.

Yönerge’nin 8. maddesi Üye Devletlerin, bağımsız çalışan bir kadın veya bir bağımsız çalışan erkeğin eşinin çalışmalarına hamilelik ve analık nedeniyle ara verdiklerinde bir sosyal güvenlik sistemi çerçevesindeki yardımlardan yararlanabilmelerinin koşullarını incelemelerini ve uyum için gerekli düzenlemeleri yapmalarını gerektirmektedir. Yönerge’nin geçiş dönemi 30 Haziran 1989’da sona ermiştir³⁷⁴.

e) 92/85 sayılı Hamile, Loğusa ve Emziren Kadınların İşyerinde İş Güvenliğinin ve Sağlığının Korunmasına İlişkin 28.11.1992 Tarihli Yönerge

1989 yılında Topluluk Sosyal Şartı kabul edilmiş ve 1989 yılı sosyal faaliyet programı ile 138. maddeye dayanılarak 92/85 sayılı Yönerge kabul edilmiştir³⁷⁵. 92/85 sayılı Hamilelik Yönergesi, 76/207 sayılı Yönerge’nin 2. maddesinin 3. fıkrasındaki istisnai düzenlemeyi daha da ileri götürmüş ve hamile, emziren veya yeni doğum yapmış kadınlar için asgari bir koruma standardı oluşturulmasını zorunlu kılmıştır³⁷⁶. Devletlere, belli bir süre analık izni hakkı tanıma ve bu izin süresince iş güvencelerini sağlama ödevi yüklenmiştir. Esasen bu düzenlemenin temelinde ayrımcılığı

³⁷³ Nielsen/Szysczak/Forlag, 204.

³⁷⁴ Nielsen/Szysczak/Forlag, 204.

³⁷⁵ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 5.

³⁷⁶ English, 33.

engellemekten çok iş sağlığı ve güvenliğini sağlama amacı yatmaktadır³⁷⁷. Konumuz açısından Yönergenin önemi, yeterli süre analık izninin verilmesinin şart koşulmasından kaynaklanmaktadır. Zira Yönergede hamile kadına doğum öncesi ve sonrası en az 14 haftalık analık izni verilmesi, doğum sonrası tıbbi kontroller için ücretli izin verilmesi konusunda üye devletlerin yükümlülükleri olduğu belirtilmiştir³⁷⁸.

Yönergede kadın çalışan, hamilelikten kaynaklanan çalışamama durumunda ulusal mevzuat ve/veya uygulama gereğince ücret ve/veya uygun bir miktarda ödeneğe -ilgili çalışanın hastalık durumunda hak kazanacağı (azami miktarı ulusal mevzuatla belirlenen) asgari ödeneğe denk olan ödenektir- hak kazanması öngörülmüştür (md. 11/2-b). Hamilelikten dolayı çalışamama durumunda hak kazanılması gereken ödenek, işverenin iş sözleşmesi uyarınca hastalık halinde çalışanına ödeyeceği ödenek ile kıyaslanamaz. ATAD, Boyle v EOC kararında iş sözleşmesinde hastalık izni için öngörülen meblağın, Yönerge'nin ilgili hükmü uyarınca, doğum iznine ayrılmış olan kadın çalışana ödenip ödenmemesi gerektiği noktasında inceleme yapmıştır. Somut olayda, işveren, hastalık izni kullanan çalışanlarına tam ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Bu sebeple, doğum iznine ayrılan kadın çalışan da tam ücrete hak kazanmaktadır. Buna karşın Divan, kararda, 92/85 sayılı Yönerge gereğince kabul edilen ödenek kavramının, ATA m. 141. kapsamındaki ücret kavramından farklı olduğunu belirtmiştir. Divan, kadın çalışana doğum izni süresince işvereni tarafından sağlanan ödeneğin iş sözleşmesinden doğan gelirleri kapsamadığını belirtmiştir. Yönerge'nin sadece ulusal sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca sağlanmakta olan hastalık ödeneğine denk bir ücret, ödenek ya da her ikisinin bileşiminden oluşan bir meblağa gönderme yaptığı açıklanmıştır. Bu bakımdan, *işverenin* kadın çalışana hastalık izni almış olması durumunda ödenen ve iş sözleşmesinden doğan daha yüksek bir meblağı ödeme taahhüdü altında bulunmadığına karar verilmiştir³⁷⁹.

Bu noktada, bir kadına karşı hamileliği nedeniyle ayrımcı muamele yapmak mümkün müdür sorusu sorulabilir. Ayrımcılık yapıldığının kanıtlanması için genellikle davacıyla

³⁷⁷ English, 34.

³⁷⁸ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 34.

³⁷⁹ Ellis, 243.

mukayese edilebilecek birinin varlığı gerekmektedir³⁸⁰. Eşitliğin istikrarının sağlanması karşısında önemli bir engel, karşıt ırktan veya cinsten benzer durumda bir kişiye daha karşılaştırma yapmak üzere ihtiyaç duyulmasıdır. Zira doğrudan ayrımcılığın tanımından da anlaşılacağı üzere, karşılaştırma yapılması, ayrımcılık hukuku kurallarının çekirdeğini oluşturmaktadır³⁸¹. Hamilelik de kadına özgü bir durum olduğundan, böyle bir kıyaslama yapılacak kişiyi bulmak sorun oluşturabilir³⁸². Bu meselenin hukuki durumu *Dekker (C-177/88 Dekker v VJV Centrum [1990])* davasına kadar açık değildi. Dava konusu olayda, 3 aylık hamile bir kadın, öğretmenlik için iş başvurusu yapmıştır. Her ne kadar davacı, bu iş için en uygun aday olsa da işe alınmamıştır; çünkü işveren yapacağı analık yardımları için devletten destek alamayacaktır ve bu nedenle de yerine geçici bir işçi çalıştıramayacaktır. ATAD bu durumun, hamilelik nedeniyle işe alınmada tercih edilmeyecek kişiler sadece kadınlar olabileceğinden, doğrudan cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiğini ve bunun haklılaştırılamadığını kararlaştırmıştır. Bu nedenle, söz konusu davada kıyaslama yapılacak benzer durumda bir erkek aranması gerekmemektedir. Erkeklerin hamileliği biyolojik olarak mümkün olamayacağından, cinsiyete dayalı ayrımcı davranışın ispatı açısından emsal bir kişi bulunmasına gerek olmadığının ve imkan bulunmadığının dikkate alınması isabetli olmuştur.

IV. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

1. Birleşmiş Milletler Antlaşması

BM Antlaşması 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco’da imzalanmış ve 24 Ekim 1945’te yürürlüğe girmiştir. Ayrımcılık yasağı, insan hakkı olarak evrensel düzeyde “genel” nitelikli bir düzenlemeye konu olması, ilk kez bu Antlaşma ile mümkün olmuştur³⁸³. BM Antlaşmasında doğrudan sosyal güvenliğe ilişkin bir düzenleme yer almamışsa da eşitliğe ilişkin düzenlemelerin bulunduğu hükümler, içeriği itibarıyla sosyal güvenliği de ilgilendirmektedir. Antlaşmanın başlangıç bölümünde, BM

³⁸⁰ English, 33; Fredman, 95-96.

³⁸¹ Fredman, 96.

³⁸² English, 33.

³⁸³ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, 113.

halklarının “temel insan haklarına insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inançlarını” yeniden ilan ettikleri ifade edilmiştir³⁸⁴. “BM’in amaçları” başlıklı 1. maddede, örgütün amaçlarından biri olarak ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğinin sağlanması gösterilmiştir³⁸⁵. İnsan hakkı olduğu tartışmasız olan sosyal güvenlik hakkına ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı yapılmaksızın saygı gösterilmesi gerektiği bu hükümden anlaşılmaktadır.

BM’in ana organlarından Genel Kurulun bileşimi, görev ve yetkilerinin düzenlendiği 4. bölümün, 13/b hükmünde Kurulun ekonomik sosyal, kültürel, eğitim ve sağlık alanlarında uluslararası işbirliğini geliştirmek ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkes için insan hakları ve temel özgürlüklerin gerçekleşmesine yardımcı olmak amacıyla araştırmalar yaptırıp tavsiyelerde bulunabileceği belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen amacın gerçekleştirilme görevi, farklı bir ifadeyle insan haklarından yararlanmanın sağlanması bir yerde Genel Kurula bırakılmıştır. Böylece, Genel Kurul sosyal güvenlik hakkının ayrım gözetmeksizin herkes için gerçekleşmesine yardımcı olacaktır.

BM yaşam düzeyinin yükseltilmesini, tam istihdamı, ekonomik ve sosyal alanlarda ilerleme ve gelişme koşullarını, sosyal alanlarla sağlık alanındaki uluslararası sorunların ve buna bağlı olarak başka sorunların çözümünü, ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini hedefler (m. 55). Antlaşma’nın 56. maddesinde ise, açıkladığımız amaçlara ulaşmak için BM üyelerinin gerek birlikte gerekse ayrı olmak üzere, BM örgütüyle işbirliği içinde hareket etme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. Örgütün bu görevleri yerine getirme sorumluluğu Genel Kurul ile kurulun yönetimi altında bu amaçla belirli yetkileri kullanacak olan Ekonomik ve Sosyal Konseyindir (m. 60). Görüldüğü üzere, BM Antlaşması’nda Örgütün kendisine ve üye devletlere yönelik olarak, birlikte ve/veya ayrı ayrı olmak üzere getirilen herkesin insan haklarından ayrım

³⁸⁴ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 48.

³⁸⁵ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 48.

gözetilmeksizin yararlanmasını sağlama ve kolaylaştırma, “anlaşmasal amaç ve görev olarak kabul edilmiştir³⁸⁶”.

BM insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesinin sağlanması ve bunun yapılmasında ulusların hak eşitliğinden hareketle ırk, cinsiyet, dil, din ayrımının gözetilmemesi gerektiğini farklı hükümlerde benzer şekilde ifade edilmiş olduğunda, sosyal güvenlik hakkının da bu amacın içerisinde yer alacağına kuşku duymamak gerekir. Dikkat çekici olan nokta ayrım yasaklarında “ırk, cinsiyet, dil, din” alanlarının belirtilmesi ve bu alanların örnek şeklinde sayıldığını gösterir bir ifadenin kullanılmamış olmasıdır. Örgütün 2. dünya savaşı sonrasında kurulmuş olması ve hükümlerde belirtilen alanlarda ayrımcılık yapılması uluslararası barışın ve güvenliğin tehdit edilmesine ve silahlı güç kullanılmasına sebebiyet vereceğinden ırk, dil, din konularında ayrım yasaklarına özellikle değinildiğini belirtmek yanlış olmaz. Cinsiyete ilişkin ayrım yasağına değinilmiş olması ise bu alanın savaştan bağımsız olarak, uzun süreden beri toplumlarda var olana temel ayrımcılık sorunu olduğunu göstermektedir.

2. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, BM düzenlemeleri içinde ilk akla gelen ve genel açıdan insan haklarını konu edinen bir düzenleme olarak kendini göstermektedir. Bildiri, 1948 yılında BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlandıktan sonra, 10.12.1948’de BM Genel Kurulunda kabul edilmiştir³⁸⁷. Bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının ana hedef olarak kendini gösterdiği düzenlemede, sosyal güvenlik hakkı uluslararası düzeyde ilk kez temel bir hak olarak 22. maddede yer almıştır. Bu bakımdan, evrensel bildirgede hükme bağlanan ayrımcılık yasağı ve yasa önünde eşitlik ilkesinin gözetilip uygulanacağı hak ve özgürlükler arasında sosyal güvenlik hakkı da yer alır.

³⁸⁶ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 49.

³⁸⁷ Öğretide *Gülmez*, bazı kaynaklarda İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin ülkemiz tarafından onaylandığının belirtildiğini, ancak bildirinin hukuksal yükümlülük doğurmaya yönelik bir belge olmadığını, Bakanlar Kurulu’nun 06 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı kararıyla, “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nin Resmi Gazete ile yayınlanmasının, yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim kurumlarında okutulmasının, yorumlanmasının ve bu beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulmasının öngörüldüğünü, Bakanlar Kurulu kararının 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandığını, bu durumun 1961 ve 1982 Anayasaları anlamında onay sayılmayacağını belirtmiştir, bkz. **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 50.

Bildirinin 1. maddesinde “bütün” insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit oldukları belirtilmiştir. Bildirinin 2. maddesi’nde “*Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyruğunda bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuksal veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir*” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddede bildiride sayılan haklardan yararlanmak için ayrımcılık yapılamayacak durumlar sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayılmıştır. Ayrımcılık yapılamayacak alanların örnekleyici şekilde sayılmasından dolayı, hükümde yer almamış olsa dahi haklı bir nedene dayanmayan bir ölçüte göre farklı işlem yapılması söz konusu olmayacaktır³⁸⁸. Farklı işlem yapılması için haklı bir ölçüt olarak kabul edilemeyen uyrukluk açısından açık düzenleme yapılmıştır. Söz konusu açık düzenleme olmasaydı dahi aslında ilk cümleden bu sonucun çıkartılması doğaldı; ancak daha önce vurguladığımız gibi bildirinin 2. dünya savaşı sonrası hazırlanmış olması uyrukluk konusunda açık bir belirtmenin yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Yoksa bu maddeden yola çıkarak devletlerin uyruklukla ilgili konularda yapılan düzenlemelerde daha hassas davranması gerektiği gibi bir sonuç çıkartılmamalıdır. Olumlu ayrımcılık halleri istisna olmak üzere, ayırım yasaklarını bir diğerinden ayrı tutarak, bir alana daha fazla önem vermek günümüz koşullarında özellikle de sosyal güvenlik hukuku alanında söz konusu olamaz.

Bildirgenin 7. maddesinde de “*Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.*” şeklinde düzenlenmeye yer verilmiştir.

³⁸⁸ Bildiri, madde 2/1 hükmünde sayılmayan engellilik, cinsel yönelim ve yaş gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklara karşı da koruma sağlar, **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 52.

Bildirgenin 22. maddesinde ise, herkesin toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenliğe hakkı olduğu belirtilmiştir. Sosyal güvenliğe ilişkin hakkın vurgulandığı bu maddede açıkça eşitlik kavramı kullanılmamışsa da, herkes ifadesiyle bu olgu ortaya konmuştur. Sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak sözleşmenin 25. maddesinde herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahip olduğu; anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları olduğu; bütün çocukların evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanacakları hükme bağlanmıştır.

Sosyal güvenliğe ilişkin 22. ve 25. madde hükümlerinin, bildirinin özellikle 2. ve 7. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi neticesinde herkesin yasa önünde eşit olduğu, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin sosyal güvenlik hakkını sağlayan yasaların korumasından eşit olarak yararlanabileceği sonucu çıkartılabilir. Anaların ve çocukların bu konuda özel olarak korunması gerektiği belirtilerek, bunlar lehine olumlu ayrımcılık yapılabileceği dolaylı olarak ifade edilmiş bulunmaktadır. Bildiride yer alan sosyal güvenlik hakkı bu düzenleniş şekliyle devlete yükümlülük getirmekten çok, eşitlik güvencesi altında kişiye isteme hakkı vermektedir.

3. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Genel insan haklarına ilişkin BM belgeleri dışında, örgütün eşitliğe ve ayrımcılığa karşı yapmış olduğu özel sözleşmeler de söz konusudur. Bu sözleşmelerden biri de Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşmedir.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme Genel Kurulunun 21 Aralık 1965 tarihli ve 2106 A (XX) sayılı Kararıyla kabul edilerek, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁸⁹. Sözleşmenin 1. maddesinde “ırk ayrımcılığı” terimi “*siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamının herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını,*

³⁸⁹ Türkiye, sözleşmeyi 13.10.1972’de imzalamış ve 16.06.2002’de onaylamıştır (RG. 16.06.2002 t., S. 24787).

kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan veya bu sonuçları doğuran ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca anılan maddede Sözleşmenin Taraf bir Devletin vatandaşları ile vatandaş olmayanlar arasında yaptığı ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma hallerine uygulanmayacağı belirtilerek uyrukluğa ilişkin ayrımcılığın sözleşmenin konusu dışında kaldığı açıkça ifade edilmiştir³⁹⁰. Böylece ırka dayalı ayrımcılık ve uyrukluğa dayalı ayrımcılık kavramlarının farklı olduğu tespit edilmiş bulunmaktadır.

Sözleşmenin 2. maddesinde devletlerin ırk ayrımcılığının tasfiye edilmesi için alması gerekli temel tedbirler açıklanmıştır. Bu maddede olumlu ayrımcılık olarak nitelenebilecek tedbir öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Buna göre taraf Devletler, şartlar gerektirmesi halinde bazı ırk gruplarının veya bu gruplara mensup olan bireylerin insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam ve eşit biçimde yararlanmalarını sağlamak amacıyla, bunların korunmaları ve yeterli gelişmelerinin sağlanması için sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer alanlarda özel ve somut tedbirler alır. Bu tedbirler, alındıkları zamanki amaca ulaşılmasından sonra, farklı ırk gruplarına eşitlikçi olmayan ve ayrı hakların sürdürülmesi sonucu verecek bir biçimde kullanılamaz.

Sözleşmenin 5. maddesinde sözleşmecî devletlerin, bu Sözleşmenin ikinci maddesinde yer alan temel yükümlülüklerine uygun olarak, her türlü ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve tasfiye etmeyi, ve herkesin ırk, renk veya ulusal veya etnik köken ayrımcılığına maruz kalmadan, sağlık, tıbbi bakım, sosyal güvenlik ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı açısından önlemlerin alınmasını, hukuk önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı taahhüt edeceğini ortaya konmuştur. Böylece ırk ayrımcılığının tasfiye edilmesi için tanınan haklar arasında sosyal güvenlik hakkı da sayılmıştır.

³⁹⁰ Yıldız, 36.

4. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilen sözleşme, imzaya, onaya ve katılmaya açılarak 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁹¹. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel haklar Sözleşmesinin amacı doğrudan eşitliği sağlamak olmamakla birlikte, sözleşme eşitliğe ve ayrımcılık yasaklarına ilişkin hükümler içermektedir. Sözleşmesinin başlangıç kısmında insanların doğuştan sahip oldukları eşit hakları tanımanın özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu vurgulanmıştır. Bundan başka, özgür insan ülküsüne herkesin ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanabileceği koşullar yaratıldığında ulaşılabileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, amacı eşitliği sağlamak olmayan sözleşmenin giriş kısmında, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların eşit tanınması ve herkesin eşit yararlanması gerektiği belirtilerek, eşitliğin haklardan yararlanmada ön koşul olduğu dolaylı olarak ifade edilmiştir.

“Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı” başlığını taşıyan m.2/2 hükmünde *“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı maddenin ilk bendinde sözleşmede tanınan hakların mevcut kaynaklar ölçüsünde gerekli her türlü tedbirlerin devletlerce alınması gerektiği vurgulanmıştır. Sözleşme, bildiri’de ve diğer başka sözleşmelerde olduğu gibi ayrımcılık yasağının uygulama alanını, güvenceye aldığı haklarla sınırlı tutmuştur. Bu bakımdan, bahsi geçen düzenleme, sözleşmedeki haklardan bağımsız bir koruma sağlamamakta, daha net bir ifadeyle, ayrımcılık yasağı özerk bir hak niteliği taşımamaktadır³⁹².

Sözleşmede tanınan sosyal haklardan biri de sosyal güvenlik hakkı olarak kendini 9. maddede göstermektedir. Buna göre, taraf devletler herkese sosyal güvenlik hakkı

³⁹¹ Türkiye, sözleşmenin 04.06.2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanunla (RG. 18.06.2002 t., S. 25142) onaylanmasını uygun bulmuş ve ardından da, Bakanlar Kurulu’nun 10.07.2003 tarihli ve 2003/5923 sayılı Kararıyla onaylayarak taraf olmuştur (RG. 11.08.2003 t., S. 25196).

³⁹² **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 67.

taniyacak ve bu hak sosyal sigorta haklarını da içerecektir. Sözleşmenin 2. maddesinin anılan 9. madde hükmüyle değerlendirilmesi neticesinde sosyal güvenlik hakkının sağlanmasında ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi herhangi bir statüye göre ayrımcılık yapılamayacaktır. Ayrımcılık yapılamayacak haller, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde olduğu gibi örnekleyici bir şekilde sayılmıştır. Böylece maddede sayılanlara benzer hallerde de sosyal haklardan biri olan sosyal güvenlik konusunda ayırım yapılamayacağını belirtmek gerekir.

Sözleşmede ayrımcılık hallerine örneklerin sayıldığı 2. maddede cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı belirtildikten sonra, 3. maddesinde cinsiyet eşitliği düzenlenerek, sözleşmede yer alan sosyal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece bu hüküm gereğince sosyal güvenlik konusunda taraf devletler sosyal güvenlik hakkının kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt etmişlerdir. Bu doğrultuda, cinsiyet nedeniyle farklı işlem yapılmamasına ayrıca önem verildiği görülmektedir.

Sözleşmenin 10. maddesinde annelere doğumdan önce ve sonra makul bir süre özel koruma sağlanacağı, çalışan annelere bu dönem için ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlikten yararlanabilecekleri bir izin verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddede nesep veya diğer şartlar bakımından hiç bir ayrımcılık yapılmaksızın, bütün çocuklar ve gençler için özel koruma ve yardım tedbirleri alınacağı da açıklanmıştır. Görüldüğü üzere, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde olduğu gibi, bu sözleşmede de annelerin ve çocukların özel olarak korunması gerekliliğinden bahsedilmiştir.

Sözleşmenin gerek giriş kısmı gerekse diğer sözleşmede yer alan hakların eşitlik temelinde sağlanması konusunda devlete aktif görev yüklediği görülmektedir. Sözleşmeyi onaylayan devletler, ayrımcılığa yol açan kanunları değiştirmekle ve olumlu ayrımcılık kapsamında da düzenleme yapmakla yükümlüdürler.

5. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Örgütün eşitliğe ve ayrımcılığa karşı yapmış olduğu düzenlemelerden biri de Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesidir. Bu Sözleşme, Genel Kurulunun 18 Aralık 1979 tarihli ve 34/180 sayılı Kararıyla kabul edilerek, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁹³. Buraya kadar incelenmiş olan belgelerin hepsinde hakların kazanılmasında cinsiyet nedeniyle ayrımcılığın yasaklandığı, bunun da ötesinde analık hali gibi kadınlara özgü bazı durumların özel olarak korunması gerektiğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu nedenle, kadınların korunmasına ilişkin ayrıca bir sözleşme yapılmış olması ilk bakışta yersiz gibi düşünülebilir. Ancak sözleşmenin giriş kısmında da belirtildiği üzere, kadınları koruyan çeşitli belgelerin varlığına rağmen kadınlara karşı ayrımcılık devam etmiştir ve devam etmesinden de kaygı duyulmuştur. Bu kaygı kadınların yiyecek, sağlık, eğitim, öğretim ve iş imkanları ile diğer ihtiyaçlarını karşılamada yeterli imkanı bulamamalarında da kendini göstermektedir. Bundan başka ailenin ve toplumun gelişmesinde kadının büyük katkısının olduğu ve bu katkının daha iyi sağlanması için ayrı bir sözleşme yapılması gerekliliği doğmuştur.

Sözleşmeye göre “kadınlara karşı ayrımcılık” kavramı, kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelir.

Taraf Devletler kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için, özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar başta olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla yasal düzenleme dahil bütün uygun önlemleri alacaklardır (m.3). Gerekli önlemlerin alınmasının belirtildiği bu düzenleme içine

³⁹³ Türkiye, sözleşmenin 11.06.1985 tarihli ve 3232 sayılı Kanunla (RG. 25.06.1985 t., S. 18792) onaylanmasını uygun bulmuş ve ardından da, Bakanlar Kurulu’nun 24.07.1985 tarihli ve 85/9772 sayılı Kararıyla onaylayarak taraf olmuştur (RG. 14.10.1985 t., S. 18898).

kadınların sosyal güvenlik hakkının da dahil olduğu konusunda şüphe duymamak gerekir.

Taraf Devletlerin istihdam alanında erkekler ile kadınların eşitliğini sağlayacak şekilde kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için emeklilik, işsizlik, hastalık, malullük, yaşlılık ve diğer iş göremezlik gibi hallerde sosyal güvenlik hakkı ile birlikte ücretli izin hakkı tanınması gerektiği öngörülmüştür (m. 11).

Taraf Devletlerin sağlık alanında erkekler ile kadınların eşit şekilde, aile planlaması hizmetleri de dahil sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak üzere kadınlara yönelik ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alması gerektiği, hamilelik dönemi, doğum dönemi ve doğum sonrası dönem ile ilgili olarak kadınlara, gerektiği takdirde ücretsiz olarak, gerekli hizmetleri sağlaması, bunun yanında hamilelik ve emzirme döneminde yeterli hizmet vermesi gerektiği düzenlenmiştir (m. 12). Böylece kadınlar için, açıkça isim olarak ifade edilmemişse de, olumlu ayrımcılık yapılabileceği kabul edilmiştir. Buna uygun olarak sözleşmenin m.4/2 hükmünde anneliği korumak amacıyla, sözleşmedeki tedbirler de dahil olmak üzere Taraf Devletler tarafından alınan bütün özel tedbirlerin ayrımcılık şeklinde görülemeyeceği belirtilerek, olumlu ayrımcılık hallerinin sözleşmedeki yasaklanan ayrımcılık çerçevesinde kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.

6. Engellilerin Hakları Sözleşmesi

Türkiye tarafından da imzalanmış olan 30 Mart 2007 tarihli Engellilerin Hakları Sözleşmesi, toplumsal hayatın bütün alanlarında engellilere yönelik ayrımcılıkların ortadan kaldırılmasını amaç edinmektedir³⁹⁴. Sözleşmenin ikinci maddesinde, engelliğe dayalı ayrımcılık, *“siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alandaki tüm insan hak ve temel özgürlüklerinin diğerleri ile eşit bir şekilde kullanılması veya bunlardan yararlanılması imkanını ortadan kaldıran veya bunu engelleyen her türlü ayrımın, dışlamanın veya kısıtlamanın engelliğe dayalı olarak*

³⁹⁴ Türkiye, sözleşmenin 03.12.2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanunla (RG. 18.12.2008 t., S. 27084) onaylanmasını uygun bulmuştur.

yapılmasıdır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık, makul uyumlaştırmanın yapılmaması dahil her türlü ayrımcılığı kapsar.” şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere, sosyal haklar yanında maddede sayılan diğer hakların eşit bir biçimde kullanılma imkanını ortadan “kaldıran”, “engelleyen” ifadesine yer verilerek ayrımcılık kavramı tanımlanmıştır. Bu şekilde bazı ayrımların, hakların eşit biçimde kullanılmasını engellemediği sonucuna ulaşılabilir. Bu ayrımcılıkların ise, olumlu ayrımcılık olduğu konusunda şüphe duymamak gerekir.

Maddede makul uyumlaştırmanın yapılmaması da ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. Makul uyumlaştırmadan neyin anlaşılması gerektiği ise yine maddede ortaya konmuştur. Buna göre, kavram, “*engellilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere somut durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve uyarlamaları ifade eder.*” biçiminde açıklanmıştır. Bu durum, maddi eşitlik gereğince engellilerin diğer kişilerle aynı kabul edilmemesi ve onların insan haklarından yararlanmasını sağlamak üzere, uygun düzenlemeler yapılarak eşit hale getirilmesini gerekli kılmaktadır.

Bu anlayışın yaşama geçirilmesi amacıyla Sözleşmenin 4. maddesinde taraf Devletler için yükümlülükler öngörülmüştür. Taraf Devletler, engelliler aleyhinde ayrımcılık teşkil eden yürürlükteki hukuk kurallarını, düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya ortadan kaldırmak için gerekli olan, yasama faaliyetleri dahil uygun tüm tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur.

Eşitlik ve ayrımcılık başlıklı 5. maddede, “*Taraf Devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın herkesin hukuk tarafından eşit korunmaya ve hukuktan eşit yararlanmaya hakkı olduğunu kabul eder. Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler, bu Sözleşme bakımından ayrımcılık sayılmayacaktır.*” düzenlemesi bulunmaktadır.

Sözleşmede açıkça sosyal güvenlik hakkından bahsedilmemişse de düzenlemenin sosyal güvenlik hakkına ilişkin haklar bakımından da bağlayıcı olduğunu şüphe duymamak gerekir.

BM'nin konumuza ilişkin diğer belgeleri incelendiğinde, insan hakları evrensel bildirisi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sözleşmesi gibi genel açıdan insan haklarını ilgilendiren belgelerin yanı sıra belirli alanlarda ayrımcılığı önlemeye yönelik özel düzenlemelerin de var olduğu görülmüştür. Burada dikkat çeken nokta, BM antlaşması ve genel nitelikli belgelerde insan haklarının ayrımcılık yapılmadan ve eşitlik temelinde sağlanması gerektiği sık sık, değişik hükümlerde, benzer şekillerde ifade edilmiş olmasıdır. Böylece insan haklarının sağlanmasında eşitlik ilkesi olmazsa olmaz bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle bir insan hakkı olarak sosyal güvenliğin etkin ve gerektiği şekilde sağlanmasının ön koşulu başka bir insan hakkı olan eşitliğin hayata geçirilmesiyle mümkündür. Eşitlik ilkesi temelinde insan haklarından “yararlanma” bir *hak* olarak, “yararlandırma” ise devlete ait bir *yükümlülük* olarak belgelerde yer almıştır.

Genel olarak, ayrımcılık yapılamayacak hususlara örnek olarak dil, din, ırk, cinsiyet, uyrukluk, renk, siyasal görüş gibi haller sayılmaktadır. Ancak uyrukluk ve cinsiyet konusundaki ayrımcılık yasaklarına özellikle önem verildiği de görülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, uyrukluk konusundaki önemi belgelerin düzenleniş tarihinin, cinsiyete ilişkin ayırım yasağının önemi ise insanoğlunun yaratılış anından itibaren kadınların ikincil konumda kabul edilmelerinin³⁹⁵ sonucudur. Bundan başka çocuk ve anaların korunması konusunda bazı özel koruma tedbirlerinin alınması öngörülerek devletler yükümlü tutulmuş ve olumlu ayrımcılığa –açıkça bu tür ayrımcılığın ismi bu şekilde belirtilmemişse de- yol açılmıştır.

Ekleyelim ki, BM belgelerinde eşitlik kavramı tanımlanmamıştır. Ancak ayrımcılığın önlenmesine ilişkin özel düzenlemelerin yer aldığı belgelerde ayrımcılık kavramı açıkça tanımlanmıştır.

³⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Simone de Beauvoir**, Kadın: İkinci Cins (3 Cilt), Payel Yayınevi, İstanbul.

V. Uluslararası Çalışma Örgütü Düzenlemeleri

1. Versay Barış Anlaşması ve Filadelfiya Bildirgesi

UÇÖ, 1919 yılında Versay Barış Anlaşması uyarınca Sosyal adalet ilkeleri, evrensel insan ve çalışma haklarının korunması temelinde kurulmuştur. Anlaşmanın (günümüzde de UÇÖ Anayasası'nın) başlangıç bölümünde “evrensel ve sürekli bir barışın ancak sosyal adalet temeline dayalı olarak kurulabileceği belirtilmiştir. Versay Anlaşması'nın 427. maddesinin 7. ve 8. bentlerinde cinsiyet ve vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasaklanmıştır. 427/7 hükmünde cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin, eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi kabul edilmiş; 427/8 hükmünde ise, bir ülkede oturan bütün yabancı işçilerin çalışma koşulları konusunda o ülkenin vatandaşlarıyla aynı işleme tabi tutulması öngörülmüştür³⁹⁶.

10 Mayıs 1944'te kabul edilen ve 1946'da UÇÖ Anayasası'na eklenen Filadelfiya Bildirgesi ile, Örgüt'ün genel felsefesinin temelini oluşturan dört ilkenin ilk sırasında Versay Barış Anlaşması'nda olduğu gibi “emek mal değildir” anlayışı yer almıştır. Bu Bildirgeyle emeği ile geçinen insanların onur yönünden eşit oldukları kabul edilmiştir. Bildirge, insan hakları anlayışının somutlaştığı özgürlük, onur ve ekonomik güvenlik ilkelerinin yanında fırsat eşitliği ilkesini de herkes için kabul etmiştir. Buna göre “*ırk, inanç ya da cinsiyetleri ne olursa olsun, tüm insanların, özgürlük ve onur ile ekonomik güvenlik içinde ve fırsat eşitliği ile maddi ilerleme ve manevi gelişmelerini izleme hakkı vardır.*”. Hükümde ayrımcılık nedenleri sınırlı biçimde sayılmış olmakla beraber, hak özneleri yönünden çalışanlara yönelik bir sınırlama getirilmemiştir. Bildirge ile, bağımlı ya da bağımsız çalışan olsun herkese maddi ve manevi ilerleme ve gelişmelerini sağlama konusunda üç nedene dayalı ayırım gözetmeme yasağı getirilmiştir³⁹⁷. İnsanların maddi ve manevi gelişmelerini sağlama konusunda sosyal güvenlik hakkının önemli bir yere sahip olduğuna ise şüphe yoktur³⁹⁸.

³⁹⁶ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, 121.

³⁹⁷ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, 122.

³⁹⁸ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, 123.

Anayasasını onaylayarak kazanılan UÇÖ üyeliği gereğince, Devletler anayasal ilkelere uyma ve bu ilkeleri hukuk ve uygulama düzeylerinde gerçekleştirmek için çaba göstermekle yükümlüdürler. Bu bakımdan Versay Barış Anlaşması ve Filadelfiya Bildirgesi'ndeki anayasal ilkelerin bağlayıcılığı konusunda ifade etmek gerekir ki, bir devlet ayrımcılık yasağına ya da eşitlik ilkesine ilişkin sözleşmeleri onaylamamış bile olsa, örgüt üyesi devlet olarak ayrımcılığı önlemekle yükümlüdür.

UÇÖ Anayasasının 1919 yılında kabul edilen orijinal metni pek çok defa tadil edilmiştir³⁹⁹.

2. 97 ve 143 sayılı Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmeler

UÇÖ bazı sözleşme ve tavsiyelerinde ayrımcılık yasağına yer veren kurallar öngörmüştür. Bunlardan bir kısmı da göçmen işçilere ilişkindir. 01.07.1949 tarihli, 97 sayılı Göçmen İşçiler Sözleşmesi 22.01.1952'de yürürlüğe girmiş olup, ülkemiz tarafından sözleşme onaylanmamıştır.

Sözleşmenin 6. maddesinde sayılan konularda ayrımcılık yasağı getirilmiştir. Bahsi geçen maddede sayılan konulardan biri de sosyal güveniktir. Buna göre, taraf devletler, “vatandaşlık, ırk din, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin, ülkesinin sınırları içinde yasal olarak bulunan göçmenlere sosyal güvenlik hakkıyla ilgili olarak, kendi vatandaşlarına uyguladığından daha az lehe uygulama yapmama yükümlülüğü altındadır⁴⁰⁰.

23.06.1975'te kabul edilen ve 09.12.1978 tarihinde yürürlüğe giren ancak ülkemiz tarafından onaylanmamış olan 143 sayılı sözleşmenin fırsat ve işlem eşitliği başlıklı ikinci bölümünde yer alan 10. maddesi 111 sayılı sözleşmeyi tamamlayarak şu düzenlemeyi öngörmektedir: “*Kendisi için sözleşme yürürlükte olan her üye devlet; ulusal koşullara ve geleneklere uyarlanmış yöntemlerle, göçmen işçi ya da aile üyesi olarak ülkesinde yasalara uygun biçimde bulunan kişiler için, [...] sosyal güvenlik [...]*

³⁹⁹ UÇÖ Anayasası 4 Haziran 1934 tarihinde yürürlüğe giren 1922 tarihli değişik; 26 Eylül 1946 tarihinde yürürlüğe giren 1945 tarihli Değişiklik Belgesi; 20 Nisan 1948 tarihinde yürürlüğe giren 1946 tarihli Değişiklik Belgesi; 20 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe giren 1953 tarihli Değişiklik belgesi; 22 Mayıs 1963 tarihinde yürürlüğe giren 1962 tarihli Değişiklik Belgesi; ve 1 Kasım 1974 tarihinde yürürlüğe giren 1972 tarihli Değişiklik Belgesi ile tadil edilmiştir. Bu değişiklikler için bkz. www.ilo.org.

⁴⁰⁰ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 160.

konularında fırsat ve işlem eşitliği geliştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlayan bir ulusal politika oluşturmayı ve uygulamayı üstlenir.”⁴⁰¹

3. Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi

1944 tarihli Filadelfiya Bildirgesindeki öneriler, 28 Haziran 1952 tarihinde 35. Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından kabul edilen “Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 Sayılı Sözleşme” ile hayata geçirilmiştir⁴⁰². Sözleşme, adından da anlaşılacağı üzere, sosyal güvenlik alanında asgari korumanın sağlanması amaçlamıştır. Bu amaca uygun olarak Sözleşmede sayılan her riske karşı taraf devletlerin koruma getirmesi beklenmemiştir. Özellikle bu şekilde gelişmekte olan ülkelerin sözleşmeye taraf olarak, asgari bir koruma sağlayabilmelerinin yolu açılmıştır. Sözleşmede hastalık için sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, işsizlik, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, analık, sakatlık, ölüm halleri ve aile yardımları her biri ayrı bölümlerde olmak üzere 9 risk sayılmıştır. Sözleşmeyi kabul etmek isteyen devletin sayılan risklerden -birinin işsizlik, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, yaşlılık, sakatlık veya ölüm olmak üzere- en az üçüne karşı koruma sağlamasını gerekmektedir (m.2/II). Sözleşmenin esnekliği sadece kapsama alınması gereken riskler açısından kendini göstermemektedir. Her bir risk için sosyal güvenceden yararlanacak kişilerin asgari sayısı da seçenekli şekilde belirtilerek kişi kapsamı açısından da esneklik öngörülmüştür. Örneğin Sözleşmenin sağlık yardımları başlıklı bölümünde yer alan 9. maddesinde genel olarak korumanın işçilerin %50’sini ve aktif nüfusun %20’sini kapsama alması öngörülmüştür. Benzer serbesti riskle karşılaşacak bireye yapılacak yardımlar konusunda da yer almaktadır. Sözleşmenin 10. maddesinde yapılacak asgari yardımlar gösterilmiş, 12. maddesinde de yardımların yapılacağı süreler gösterilerek sözleşmeye hakim olan esneklik anlayışı devam ettirilmiştir. Bu anlayış sadece sağlık yardımları bölümünde değil, diğer sosyal risklerin yer aldığı bölümlerde de devam ettirilmiştir.

⁴⁰¹ **Gülmez**, Ayrımcılığın Kaldırılması, 161.

⁴⁰² Türkiye, 102 sayılı Sözleşmenin onaylanmasını 29.07.1971 tarihli ve 1451 sayılı Kanun ile uygun bulmuştur (RG. 10.08.1971 t., S. 13922). Onay kararnamesi, 15.10.1974’te Resmi Gazete’de yayımlanarak, sözleşme iç hukukta yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmenin 68. maddesinde yabancılara eşit muamele düzenlenmiştir. Buna göre, ülkede oturan vatandaşlarla, oturduğu ülkenin uyrukluğunu taşımayanların (yabancı uyruklu mukimler) aynı haklara sahip olması gerekir. Ancak tamamı veya önemli bir kısmı kamu fonlarından karşılanan yardımlar veya yardımların bir bölümü ile geçici rejimler konusunda özel hükümler mevzuatta yer alabilir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında işçi ve hizmetlilere uygulanan primli sosyal güvenlik sistemlerinde, Sözleşmenin ilgili bölümündeki yükümlülükleri kabul etmiş olan diğer bir üye Devletin uyruğunda olan korunan kimselerin, bu bölüm konusunda ilgili üye devletin vatandaşlarla aynı haklara sahip olacakları hükme bağlanmıştır.

4. 118 sayılı Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında Sözleşme (Sosyal Güvenlik Eşit Muamele Sözleşmesi)

28.06.1962 tarihinde kabul edildikten sonra 25.04.1964’de yürürlüğe giren 118 sayılı sözleşme vatandaşlarla vatandaş olmayan kimselere sosyal güvenlik konusunda eşit muamele yapılmasını öngörmektedir⁴⁰³. Daha açık bir ifadeyle, üye devletler ülkelerindeki yabancılara sosyal güvenliğe tabi olma ve karşılığında sağlanacak yardımlara hak kazanma bakımından kendi vatandaşlarıyla eşit işlem yapma yükümlülüğü altında tutulmuştur. Ancak eşit işlem yapma yükümlülüğü, her sosyal risk karşılığında sağlanan yardımlar için kabul edilmemiştir. Sözleşmenin 2. maddesi gereği eşit işlem yükümlülüğü sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, analık, malullük, yaşlılık, ölüm, iş kazaları ve meslek hastalıkları, işsizlik, aile yardımları arasından seçilecek bir veya birkaç sosyal güvenlik dalı için öngörülebilecektir. Ayrıca sözleşme devlet memurlarını kapsayan özel rejimlerle harpten zarar gören kimseleri kapsayan özel rejimlerle ve sosyal yardım sistemlerine uygulanmayacaktır (m. 10/2).

Üye devletler, sözleşmede öngörülen yükümlülükleri kabul ettiği sosyal güvenlik dallarında, ülkesinde, sözleşmeyi uygulayan diğer üye Devletler vatandaşlarına, sosyal güvenliğe tabi olma ve yardımlardan yararlanmaya hak kazanma bakımlarından, kendi

⁴⁰³ Türkiye, sözleşmenin 19.07.1971 tarihli ve 1453 sayılı Kanunla (RG. 10.08.1971 t., S. 13922) onaylanmasını uygun bulmuş ve ardından da, Bakanlar Kurulu’nun 05.04.1973 tarihli ve 6217 sayılı Kararıyla onaylayarak taraf olmuştur (RG. 09.09.1973 t., S. 14559).

vatandaşlarıyla eşit işlem yapmak durumundadır (m. 3). Görüldüğü üzere, eşit işlem yükümlülüğü üye devletler için, diğer üye devlet vatandaşları için kabul edilmiştir. Kuralın istisnası ise ölüm yardımları konusunda kendini göstermektedir. Ölüm yardımlarında eşit işlem, sözleşmeyi onaylayan diğer bir üye devlet vatandaşının hak sahibi kimselerine bu kimselerin vatandaşlık durumuna bakılmaksızın sağlanır (m. 3/2). Gerçi bu hükmün kurala tam bir istisna teşkil ettiğini belirtmek zor gözükmemektedir. Ölen kimsenin hak sahibinin vatandaşlık durumu önem teşkil etmese de, ölen kimse sözleşmeye taraf devletin vatandaşı olmak zorundadır.

Sözleşmede her ne kadar üye devletlerin, diğer üye devlet vatandaşlarına eşit işlem yapma yükümlülüğü mütekabiliyet esası çerçevesinde kabul edilmişse de (m. 3/3), mültecilerle vatansızlar hakkında, Sözleşmenin mütekabiliyet şartı aranmaksızın uygulanacağı belirtilmiştir (m. 10). Buna göre bir üye devlet eşit davranma yükümlülüğünü kabul ettiği sosyal riskin gerektirdiği yardımları, başka bir devlet vatandaşına, o devletin kendi vatandaşlarına eşit muamelede bulunmaması durumunda yapmaktan kaçınabilecek; ancak eşit muamele yapmaktan kaçınma hakkı vatansız ve mülteciler için uygulama kabiliyeti bulamayacaktır.

Yardımlardan yararlanma bakımından eşit muamelenin, ikamet şartına bağlı olmaksızın sağlanacağı hükme bağlanmıştır (m. 4). İkamete dayalı yardımlar konusunda da devletler mütekabiliyet esası çerçevesinde davranabileceklerdir. Korunan kimselerle bunların işverenlerinin finansmana doğrudan doğruya katılmaları veya bir meslekte belli bir süre kadar çalışmış olma şartlarına bağlı olarak sağlanan yardımlar dışındaki yardımlar var ise sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, iş kazalarıyla meslek hastalıkları yardımları ve aile yardımları hariç olmak üzere, diğer yardımlardan (analık, işsizlik, yaşlılık, ölüm, malullük) yararlanılması belli süre ikamet etme şartına tabi kılınabileceği öngörülerek, ikamet konusundaki eşitliğe istisna getirilmiştir (m. 4).

Sözleşme kazanılmış hakların korunması konusunda da hüküm içermektedir. Bu sözleşmeyi uygulayan üyeler, sözleşme yükümlülüklerini kabul ettikleri sosyal güvenlik dallarında, kendi mevzuatları gereğince bu sözleşmeyi uygulayan üye Devletler vatandaşlarının hak kazandıkları yardımlarla ileride hak kazanacakları yardımların saklı

tutulmasını sağlayan bir sisteme katılmaya, ilgili üyeler arasında 8. madde hükümleri uyarınca tespit olunacak şartlar saklı kalmak kaydıyla, gayret edecekleri; bu sistemin başlıca yardım hakkının doğması, idamesi ve alınması ile yardım tutarının hesaplanmasında sigortalılık, çalışma veya ikamet süreleriyle muadil sürelerin toplanmasını öngöreceği düzenlenmiştir (m.7). Bu şekilde sigortalının mağdur olmasının önüne geçilmek istenmiştir.

İncelenen her iki Sözleşmede de uyrukluk konusundaki ayrım yasaklarına değinilerek, BM belgelerinde olduğu gibi bu ölçütün önemli bir ayrım yasağı teşkil ettiği gösterilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütünün sosyal güvenlikle ilgili düzenlemeleri, BM belgeleriyle kıyaslandığında eşitlik konusunda daha esnek bir yapıya sahip olduğu görölmektedir. Her iki sözleşmede de öngörölen istisnalarla mutlak olmayan eşitlik anlayışı benimsenmiştir.

İkinci Sözleşmede ise vatandaş olanlarla olmayan kimse arasında devletin eşit işlem yapma yükümlölüğünün her sosyal risk açısından kabul edilmemiş olması, ayrıca eşitliğin uygulanmasında mütekabiliyet esasına sıkı sıkıya bağlı kalınması sosyal güvenlik hakkının sağlanması gerçek bir eşitliğin hayata geçirilmesini güçleştirecektir. Bundan başka ikamet konusundaki ayrım yasağı da mütekabiliyet esasına tabi kılındıktan sonra, madde 4'te belirtilen sistemin varlığı halinde analık, işsizlik, yaşlılık, malullük, ölüm yardımlarından yararlanılmasının belli süre ikamet şartına tabi kılınması da aynı soruna yol açabilecektir. Sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, iş kazalarıyla meslek hastalıkları yardımları bakımından ise hiçbir olasılık altında ikamet şartının öngörölemeyecek olması anılan risklerin gerçekteşmesi halinde yapılacak yardımların daha ivedi nitelik taşıyabileceğinden kaynaklandığını söyleyebiliriz.

§5. Sosyal Güvenlik Hukukunda Ayrımcılığın Tespiti ve Ayrımcılığın Giderilmesi

I. Doğrudan Ayrımcılığın Tespiti

1. Karşılaştırma Yapma Zorunluluğu

Nesnelerin ancak karşılaştırılması sonucunda bunların ağırlık, uzunluk, büyüklük, renk gibi nitelikler yönünden eşit (aynı) olup olmadığı tespit edilebilir. İnsanlar arasındaki karşılaştırmada ise yaş, cinsiyet, ırk, yetenek, dil, din, ırk gibi özellikler konusunda eşit ya da eşitsiz yargısına varılabilir. Örneğin yaşları eşit (aynı) olan iki insan; bu durumda, yaşları aynı olduğundan benzer olacak, fakat diğer hususlar örneğin cinsiyet, din, vb. hususlar bakımından farklı olabileceklerdir. Konumuz bakımından da sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarının eşitlik ilkesi temelinde incelenmesi, öncelikli olarak sigortalıların karşılaştırılması ile mümkündür. Karşılaştırma neticesinde ise sigortalıların bazı özellikler yönünden benzer olup olmadığı belirlenmektedir. Aynı ya da benzer durumda olan sigortalılara aynı ya da benzer sigorta yardımları sağlanmalıdır. Bu bakımdan sadece sigortalılar değil, bunlara hangi şartlar altında hangi yardımların sağlandığı da karşılaştırılmalıdır. Farklı bir ifadeyle, sigortalılar yanında, öngörülen yükümlülükler ve sağlanan haklar da kıyaslanmalıdır. Görüldüğü üzere, eşitlik ilkesi bakımından bir yargıya ulaşılması karşılaştırmayı gerekli kılmaktadır.

2. Karşılaştırma Yapılacak Kişilerin Belirlenmesi

a) Varsayımsal Karşılaştırmının Yeterliliği ve İstisnası

Karşılaştırmada, “bir olaydaki ilgili koşullar, diğer olaydakilerle aynı olmalı veya maddi olarak farklı olmamalıdır”. Karşılaştırma yapmaya uygun bir kişinin saptanması ve hangi koşulların “ilgili” olarak tanımlanacağı her ayrımcılık ya da eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık iddiasındaki anahtar unsurlardır. Bu unsurların tespiti genellikle, özellikle de iki birey arasındaki hangi farklılıkların ayrımcılık ve sonuca ulaşmada belirleyici özellikler sayılacağı konularında, zorlu değerlendirmeleri gerektirir. Elbette koşulları, ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunan kişiyle aynı olan

veya maddi olarak farklı olmayan mevcut bir karşılaştırılabilir kişinin bulunması mümkündür⁴⁰⁴. Ancak herhangi bir sigorta yardımı yapılmasını öngören normun eşitlik ilkesine aykırılığı iddiası söz konusu olduğunda, mutlaka somut karşılaştırılabilir kişi aranmamalıdır. Bu bakımdan, uygulanacak olması durumunda ayrımcılık yaratan bir normun ilkeye aykırılığı sadece uygulanması halinde değil, böyle bir ihtimalin olması nedeniyle de ileri sürülebilir. Nitekim, öğretide *Tuncay* cinsiyet, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlere ilişkin ayırım kriterlerinin hukuk düzenlerinin açıkça ve kesin olarak yasaklandığı ayırım nedenleri olduğunu, bunların uygulanması için ortada bir topluluk bulunmasına, yani karşılaştırma yapılabilecek bir ortam bulunmasına gerek olmadığını ileri sürmüştür⁴⁰⁵. Sonuç olarak, ayrımcılığın tespiti için ayrımcılığa uğradığı iddia eden kişiyle karşılaştırılacak bir diğer kişinin somut biçimde bulunması gerekmemekte, ayrımcılığa uğrayan kişinin benzer durumda, yasaklanan ölçüt çerçevesinde değerlendirilmeyen varsayımsal birinin daha farklı işlem göreceğini ortaya koyması yeterlidir⁴⁰⁶.

Özellikle cinsiyette ayrımcılığa ilişkin çoğu davada karşılaştırılacak örnek bulunamamaktadır ve bu gibi durumlarda mahkeme, benzer koşullardaki bir erkeğe nasıl davranacağı konusunda varsayımsal bir karşılaştırma yapmalıdır⁴⁰⁷. Örneğin, İngiliz Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası'na göre doğrudan ayrımcılık yapıldığına dair bir bulgunun varlığı için davacı kadın, işverenin kendisine cinsiyeti nedeniyle “bir erkeğe davrandığından veya davranacağından daha az lehine olacak biçimde davrandığını” kanıtlamalıdır. Davacıya yapılan muamele ile belirli bir kişiye (kişilere) yapılan muamelenin karşılaştırılmasını temel alan Eşit Ücret Yasası'ndan farklı olarak, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası *varsayımsal* bir kişiye (“davrandığından veya davranacağından” ifadesinin sonucu olarak) yapılan muamelenin karşılaştırılmasını temel alır⁴⁰⁸. Her ne kadar açıklanan bu durum, sadece iş hukukunu ve cinsiyet temelli ayrımcılığı ilgilendirse de, bundan karşılaştırmaya ilişkin genel nitelikli sonuca varmak mümkündür. Buna göre, herhangi bir hukuk dalıyla ilgili olarak doğrudan ayrımcılığın

⁴⁰⁴ **Smith/Wood**, 257.

⁴⁰⁵ **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi (2), 25.

⁴⁰⁶ **Yıldız**, 75.

⁴⁰⁷ Bunu gerçekleştirmenin bir yolu “işverenin, benzer olmasa bile tamamen farklı olmayan olaylarda” nasıl davrandığını dikkate almaktır, **Smith/Wood**, 257.

⁴⁰⁸ **Smith/Wood**, 257.

belirlenmesinde kişilere tanınan haklar ya da yapılan işlemler varsayımsal biçimde karşılaştırılabilir.

Önemle vurgulamak gerekir ki, tek durumda varsayımsal bir karşılaştırma dahi mümkün değildir⁴⁰⁹. Mahkemelerin bir eylemi *-karşılaştırma yapmaksızın-* başlı başına bir cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edebilecekleri tek durum, “hamilelik ayrımcılığı” kapsamında; karşılaştırmacı yaklaşımın buna uygun (gerçekten veya varsayımsal olarak) bir erkek karşılığın bulunmaması nedeniyle iflas etmesidir⁴¹⁰.

AB hukuku çerçevesinde de uygun karşılaştırılabilir kişi bulmanın en açık istisnasını hamilelik oluşturmaktadır⁴¹¹. Buna göre gebelik ya da doğum kaynaklı eşit olmayan muamele iddiasında, erkek kıyaslanan aranması durumunda, kıyaslamanın gereksinimi özellikle gerçek dışıdır⁴¹². Zira gebe halindeki kadınla kıyaslanacak bir erkek örnek olmayacağı için, kıyaslamada erkek aramak ayrımcılık iddiasında bulunan kadının bu iddiasını ispat etmesini imkansız kılar. Nitekim ATAD *Webb kararında* gebelik nedeniyle ayrımcılığın tespitinde kıyasa gerek olmadığını belirtmiştir. Bu bakımdan, gebelik yalnızca kadınlara özgü bir durum olduğundan kadının hamileliği nedeniyle karşılaştığı herhangi bir aleyhe tutum cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak kabul edilir. Kısaca ifade etmek gerekirse, aleyhe davranışın nedeni gebelikle ilişkili nedense, bu durum cinsiyete dayalı davranışın göstergesidir ve bu hallerde benzer durumdaki bir erkek bulup kıyasa başvurmaya gerek bulunmamaktadır⁴¹³.

⁴⁰⁹ Daha az lehte muamelenin ispatına ilişkin zorluk bunun, işverene hem kadın hem de erkek işçilerine eşit derecede kötü muamele etmesi sebebiyle, bir cinse yönelik davranışının diğer cinse yönelik davranışından daha az lehte olduğu savunmasını ileri sürme imkanını ortadan kaldırmasıdır. Geçmişte mahkemeler bu savı, özellikle taciz davalarında, böyle “cinsiyete özgü” davranışların başlı başına bir cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu gerekçesiyle ve hiçbir karşılaştırma yapma gereği bulunmaksızın alt edebilmiştir. Ancak, *Pearce v. Governing Body of Mayfield Secondary School* ([2013] IRLR 512, HL) davasında Lordlar Kamarası bu yaklaşımı reddetmiştir: “Tacizin şeklen cinsiyete özgü olduğu gerçeğinin tek başına cinsiyet ayrımcılığı yaratacağı anlamına gelmez”, **Smith/Wood**, 259.

⁴¹⁰ **Bell**, Equality, 246; **Smith/Wood**, 259.

⁴¹¹ Handbook On European Non-Discrimination Law, 25.

⁴¹² **Barnard/Haepple**, 563.

⁴¹³ **Doğan Yenisey**, 992.

b) Sosyal Riskin Yarattığı Etkinin Esas Alınması Gerekliliği

Yukarıda da değinildiği üzere sosyal güvenlik hukukunda sigortalılar, sosyal risk ve bu riske bağlı olarak öngörülen yardımlar konusunda kıyaslanmalıdır⁴¹⁴. Farklı bir ifadeyle, aynı sosyal riske maruz kalan ve aynı ya da benzer külfete katlanan sigortalılar aynı ya da benzer durumda olacağından, bunlara sosyal sigorta yardımlarının hangi koşullar altında sağlandığı belirlenerek, kıyaslama yapılmalıdır. Sosyal güvenlik politikalarının temelini, sosyal risklerin kişiler üzerinde yarattığı etkinin giderilmesi çabası olduğu, anlamının da sosyal risk kavramından hareketle belirlendiği ve bu suretle sosyal riskin, gerek sosyal güvenlik politikalarının gerekse sosyal güvenlik sistemlerinin var olma nedeni⁴¹⁵ olduğu düşünüldüğünde, sosyal riskten hareketle kişilerin benzer olup olmadığı sonucuna ulaşmak yanlış olmaz.

Benimsediğimiz anlayışın mahkemelerce de kabul edildiği görülmektedir. *Weller* davasında, Romanyalı bir kadın Macaristan vatandaşı bir adamla evli olup dört çocukları vardır. Kadın Macar olmadığı için doğumdan sonra ödenen analık yardımından yararlanamamıştır. Devlet bu yardımın sadece annelere ödendiğini ileri sürerek, eşe vermeyi de reddetmiştir. AİHM babalık temelinde ayrımcılık yapıldığına karar vermiştir. Dikkat edilirse, cinsiyet temelinde değil, babalık temelinde ayırım söz konusu olmuştur. AİHM evlat edinen babalar ile erkek vasilere bu hakkın verilmesini, buna mukabil doğal babalara bu hakkın verilmemesini ayrımcılık olarak kabul etmiştir⁴¹⁶. Görüldüğü üzere babalar riskin yarattığı etki dikkate alınarak benzer kabul edilmiş ve sonuca ulaşılmıştır. AİHM benzer bir yaklaşımı *Munoz Diaz* davasında göstermiştir. Davaya konu olan olayda başvuru eşiyle Roman adetlerine göre evlenmiş olup, bu tarz evlilik ulusal hukukun şartlarına uygun bulunmadığından resmen mevcut olmamıştır. Buna mukabil, çifte resmi makamlarca kimlik belgeleri verilmiş, sosyal yardımlar yapılmış ve aile defterinin kaydı bakımından evliymiş gibi muamele edilmiştir. Eşinin ölümünden sonra başvuru dul aylığı talebinde bulunmuş, fakat evliliğin geçerli olmadığı sebebiyle talep reddedilmiştir. AİHM, teknik nedenlerden

⁴¹⁴ bkz. §5, I, 2, a.

⁴¹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 3; Caniklioğlu, Ayrımcılık, 648.

⁴¹⁶ AİHM, *Weller-Macaristan*, 31 Mart 2009, (Başvuru No: 44399/05), www.echr.coe.int

dolayı geçerli biçimde evli olmayan ancak evli olduklarına inanan eşlerle bunların benzer durumda olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak Mahkeme başvurusunun, sosyal riskin yarattığı etkiye göre diğer iyi niyetli eşlerle aynı durumda olduğu sonucuna ulaşarak bunlara aylık bağlamanın reddine karar verilmesini ayrımcılık olarak değerlendirmiştir⁴¹⁷. Kısaca, sosyal riskin yarattığı etki esas alındığında ve iyi niyetli olmaları bakımından aynı durumda olan evli kişiler arasında farklı muamele yapmanın ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

c) Nimet-Külfet Dengesinin Dikkate Alınması Gerekliliği

Sigortalıların kıyaslanması sonucunda bunların belirli özellikler bakımından eşit, belirli özellikler bakımından aynı olduğu sonucuna varıldığında; ikinci aşama söz konusu olacak ve bunlara eşit davranılıp davranılmadığının ya da eşit haklar sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi gerekecektir. İnsanlar (sigortalılar) kendilerine yapılan davranışları, işlemleri ve bunlara bağlı olarak sağlanan hakları, kendileriyle benzer durumda olanlara temin edilenlerle kıyaslayarak eşit veya eşitsiz davranıldığına hükmederler. İnsanların değer yargılarını kullanarak eşit ya da eşitsizlik yargısına varmalarında, benzer kişilere tanınan hakların (nimetlerin) hangi yükümlülükler (külfetler) karşısında sağlandığını dikkate alması önemli bir unsurdur⁴¹⁸. Hukukta nimet külfet dengesi olarak adlandırılabilir bu değer yargısı, özellikle sosyal güvelik hukukunda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkar. Sigortalıların ödediği primler (külfet) karşısında sağlanan yardımlar (nimet) kıyaslanarak, eşit ya da eşitsiz davranıldığı şeklinde bir yargıya varmak kolaylaşır.

AYM'nin bağımsız çalışanlar açısından sigorta sistemine ilişkin bir kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “...Bağ-kur, sosyal sigorta esaslarına uygun olarak kurulmuş bir örgüttür. Sosyal sigortanın da en belirgin özelliklerinden biri, kapsamına giren kesimin sosyal güvenliğini, sadece Devletten yapılan yardımla veya işverenden kesilen karşılıklarla değil, aynı zamanda sigortalılardan alınan primlerle de sağlanmasıdır. Bağ-kur, T.C. Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kurumu benzeri kuruluşlardan farklı

⁴¹⁷ AİHM, Monoz Diaz-İspanya, 08 Aralık 2009, (Başvuru No: 49151/07), www.echr.coe.int

⁴¹⁸ Öden, 24.

olarak, bir işveren kesiminin katkısı olmadan sadece sigortalıların serbestçe seçtikleri basamak üzerinden belli bir oranda ödedikleri giriş kesenekleri ve primlerle finanse edilmektedir.” şeklinde özetledikten sonra “...Bağ-Kur sigorta sisteminde, bu sisteme bağlı olan sigortalıların sosyal güvenliğini sağlayan yine bu sigortalıların kendisidir. Devletin bu sosyal güvenlikle ilgili haklar ve yükümlülükler bakımından sigortalılar arasında eşitlik ve denge sağlanmasına, sigortalılara bir takım ödemeler yapıp haklar verilirken, bunlardan alınmış olan prim miktarlarının göz önünde tutulmasına özen göstermesi gerekir [...] Davacının primini ödemediği daha yüksek bir değer üzerinden yaşlılık aylığı bağlanmasını istemesi, sosyal sigorta esasları ile bağdaşmamakta, aynı sisteme bağlı sigortalılar arasında gözetilmesi gereken eşitlik ilkesine de aykırı düşmektedir.”⁴¹⁹ AYM Bağ-Kur’a tabi sigortalıları aynı sistem içinde değerlendirmiş ve yapılan yardımların ödedikleri primlerin karşılığı olması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu anlayış çerçevesinde, yürürlükteki düzenlemede bağımsız çalışanlarla, devlet memurları ve iş sözleşmesine tabi çalışanlar aynı kanuna, farklı bir ifadeyle aynı sisteme tabi olduğundan, bunlara sağlanacak yardımlar da ödedikleri primlerin karşılığı olmalıdır.

AİHM, *Luczak* kararında, Polonya’da yaşayan ve çalışan bir Fransız çiftçinin, Polonyalı çiftçileri desteklemek için kurulmuş olan özel bir Polonya sosyal güvenlik rejimine girmesine vatandaş olmaması gerekçesiyle engel olunması üzerine açtığı davada davacının daimi olarak ikamet etmesini ve *vatandaşlar gibi vergi ödemesini, sosyal güvenlik sisteminin finansmanına katkı yapmasını* dikkate alarak rejimden istifade eden Polonyalı çiftçilerle benzer durumda olduğunu belirtmiştir⁴²⁰. Görüldüğü üzere, farklı vatandaşlık statüsünde olmaları bakımından benzer olmayan kişiler, finansmana katkı sağlama yönünde benzer durumda kabul edilmiş ve eşitlik ilkesi gereğince sonuca ulaşılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin başka kararları da bulunmaktadır. Bu kararlardan biri *Gaygusuz v. Avusturya* davasına ilişkindir⁴²¹. Karara konu olan

⁴¹⁹ AYM., 05.05.1981 t., E. 1981/2, K. 1981/21, (RG. 22.09.1981 t., S. 17466), www.hukukturk.com

⁴²⁰ AİHM, *Luczak-Polonya*, 27 Kasım 2007 (Başvuru No. 77782/01), <http://www.echr.coe.int>

⁴²¹ AİHM, *Gaygusuz v. Avusturya*, 16 Eylül 1996 (Başvuru No. 17371/90), <http://www.echr.coe.int>

olayda Avusturya’da çalışan bir Türk vatandaşının, kendisine İşsizlik Kanunu’nda öngörülen acil yardım ödeneği ödenmesi yönündeki talebi, Avusturya vatandaşı olmaması nedeniyle reddedilmiştir. Gaygusuz kararında başvuru sahibine göre, Avusturya Devleti tarafından gözetilen ayırım makul ve objektif bir gerekçeye dayanmamaktadır. Zira başvuran da İşsizlik Sigortası Sandığı’na Avusturyalı işçiler kadar katkıda bulunmuştur. Avusturya Hükümeti ise, yapılan uygulamanın ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Hükümete göre, bu uygulamanın altında yatan fikir, Devletin kendi vatandaşlarına karşı özel bir koruma ve bu doğrultuda onlara bakma ve onların temel ihtiyaçlarını sağlama yükümlülüğüne sahip olmasıdır. Davaya konu olan İşsizlik Sigortası Yasası vatandaşlık şartına bağlı istisnalar öngörmektedir. Kaldı ki, Avusturya’nın Türkiye ile ikili bir sözleşmeden doğan herhangi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Söz konusu iddialar çerçevesinde, Mahkeme öncelikle Gaygusuz’un yasal olarak Avusturya’da ikamet ettiğini ve belli bir süredir Avusturya vatandaşları ile aynı ölçüde İşsizlik Sigortası Sandığı’na katkıda bulunarak çalıştığını ifade etmiştir. Somut olayda Avusturya Devleti’nin “acil yardım ödeneği” vermemesinin tek sebebi 1977 tarihli İşsizlik Sigortası Yasası’nda ilgili ödeneye hak kazanmak için öngörülen “vatandaşlık” koşuludur. Başvuru sahibinin ödeneye hak kazanmak için gerekli diğer koşullara sahip olmadığı iddia edilmemiştir. Esasen başvuru sahibi, söz konusu ödeneye hak kazanmak bakımından vatandaşlık koşulu dışında Avusturya vatandaşları ile aynı konumdadır. Bu bağlamda Mahkeme Avusturya Hükümeti tarafından ileri sürülen gerekçelerin kabul edilebilir nitelikte olmadığını ve yapılan ayırımın makul ve objektif bir gerekçeye dayanmadığını belirtmiştir. Avusturya’nın Türkiye ile karşılıklı bir sözleşme imzalamamış olması da mevcut durumu değiştirmeyecektir. Zira Avusturya AİHS’yi onaylayarak, yetki alanı içinde bulunan herkese Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü altına girmiştir. Mahkeme söz konusu kararda *başvuru sahibinin İşsizlik Sigortası Sandığı’na yaptığı katkıyı dikkate alarak*, Avusturya Hükümeti tarafından ortaya konan uygulamanın 1 No’lu Protokol’de öngörülen mülkiyet hakkını ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

İfade etmek gerekir ki, sigorta yardımına hak kazanmak için yapılan katkının mutlaka prim adı altında olması şart değildir. Misal olarak, prim yerine vergi ile karşılanmasında

da aynı sonuca ulaşılmalıdır. AİHM Kadın erkek eşitliğinin ele alındığı kararlardan biri *Stec ve diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı olup⁴²², kararda yardımın karşılığı üzerinde durulmuştur. Başvuru sahipleri bir süre meslek hastalığı yahut iş kazası sebebiyle “gelir kaybı aylığı” almış, daha sonra bu aylıkları emeklilik yaşına geldiklerinde “yaşlılık aylığı” ile değiştirilmiştir. 1948 yılında getirilen gelir kaybı aylığı 1990 yılına kadar bir primli rejim aylığı iken, 1990 yılından itibaren primsiz rejim kapsamında bir sosyal yardım olarak verilmeye başlanmış ve vergilerle karşılanmıştır. Söz konusu aylık 65 yaşına gelen erkekler ile 60 yaşına gelen kadınlarda yaşlılık aylığı ile değiştirilmektedir. Yaşlılık aylığı da primsiz rejim kapsamında yer almaktadır. Kadın ve erkek için öngörülen bu farklı emeklilik yaşı 2020 yılına kadar kademeli olarak yakınlaştırılacak ve 2020 yılından sonra hem kadın hem erkek için 65 olacaktır. Ancak bu tarihe kadar mevcut yaş farkı, aylık miktarları arasında da farklılık olmasına sebep olmaktadır. Mahkeme 06.07.2005 tarihinde verdiği “kabul edilebilirlik” kararında primsiz rejim çerçevesinde verilen sosyal yardımların 1 No’lu Protokol m.1’de öngörülen mülkiyet hakkı çerçevesinde ele alınıp alınamayacağını irdemiş ve devletlerin sosyal güvenlik sistemleri arasındaki farklara değinerek, sosyal yardımların primler yerine vergilerle karşılanıyor olmasının bu yardımları mülkiyet hakkı kapsamı dışına çıkarmayacağını, bireylerin vergi ödemek suretiyle de bu sisteme katkıda bulunduklarını, bir sosyal yardımın yerel mevzuat ile bireyler için hak olarak tanınması halinde mülkiyet hakkı kapsamına da gireceğini açıklayarak davanın görülebileceğini ifade etmiştir⁴²³.

AİHM’nin ayrımcılık ve sosyal güvenliğe ilişkin verdiği bir başka karar ise, *Carson ve diğerleri v. Birleşik Krallık* kararıdır⁴²⁴. Söz konusu davada, başvuruçular, Devletin Birleşik Krallık ile karşılıklı sözleşmesi olmayan ülkelerde yaşayıp Birleşik Krallık’tan aylık alanların aylıklarının, Birleşik Krallık’ta yaşayanların aylıklarına yapılan “yaşam giderleri artışı” çerçevesinde güncellenmemesinin 1 No’lu Protokolün 1. maddesi çerçevesinde ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. (Ayrıca başvuruçulardan altısı, aylıklarında güncelleme yapılmamasının, aileleriyle birlikte Birleşik Krallık dışında yaşama kararlarını ayrımcı bir biçimde etkilediği gerekçesiyle

⁴²² AİHM, *Stec ve Diğerleri* - İngiltere, 12 Nisan 2006 (Başvuru No. 65731/01 ve 65900/01), <http://www.echr.coe.int>

⁴²³ AİHM, *Stec ve Diğerleri*-İngiltere, 06 Temmuz 2005 (Başvuru No. 65731/01 ve 65900/01), <http://www.echr.coe.int>

⁴²⁴ AİHM, *Carson ve diğerleri vs. Birleşik Krallık*, 16 Mart 2010 (Başvuru No. 42184/05), <http://www.echr.coe.int>

14. maddeyle bağlantılı olarak Sözleşmenin 8. maddesinin de ihlal edildiğinden şikayetçi olmuşlardır. Ancak Mahkeme 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde bakımından yapılan şikayetin incelenmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir). Carson 1931’de doğmuş ve 1989’da Güney Afrika’ya göç edene kadar çalışma hayatının büyük bir kısmını Ulusal Sigorta’ya prim ödeyerek geçirmiştir. 1989’dan 1999’a kadar ise, isteğe bağlı olarak Ulusal Sigorta’ya prim ödemiştir. 2000 yılında Devlet aylığına hak kazanmış; ancak aylığı hiç güncellenmemiştir. Diğer başvuru sahipleri de benzer konumdadırlar. 1992 tarihli Sosyal Güvenliğin İdaresi Yasası’na (Social Security Administration Act) göre, Birleşik Krallık’taki yaşam seviyesi artışına göre her yıl bu aylıklar güncellenmektedir. Oysa Birleşik Krallık ile karşılıklı sözleşmesi bulunmayan bir ülkede ikamet edenlerin aylıkları bu güncellenmenin dışında tutulmakta ve bu kişiler aylığa hak kazandıkları andaki miktarı almaya devam etmektedir. Bununla birlikte, Ulusal Sigorta’ya ödenen primlerin bağlanan aylıklar ile doğrudan bağlantısı yoktur. Aksine, bu primler, malullük yardımı, analık ödeneği, dul yardımı, ölüm yardımı, ulusal sağlık servisi yardımlarını kapsayan bütün sosyal yardım çeşitleri için ayrılan gelirin bir bölümünün kaynağını oluşturmaktadır. Ulusal Sigorta Fonu’nun büyük kısmı Birleşik Krallık’ta ikamet edenlerin ödediği vergilerden oluşmaktadır. Fon’un gelirlerinin karmaşık yapısı, aylıkları güncellenenler ile başvuru sahipleri gibi güncellenmeyenleri, salt ödedikleri primler sebebiyle aynı konumda değerlendirmeye izin vermemektedir. Bu hususlardan yola çıkan Mahkeme, başvuranların ödediği primlerin aylıkları güncellenen ile aynı konumda değerlendirilebilmeleri için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır. Kaldı ki Birleşik Krallık’ta ikamet etmeyenler, vergiler yoluyla ülke ekonomisine aylıklarında yapılacak güncellemeyi dengeleyecek bir katkıda da bulunmamaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, başvuru sahiplerini Birleşik Krallık’ta ikamet edenler ile aynı veya benzer konumda değerlendirmeyerek, olayda ayrımcılık yasağının yahut mülkiyet hakkının ihlali olmadığı sonucuna varmıştır. Dikkat edilirse, mahkeme nimetten yararlanma ve külfete katlanma konusunda davacı ile “güncellemeden” yararlananları kıyaslamıştır. Külfete katlanma konusunda benzer olmadıklarını belirledikten sonra yapılan ayırımın (farklı muamelenin) eşitlik ilkesini, Mahkemeye göre mülkiyet hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

3. Karşılaştırma Yapılacak Kişiler

a) Hukuki Statüsü Farklı ya da Aynı Olanların Karşılaştırılması

Karşılaştırma yapılabilecek kişilerin belirlenmesine ilişkin genel esaslar ortaya konduktan sonra, hangi sigortalıların somut biçimde karşılaştırılabileceği üzerinde durulmalıdır. Mülga Kanunlarda olduğu gibi yürürlükteki 5510 sayılı Kanunda da, “sigortalılar” çalışma şekilleri esas alınarak sınıflandırılmıştır. Sınıflandırma, iş sözleşmesine tabi olarak çalışanlar, bağımsız çalışanlar ve devlet memurları ile kamu görevlilerinden oluşmaktadır. Söz konusu bu kişiler, sosyal riskin yarattığı etki bakımından benzer durumdadır. Buna rağmen, bunlar için aynı yardımlar kabul edilmemiştir. Ayrıca mülga kanunlarda olduğu gibi her sınıf için sigorta yardımlarına hak kazanma konusunda aynı koşullar öngörülmemiştir. Başka bir deyişle, nimet-külfet dengesi farklı hukuki statüdeki sigortalılar arasında sağlanamamıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse, Kanunda hak ve yükümlülükler, ne emeklilik rejimine ilişkin hükümlerin yer aldığı uzun vadeli sigorta kollarında ne de kısa vadeli sigorta kollarında eşit biçimde kabul edilmiştir.

Sigorta yardımlarına hak kazanılmasına ilişkin esaslar sadece farklı hukuki statüdekiler için değil, aynı hukuki statüdekiler için de farklı belirlenebilmektedir. Bu durumun AYM kararlarına da yansıdığı görülmektedir. Emekli Sandığının bütün iştirakçileri hakkında uygulanan kuraldan ayrılarak yasama meclis üyelerinin daha düşük aylık tutarları üzerinden borçlanabilmelerini sağlayan 1425 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 5434 sayılı Kanuna eklenen geçici 6. maddenin son fıkrasında yer alan düzenleme AYM tarafından “...Yasama Meclisleri üyeleri için özel bir yarar ve imtiyaz sağlayıcı nitelikte olduğu görülmektedir. Haklı nedene dayanmayan, hatta hükmü maddeye ekleyen Komisyonun raporunda belirttiği gerekçeye de uymayan söz konusu fıkra hükmünün Anayasa’nın 12. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılığı ortadadır...” gerekçesiyle iptal edilmiştir. Görüldüğü üzere, AYM, kanunla kurulmuş bir sisteme eklenen istisnai nitelikteki düzenlemelerin haklı nedene dayandırılması gerektiğini

belirtmiştir⁴²⁵. Bahsi geçen kararda AYM genel olarak, iptal kararını emeklilik sisteminde bütün iştirakçiler için geçerli olan kurallardan yasama meclisi üyeleri için haklı nedene dayanmayan istisna getirmesine dayandırmıştır. Kararda dikkat çeken nokta, sistemin kendi içinde değerlendirilmesi ve aynı sisteme dahil olanların kıyaslanmış olmasıdır.

1186 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanuna eklenen, işçilerin yaşlılık aylığına esas olacak primleri ödemediği geçmiş hizmetlerinin o zamana ait ilk aylık ücretleri üzerinden sigorta primlerinin borçlandırılması yoluyla primi ödenmiş hizmetlerle birleştirilmesine olanak tanıyan geçici 3. madde hükmü de AYM tarafından “...5417 sayılı *İhtiyarlık Sigortası Kanunu*’nun yürürlüğe giriş tarihi olan 01.04.1950 tarihinden beri sigortaya bağlanan ve yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının oluşmasını bekleyen sigortalılar, konjoktüre, terfi ve toplu pazarlık ve sözleşme düzenine göre artan gerçek kazançları üzerinden prim ödeyerek ve işverenlerden de bu kazançlara göre prim alınarak sosyal güvenlik sisteminin ihtiyarlık sigortasından yararlandırılırken, her ne sebeple olursa olsun sigorta kapsamı dışında kalmış ve böylece geçici 3. madde hükmünden yararlanma olanağını bulmuş kişilerin aylıkları üzerinden saptanacak primleri borçlanarak aynı hakları elde etmeleri ikinciler yararına farklı durum oluşturmaktadır. Ülkemizde sosyal güvenliği sağlayan sandıklara ilişkin yasaların hiçbirinde ilk aylık üzerinden yapılacak bir borçlanma öngörülmediği, aksine borçlanılacak yıllardaki gerçek ücretler veya başvurma tarihindeki son ücret esas alınarak hizmet birleştirilmesi yoluna gidildiği göz önüne alınınca yaratılan farklılıklar daha da belirginleşmektedir. Bu hal ise Anayasa’nın 12. maddesinin öngördüğü eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır...”⁴²⁶ gerekçesiyle iptal edilmiştir. Kararda öncelikli olarak aynı sisteme dahil olanlar kıyaslanmışsa da sadece aynı kanuna tabi olanlara yönelik değil, diğer kanunlara tabi olanlar bakımından da benzer düzenlemenin olmadığına dikkat çekilmiştir.

⁴²⁵ AYM., 06.06.1972 t., E. 1971/44, K. 1972/29, (RG. 03.03.1973 t., S. 14465), www.hukukturk.com. Söz konusu iptal kararından sonra milletvekilleri bakımından özel ve ayrıcalıklı emeklilik hakları kazandırılması için mücadele döneminin başladığı belirtilmiştir, **Arıcı**, Sosyal Güvenlik Meselesi, 91.

⁴²⁶ AYM., 17.10.1972 t., E. 1972/16, K. 1972/49, www.hukukturk.com

AYM, kanun koyucunun sosyal güvenlik alanında düzenleme yaparken sosyal sigorta sisteminin dayandığı ilkelere veya esaslara uymak ve sigortalılar arasında haklarda ve yükümlülüklerde eşitliği sağlamak zorunda olduğunu, başka bir kararında daha açık bir biçimde ortaya koymuştur. Karara göre, 3395 sayılı Kanunla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen ve sosyal sigorta sisteminde bir grup sigortalı için özel bir borçlanma sistemi getiren geçici 5. maddeye yöneliktir. Kararda “...aynı sosyal güvenlik kurumu içerisinde yer alarak bütünleşmiş, kaynaşmış ve aynı amaçlar için riziko ortaklığına girmiş sigortalılardan derecesi ne olursa olsun, bir grubun, diğerlerinden ayrılarak kendilerine özel denilebilecek bir güvenliğin sağlanması ve yine temelde birbirinden çok farklı olmayan yakın derece ve göstergede bulunanlar için çok farklı boyutlarda sosyal güvence öngörülerek kurumun kaynaklarının dengesiz bir biçimde tahsisi, sosyal güvenliğin dayandığı ilkelerle bağdaşmaz. [...] sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeleri uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekirken, itiraz konusu madde ile bir grup sigortalının yaşam düzeylerinin ötekilere oranla çok farklı bir biçimde yükseltilmesi yoluna gidilmiştir[...] Bir sosyal güvenlik kuruluşu olan Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamı içerisinde bulunan sigortalılar aynı hukuki statü içerisinde özdeş durumda bulunan kişilerdir. Öbür yandan, sosyal sigorta kapsamına giren sigortalılar, gelir düzeyleri ne olursa olsun, sosyal sigortalar ilkeleri gereği saptanmış bulunan alt ve üst sınırlar içerisinde derecelenmiş ve bütünlük gösteren bir sistemde yer almışlardır. Bu derecelenme, sigortalıların değişik hukuki statüler içerisinde değerlendirmeleri anlamında değildir. Sadece, derece ya da kademeler arasındaki farkı göstermek için göz önünde tutulan maddi durumlara ilişkin konudur[...] aynı sosyal risklere karşı asgari ölçülerde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlı bulunan sigortalıların hukuki statüleri arasında benzerlik vardır. Aynı durumda bulunan kişilerin yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlanmaları eşitlik ilkesinin gereğidir...”⁴²⁷. Mahkemenin aynı sosyal risklere karşı asgari ölçülerde güvence altına alınanları, benzer durumda kabul etmesi, bunların eşitlik ilkesi temelinde

⁴²⁷ AYM., 26.10.1988 t., E. 1988/19, K. 1988/33, (RG. 11.12.1988 t., S. 20016), www.hukukturk.com

karşılaştırabileceği sonucunu doğurur. Bu bakımdan yürürlükteki düzenlemede aynı kanun kapsamında sigortalı olan bağımlı ve bağımsız çalışanlar, sosyal risklerin yaratacağı etki bakımından benzer durumda kabul edilmeli ve kanunun öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlanmaları gerekmektedir. Şüphesiz mutlak eşitlik anlayışının benimsenmemesine bağlı olarak, haklılaştırma yapıldığı oranda farklılaştırma yapılabilir.

Çalışmamızda sigortalılar için öngörülen sigorta yardımları ve buna hak kazanma koşulları ikinci ve üçüncü bölümde karşılaştırılarak, eşitlik ilkesi açısından yargıya varılmıştır.

b) Hukuki Statü Dışında Sigortalıların Karşılaştırılması

Sigortalılara sadece hukuki statüleri dikkate alınarak haklar tanınmamaktadır. Hukuki statü dışında, sigortalıların doğuştan sahip oldukları kişisel özellikleri veya kendi rızaları olmaksızın değiştirmeleri beklenemeyecek özellikleri de esas alınarak haklar tanınmaktadır. Bunlara ilişkin olarak, cinsiyet, yaş, engellilik, vatandaşlık ve medeni hal örnek olarak sayılabilir. Kanun koyucu kimi zaman bu sayılan özellikler temelinde farklılıklar getirerek, sigorta yardımlarını sağlama yolunu tercih etmiştir.

Kıyaslananların seçimi, kişilere eşit davranılıp davranılmadığının belirlenmesi adına son derece önemli olduğundan, bu konu üzerinde hassasiyetle durulmalıdır. Bazı durumlarda, kıyaslanacak bir durum içinde, farklı özelliklerde bir başka kişiyi saptayabilmede güçlüklerle karşılaşmaktadır⁴²⁸. Gerçekten somut olayın özelliğine göre sosyal güvenlik hukukunda karşılaştırılacak kişilerin bulunması bazen zorluk gösterebilir. Başka bir deyişle, bazı olaylarda eşitlik ilkesi bakımından kıyaslanmayı gerekli kılan benzer kişilerin bulunması zordur⁴²⁹. *Richards* davasında, şikayetçi

⁴²⁸ **Bell**, Equality, 246.

⁴²⁹ Sosyal güvenlik dışındaki konular bakımından da bu zorluk ortaya çıkabilir. Bir kararında ATAD, hem cinsi ile yaşayan bir kadına verilmeyen seyahat imtiyazı ile ilgili kıyaslamayı, aynı durumdaki eşcinsel bir erkeğin göreceği muamele üzerinden yapmış ve sonuçta eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine ve dolayısıyla ayrımcılık yapılmadığına karar vermiştir, ATAD, *Grant v. South West Train*, C-249/96 [1998], www.europa.eu.int/eur-lex. Oysa, bekar bir heteroseksüel ile yapılacak kıyaslama, eşit muamele ilkesinin açık bir ihlalinin mevcut olduğu sonucuna varılmasına sebebiyet verirdi, **Barnard/Haepple**, 563.

erkeklikten kadınlığa geçmiş bir kişi konumundadır. İngiltere’de yaşlılık aylığına hak kazanma yaşı olan 60 yaşına geldiğinde yaşlılık aylığı almak istemiştir. Devlet, şikayetçinin benzer bir durumda olan kişilere göre farklı işlem görmediğini savunmuş ve yaşlılık aylığı bağlamamıştır. Kısaca İngiltere Devleti, karşılaştırılacak benzer kişinin erkekler olduğuna kanaat getirmiştir. ATAD ise, karşılaştırılması gereken doğru kişinin kadınlar olduğuna karar vermiştir⁴³⁰.

Kıyaslananların seçimindeki zorluk başka davalara da konu olmuştur. *Maruko* davasında, eşcinsel bir çift söz konu olup, davacının eşi ölmüştür. Sağ kalan eş dul maaşı almak istemiştir. Mesleki emeklilik programını yöneten şirket ise, dul maaşlarının sadece eşlere ödendiği ve davacının ölen kişiyle evlenmemiş olması gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Davacı, Almanya’da 2005 yılında yürürlüğe giren ve yaşam ortaklığının evlilik birliğiyle aynı hukuksal sonuçlara sahip olduğunu düzenleyen yeni Yasa’ya aykırı olduğunu iddia etmiştir. ATAD, aylığı ödememenin farklı muamele olduğunu ve evli çiftlerle karşılaştırma yapıldığında bunun eşcinsel çiftin daha az lehine olduğuna karar vermiştir. Bu davada ATAD yaşam ortaklarının eşlere benzer olduğuna karar vermiştir. Divan özellikle Almanya’da yaşam ortaklığı kurumunun devlet emekli maaş rejimleri açısından, yaşam ortakları için eşlerin hak ve sorumluluklarından birçoğunu benimsediği tespitini yaparak karşılaştırma yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁴³¹.

4. Karşılaştırmanın Sonucu ve Sonucun Kaynaklandığı Nedenin Önemi

Karşılaştırma neticesinde eşitlik ilkesi bakımından bir yargıya varılabilmesi için “farklı işlem”in ya da farklı durumdakilere yapılan “aynı işlem”in varlığı bulunmalıdır. Farklı işlem ya da aynı durumdakilerin karşılaştığı aynı işlem bireyin ayrımcılığa uğramasına neden olmalıdır.

İfade etmek gerekir ki, karşılaştırma sonucunda belirlenen farklı işlem, “daha az lehte” muamele kavramı etrafında şekillenmektedir⁴³². Böylece, ayrımcılık iddiasında bulunan,

⁴³⁰ ATAD, *Richards v İngiltere*, C-423/04 [2006], www.europa.eu.int/eur-lex

⁴³¹ ATAD, *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06 [2008], www.europa.eu.int/eur-lex

⁴³² **Smith/Wood**, 257.

daha az lehte olan davranış ile cinsiyeti veya medeni durumu ya da kişisel özellikleriyle veya hukuki statüsü arasındaki neden-sonuç ilişkisini gösterebilmelidir. Ancak her ayrışık muamele, kendi içinde ayrımcılık anlamına gelmemektedir. Gerçekten, aleyhe muamelenin önemsiz derecede olması, ilke bakımından sonuca varılmasına engeldir. Bu durumu, 1996 tarihli *Smith v. Safeway plc* kararında İngiltere Temyiz Mahkemesi şu şekilde ifade etmiştir: “Eğer bir ayrımcılık söz konusu olacaksa, cinsiyetlerin sadece farklı muameleye tabi tutulduklarını kanıtlamak yeterli olmayıp, birine yapılan muamele daha lehineyken, diğerine yapılan muamelenin daha az lehine olduğunun kanıtlanması gerekir”. İlgili muamelenin farklı olmakla kalmayıp aynı zamanda “daha az lehte” olduğunun ispat etme gerekliliği, özellikle de “tarafı”, “farklı ama eşit” tartışmalarının ileri sürülmesine sebebiyet verebileceğinden tartışmaya açıktır. Genellikle mahkemeler böyle savunmalara karşı koymuş ve ayrışık muamelenin zarar verici etkileri bulunduğunu kabul etmişse de bundan kimi zaman sapmıştır⁴³³.

Gerçekten de Temyiz Mahkemesi, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası’nın yürürlüğünden sonra önüne gelen ilk dava olan *Peak v Automotive Products Ltd.* davasında farklı muameleyi önemsiz derecede olduğu gerekçesiyle gözardı etmeyi tercih etmiştir. Davaya konu olay, sosyal güvenlik hukuku ile ilgili olmamakla birlikte, genel nitelikteki bir sonuca ulaşmak adına önem taşımaktadır. Dava konusu olayda; işveren, güvenlik kaygısıyla ve fabrika çıkışlarındaki telaşlı ortama takılmamaları için kadınların işyerinden erkeklere göre beş dakika daha erken ayrılmasına izin vermiştir. Erkek işçilerden biri bu uygulamaların erkeklere karşı hukuka aykırı ayrımcılık teşkil ettiği iddiasıyla dava açmıştır. İş Temyiz Mahkemesi bu iddiayı onaylamışsa da Temyiz Mahkemesi, farklı muamelenin güvenlik amacı taşıdığı ve zararsız olup önemsiz derecede gerekçesiyle reddetmiştir⁴³⁴. *Ministry of Defence v. Jeremiah* ([1979] 3 All ER 833) davasında Temyiz Mahkemesi, Peake kararındaki yaklaşımını gözden geçirmiştir. Adı geçen davada, bir mühimmat fabrikasında bir erkek, kirli ve rahatsız edici işlerde çalıştırılmak üzere işe alınırken, fabrikanın kadın işçilerine böyle işler yaptırılmamaktadır ve bu durum Cinsiyet Ayrımcılık Yasası anlamında daha az lehte bir muamele, dolayısıyla

⁴³³ Smith/Wood, 257.

⁴³⁴ Smith/Wood, 257.

hukuka aykırı olarak değerlendirilmiştir⁴³⁵. Mahkeme'nin *Jeremiah* davasındaki tutumu Yasa'nın lafzına daha uygun olsa da hala bazı durumlarda önemsizlik savunmasına izin verme eğiliminde gibi görünmüştür. Müteakip davalarda, özellikle de iddia edilen daha az lehteki muamelenin, farklı cinsiyetlerden kişileri sunulan fırsatlardan mahrum etmek olduğu durumlarda, mahkemeler daha katı bir yaklaşım benimsemişlerdir⁴³⁶.

Sosyal güvenlik hukuku alanında yapılan düzenlemeler ile farklı hukuki statüdeki sigortalılar arasında getirilen önemsiz nitelikteki lehe kriterler eşitlik ilkesine aykırı olmaz. Sosyal güvenlik hukuku bakımından örnek vermek gerekirse, bir iş kazasının ilgili kurumlara bildirileceği gün sayısı bakımından öngörülen bir-iki gün farklılıklar önemsiz olma özelliğine sahip olduğundan eşitlik ilkesi açısından değerlendirilemez. Öte yandan, önemli niteliğe sahip bütün daha az lehe sonuçlar da ayrımcılık anlamına gelmez. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ayrımcılık iddiasında bulunan, daha az lehte olan davranış ile cinsiyeti veya medeni durumu ya da diğer kişisel özellikleri arasındaki neden-sonuç ilişkisini gösterebilmelidir⁴³⁷. Konumuz bakımından bu durum şüphesiz sadece cinsiyet ve medeni durum ile sınırlı değildir. Engellilik hali, yaş, işin niteliği, uyrukluk gibi konular nedeniyle daha az lehte bir davranışın olup olmadığı ortaya konarak, sosyal güvenlik hukukunda ayrımcılık yapıp yapılmadığı sonucuna ulaşılır.

Sosyal güvenlik hukuku bakımından daha az lehte davranış, aynı sosyal riske maruz kalan ve aynı ya da benzer külfete katlanan sigortalılardan birine daha az sosyal sigorta yardımı ya da aynı sigorta yardımının daha fazla şart altında görülmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Nitekim, Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunda haklı neden olmaksızın daha düşük yaşlılık aylığı, daha ileri veya daha erken emeklilik yaşına tabi olma, sosyal güvenlik ödemelerinden mahrum bırakılma farklı muameleye örnek olarak gösterilmiştir⁴³⁸. Daha az lehte şeklinde belirlediğimiz sonuç, din, dil, ırk gibi kişisel özelliklerden kaynaklanabileceği gibi⁴³⁹, benimsediğimiz görüş çerçevesinde sadece belirtilen alanlarla sınırlı olmaksızın oluşturulan ve haklı nedene dayanmayan

⁴³⁵ Smith/Wood, 257-258.

⁴³⁶ Smith/Wood, 258.

⁴³⁷ Smith/wood, 257.

⁴³⁸ Handbook On European Non-Discrimination Law, 22, 23.

⁴³⁹ Doğan Yenisey, 991.

farklılıklara bağılı biçimde de ortaya çıkabilir. Daha net bir ifadeyle, açıklananlar dışındaki nedenlerden kaynaklanan daha az lehe davranış (farklı muamele) da, yukarıda benimsediğimiz görüş çerçevesinde genel eşit davranma yükümlülüğüne bağılı olarak ortaya çıkan ayrımcılık vardır⁴⁴⁰.

Sonuç olarak, sigortalıların doğuştan sahip olduğı ya da değiştirilmesinin istenmesi mümkün olmayan özellikler nedeniyle kendileriyle karşılaştırılabileceklerle (aynı sosyal riske maruz kalanlar) nazaran daha az sigorta yardımına ya da aynı sigorta yardımına daha fazla şartı yerine getirerek sahip olması “doğrudan ayrımcılık” kapsamı altında, “ayrımcılık yasağı ilkesine” ve dolayısıyla “eşitliğe”; aynı şekilde aynı sosyal riske maruz kalan farklı hukuki statüdekilere farklı sosyal sigorta yardımının ya da aynı sigorta yardımının farklı şartlarla öngörülmesi doğrudan ayrımcılık olmasa bile ayrımcılık niteliğine sahip olup, eşitliğe aykırıdır. Sonuçlar aynı olsa da fark, aykırı işlemlerin haklılaştırılabilirliği noktasında kendisini göstermektedir. Konu üzerinde aşağıda durulmuştur.

II. Dolaylı Ayrımcılığın Tespiti

1. Karşılaştırma Yapma Zorunluluğı

Doğrudan ayrımcılıkta olduğı gibi dolaylı ayrımcılıkta da karşılaştırma yapılacak grupların ve alanın belirlenmesi gerekir. Bu konuda sosyal güvenlik hukukunda, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık hallerinde karşılaştırma yapılacak grup ve alan farklılık arz etmediğinden yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz⁴⁴¹.

Görünürde nötr bir hüküm, kriter ya da uygulama bir grubun üyesi olan birey üzerinde değil, “bir birey, şahıs ya da şahıslar üzerinde olumsuz etki yapabilecekse” bu durumun dolaylı ayrımcılık teşkil ettiğı önerisinin, bu kavramın “sonuçların eşitliğini”

⁴⁴⁰ bkz. §2/II.

⁴⁴¹ bkz. §5, I, 1, 2, 3.

gerçekleştirme gücünü zayıflatacağı öğretide ifade edilmiştir⁴⁴². Buna göre örneğin, bir ırksal ya da etnik kökenli iki ya da daha fazla birey belirli bir olumsuz muameleye maruz kalırsa, o etnik ya da ırksal grubun da bu olumsuz tavra maruz kaldığına ilişkin kanıt olmasa bile ayrımcılığın meydana geleceğini ileri sürmenin, dolaylı ve doğrudan ayrımcılık kavramlarını asimile edeceği belirtilmiştir⁴⁴³.

2. Aynı Yasal Düzenlemenin Varlığı

Dolaylı ayrımcılıkta ayrımcı etkiler doğuran aynı işlem (aynı hukuki düzenleme) yasaklanmaktadır⁴⁴⁴. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü Uzmanlar Komisyonu'na göre, dolaylı ayrımcılık, *aynı koşulların, aynı işlemin ya da aynı ölçütün* herkese uygulandığı ancak orantısız şekilde, ilgili istihdama ilişkin gerekliliklerde sıkı bir bağ olmaksızın bazı özellikler nedeniyle kimi kişiler üzerinde elverişsiz sonuçlara ulaşılan durumlarda söz konusu olur⁴⁴⁵. Sosyal güvenlik hukuku bakımından aynı muameleden anlaşılması gereken, şüphesiz yasal düzenlemedir. Buna göre, görünüşte tarafsız olan bir yasal düzenlemeye bağlı olarak, sigorta yardımlarından sadece belirli bir grubun ya da ağırlıklı olarak belirli özelliklere sahip grubun yararlanması söz konusu ise dolaylı ayrımcılıktan bahsedilir. Bunların doğrudan ayrımcılık çerçevesinde yasaklanması mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, doğrudan ayrımcılığın unsuru aynı düzenleme değil, farklı düzenlemedir⁴⁴⁶. İfade etmek gerekir ki, dolaylı ayrımcılığa neden olan kriterin ayrımcılık kastıyla öngörülüp öngörülmemesi önem taşımamaktadır⁴⁴⁷.

İşlemin ya da yasal düzenlemenin niteliği noktasında doğrudan ayrımcılığa ilişkin ölçütlerin dolaylı ayrımcılığa uygulanamayacağı belirtilmiş olup, aksi halin dolaylı ayrımcılığa tehdit oluşturacağı ileri sürülmüştür⁴⁴⁸. Misal olarak, Lordlar Kamarasında, *Barry v. Midland Bank* davasındaki çoğunluk kararına göre, dolaylı ayrımcılık

⁴⁴² Barnard/Haepple, 568.

⁴⁴³ Barnard/Haepple, 568-569.

⁴⁴⁴ Gül/Karan, 15.

⁴⁴⁵ Gülmez, 228.

⁴⁴⁶ bkz. §5, I.

⁴⁴⁷ Barnard/Haepple, 568.

⁴⁴⁸ Barnard/Haepple, 569.

iddiasında olanların “*çalışan iki grup* arasında farklı muamele yapıldığını göstermesi zorunluluğu” bulunduğu belirtilmiştir⁴⁴⁹. Hatırlanacağı üzere, doğrudan ayrımcılıkta varsayımsal olarak karşılaştırma yapmak mümkündür.

Açıklanandan başka, somut olayın özelliğine göre dolaylı ayrımcılığın belirlenmesinde kullanılan ölçütler değişebilmektedir. ATAD’ın *Helmig* kararına konu olan olayda, kısmi süreli sözleşme ile çalışanlar tam süreyle çalışanların çalışma sürelerini aşacak kadar fazla çalışma yapmadıkça en yüksek seviyedeki fazla çalışma ücretine hak kazanamamaktadırlar. Burada Divan, kısmi süreli çalışanlarla tam süreli çalışanlara “saat” temelinde aynı şekilde muamele edildiğinden bir ayrımcılık meydana gelmediğini ifade etmiştir. Çalışma hayatında kısmi çalışanların çoğunu kadınlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda şekli eşitlik ilkesinin uygulanması bütün kadınlara tam süreli çalışanlarla kısmi süreli çalışanlar arasındaki önemli farklılıklar göz ardı edilerek, aynı şekilde davranılması sonucunu doğurmuştur⁴⁵⁰. *Helmig* kararında temel yanlış, sadece dolaylı ayrımcılığın var olduğu bir davaya doğrudan ayrımcılık ölçütlerinin uygulanmasıdır. Doğrudan ayrımcılıkta benzer durumlar farklı muamele görürken, dolaylı ayrımcılıkta farklı durumlar aynı muameleyi görür ve korunan grupta belirgin olumsuz yönde olmak üzere farklı bir etki oluşur⁴⁵¹.

3. Esaslı Ölçüde Farklı Etkilenme

Dolaylı ayrımcılıkta doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak ayrımcılığın kaynağında yatan, ölçütün kendisi değil, yarattığı sonuçlardır⁴⁵². Dolaylı ayrımcılık ihtimalinin ciddi bir biçimde ortaya koyabilmek için herhangi bir normla getirilen düzenlemenin ya da kriterin veya uygulamanın bir grubu diğerine oranla dikkate değer bir yükseklikte ve olumsuz yönde etkilediğinin gösterilmesi gerekir⁴⁵³. Bir grubun büyük bir bölümünün esaslı biçimde farklı etkilendiği tespit edilmelidir. Öğretide bu noktada, bir grubun büyük bölümünün olumsuz etkilenmesi şeklindeki bir anlayışın ayrımcılığı önleyici

⁴⁴⁹ Barnard/Haepple, 569.

⁴⁵⁰ Barnard/Haepple, 570.

⁴⁵¹ Barnard/Haepple, 563, 570.

⁴⁵² Doğan Yenisey, 992.

⁴⁵³ Doğan Yenisey, 980.

niteliğe sahip olmaktan çok küçük çoğunluğa karşı ayrımcılığa olanak tanıyan bir niteliğe sahip olduğu belirtilmiştir⁴⁵⁴.

Farklı etkinin tespiti, doğrudan ayrımcılıkta olduğu kadar kolay değildir. Gerçekten doğrudan ayrımcılık iddialarında sigortalı, o cinse ya da başka özelliğe sahip olmasaydı ayrımcılık oluşturan ölçüte tabi tutulmayacağını ileri sürerken; dolaylı ayrımcılıkta her iki cinse uygulanan ve görünüşte cinsiyetle (ya da başka özelliklerle) ilgisi bulunmayan bir ölçüt söz konusu olduğundan, bu ölçütün kendisine uygulanmayacak olduğu iddiasının başarılı olma ihtimali yoktur⁴⁵⁵. Ayrıca doğrudan ayrımcılıktan farklı biçimde, bireysel düzeyde kötü etkilenme değil, bir grubun olumsuz yönde etkilenmesi durumu vardır.

Görünüşte tarafsız bir normun gruplardan biri aleyhine sonuçları itibariyle esaslı bir ölçüde farklı etki yarattığını gösteren deliller sigortalı tarafından ortaya konduğunda, artık ispat yükü yer değiştirecektir. İstatistik biliminin verileri dolaylı ayrımcılığın bulunduğu tespitinde önemli bir gösterge olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, getirilen ölçütten etkilenen ham işçi sayısı değil, işçilerin oranı esas alınmalıdır⁴⁵⁶. Bu konuya ilişkin Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin hukuki değerlendirmeyi istatistikleri kullanarak objektifleştirip güvence altına alma yöntemi, ATAD tarafından da benimsenmiştir⁴⁵⁷. Buna ilişkin başarı veya başarısızlık oranını esas alan yöntemler geliştirilmiş ve oranlardaki ciddi farklılık ayrımcılığın göstergesi olarak kabul edilmiştir. İş hukukuna ilişkin verilen örnekte işe almada getirilen bir ölçütten kadınların %41'i, erkeklerin ise, %1'i olumsuz etkileniyorsa başarısızlık oranı nedeniyle ayrımcılık olduğu; veya işe girerken aranan ölçütleri sağlama oranı beyazlarda %80, siyahlarda %54 ise başarı oranı esas alınarak siyahlar aleyhine ayrımcılık yapıldığı

⁴⁵⁴ Özçüre, 213.

⁴⁵⁵ Doğan Yenisey, 992.

⁴⁵⁶ Doğan Yenisey, 993.

⁴⁵⁷ Doğan Yenisey, 980. *Seymour-Smith* davasında Birleşik Krallık'ta haksız işten çıkarılma iddiasını ileri sürmeden önce 2 yıl hizmet etme gerekliliğinin ATA m.141'e aykırı olarak kadınlara karşı ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağı meselesini ortaya çıkmıştır. 1985 yılından 1991'e kadar olan dönemde aynı işverenin işyerinde haftada 16 ya da daha çok süre 2 yıl veya daha çok çalışan erkek oranının %72 ile %77,4 arasında değişmekteydi. Bu kategoride kadınların oranı ise, %63,8 ile %68,9 arasındaydı. Erkek yüzdesine göre kadın yüzdesi %89,1 di. Bu dönemin cinsiyet üzerindeki farklılığı istatistiksel olarak çok belirgin bulundu ve bu farklılıkların şansa değil, sosyal gerçeklere bağlı bulunduğu rahatlıkla ileri sürüldü, Divan esaslı ölçüde farklı etkilenme ya da belirgin farklılık ölçüsüne ilişkin yaklaşım önermiştir. Buna göre, iki yıl gereksinimin erkeklere göre çok daha az oranda kadınların karşılamasının olup olmadığının asıl önemli noktadır.

Barnard/Haepple, 571.

sonucuna ulaşılacaktır⁴⁵⁸. Söz konusu yaklaşımın sigorta yardımlarının sağlanması konusunda da geçerli olacağına şüphe duymamak gerekir.

Schönheit davasında kısmi süreli çalışanların yaşlılık aylıkları, tam zamanlı çalışanlara göre farklı bir oranla hesaplanmaktaydı, ancak farklı oran, harcanan çalışma süresindeki farklılıklara dayanmamaktaydı. Bunun sonucu olarak, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar tam süreli çalışanlara göre, farklı hizmet süreleri dikkate alındığında bile daha az bir yaşlılık aylığı alıyorlardı. Yaşlılık aylığının hesaplanmasıyla ilgili norm bütün kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere uygulanıyordu. Ancak bunların %88'i kadın olduğundan, bu kuralın etkisi erkeklere kıyasla kadınlar için orantısız olduğu sonucu ATAD tarafından benimsenmiştir⁴⁵⁹. *Gerster* davasında da %87 oranında kadınların kısmi zamanlı çalıştıkları esas alınarak ayrımcılık yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁶⁰.

Ayrımcı davranışın grubun tamamı üzerinde yarattığı etkileri saptamakta çekilen istatistiksel güçlükler nedeniyle, istatistiklere dayanmayan dolaylı ayrımcılık kavramının ATAD tarafından benimsendiği söylenebilir. Yukarıda ortaya koyduğumuz 2000 yılında kabul edilen 2000/43 ve 2000/78 sayılı Yönergelerde uygulama veya ölçütün bir cinse mensuplardan oluşan grubu önemli ölçüde yüksek oranda etkilemesi ve dolayısıyla istatistiki yöntem bırakılmak istenmiştir⁴⁶¹. Bu bakımdan, tarafsız olarak görünen bir hüküm diğer kişilere nazaran belirli bir dine veya inanca mensup, belirli bir sakatlığı bulunan, belirli bir yaş veya cinsel tercihe sahip olan kişiler bakımından özel bir aleyhte durum yaratacak nitelikte olması yeterlidir⁴⁶².

Sosyal güvenlik bağlamında “dolaylı ayrımcılık”tan ne anlaşılması gerektiğinin Adalet Divanı tarafından ilk defa belirtildiği *Teuling* davasında da “önemli ölçüde etkilenme” durumuna vurgu yapılmıştır⁴⁶³. Buna göre, söz konusu davadaki gibi bir *de facto* dolaylı

⁴⁵⁸ Doğan Yenisey, 981.

⁴⁵⁹ ATAD, Hilde Schönheit davası C-04/02 [2003], www.europa.eu.int/eur-lex

⁴⁶⁰ ARAD, Gerster v.Freistaat Bayern, C-1/95 [1997], www.europa.eu.int/eur-lex

⁴⁶¹ Bkz. §2, III.

⁴⁶² Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 15.

⁴⁶³ Ellis, 367.

ayrımcılık kabul edilebileceği ileri sürülmüş olup⁴⁶⁴, davaya konu olayda, Bayan Teuling 1972'den beri iş göremez durumdadır. 1975'ten itibaren kendisine, Hollanda sosyal güvenlik sistemine göre, yasal asgari ücret tutarında malullük aylığı ödenmeye başlanmıştır. Ancak, 1984'ün başından itibaren bu aylık yeni bir yasal düzenleme çerçevesinde önemli ölçüde azalmıştır. Başka hak sahiplerine ek ödemeler yapılması mümkünken, Bayan Teuling bunlardan da yararlanamamaktadır. Zira bu ek ödemelere hak kazanmada yasa, eşin gelirini ve/veya hak sahibine bağımlı çocukları bulunup bulunmadığını da dikkate almaktadır. Dava konusu somut olayın gerçekleştiği sırada da Bayan Teuling evli olup eşi de yüksek gelir elde etmektedir. Bayan Teuling ek ödemelere ilişkin sistemin kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığa yol açtığını ve böylece, Sosyal Güvenlik Yönergesi'nin 4. maddesini ihlal ettiğini, bu nedenle de uygulanmaması gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁶⁵. ATAD bu durumun kadınların aleyhine olduğunu kabul etmiştir. Hollanda ise, istatistiki veriler sunarak, bu düzenleme çerçevesinde ek ödemelerden faydalanan evli erkek sayısının evli kadın sayısından daha fazla olduğunu; çünkü bakmakla yükümlü olduğu bir eşi olan çalışan erkek sayısının, bakmakla yükümlü olduğu bir eşi olan kadın sayısına göre çok daha yüksek olduğunu belirtmiştir. Divan kararında, dolaylı ayrımcılığa ilişkin şu ifadeler yer vermiştir: *“(Yönerge'nin) 4. maddesinin ilk fıkrasına göre, yapılan yardımlardaki artışlar doğrudan veya dolaylı olarak hak sahibinin cinsiyetine göre belirleniyorsa yasaktır. Bu açıdan, bu olaydaki gibi, yardımlardan faydalanmanın doğrudan hak sahiplerinin cinsiyetlerine bağlı tutulmadığı ama onların medeni veya ailevi durumlarıyla ilişkilendirildiği ve bunun sonucunda da söz konusu yardımlardan erkeklere kıyasen önemli ölçüde daha az sayıda kadının yararlanabildiği durumlar, bu sistem haklılaştırılmadığı takdirde, 4. maddeyi ihlal etmiş sayılır.”*⁴⁶⁶

Görüldüğü üzere, her ne kadar düzenleme, açıkça ayrımcılık teşkil etmese de bunun uygulanması neticesinde ağırlıklı olarak kadınlar aleyhine sonuçlar meydana gelecektir. Ancak buna rağmen, kararda bu uygulamanın haklılaştırılması halinde ise, ilkeye aykırı

⁴⁶⁴ ATAD, (C- 30/85 [1987]), Teuling v Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie www.europa.eu.int/eur-lex. Ellis, 369; English, 40-41.

⁴⁶⁵ Nielsen/Szysczak/Forlag, 195.

⁴⁶⁶ Nielsen/Szysczak/Forlag, 195; McCrudden, 186.

sonucun oluşmayacağı belirtilmiştir. Haklılaştırmaya ilişkin davada belirtilen görüş aşağıda açıklanmıştır.

III. Karşılaştırma Sonucu Ortaya Çıkan Eşitliğe Aykırı Durumun Giderilmesi

Kıyaslama neticesinde benzer durumdakilere farklı davranıldığı (daha az lehe) belirlendikten sonra, farklılığın nasıl giderilmesi gerektiği üzerinde de kısaca durulmalıdır. Başka bir deyişle, tespit edilen ayrımcılığın nasıl ortadan kaldırılacağı açıklanmalıdır. Esasen bu durum hangi eşitlik anlayışının benimsendiği ile yakından ilgilidir.

Şekli eşitlik anlayışında benzer durumdakilere benzer davranılması yeterli sayıldığı için benzer iki kişiye eşit derecede kötü veya eşit derecede iyi davranılması arasında bir fark gözetilmez⁴⁶⁷. Dolayısıyla, iki kişiden birinin lehine daha az avantajlı davranılmamalıdır⁴⁶⁸. Bunun sonucu olarak, kıyaslanan her iki kişinin belirli bir haktan mahrum bırakıldığı ya da her ikisine de hakkın verildiği durumlarda eşitlik gerçekleşir⁴⁶⁹. Örneğin hem kadın hem de erkek sigortalıya eşit derecede kötü davranıldığında, cinsiyet ayrımcılığı yapılmamış sayılacaktır⁴⁷⁰.

Belirtilenden başka, şekli eşitlikte bir ayrımcılığın önlenmesi talebinin, ayrımcılığa tabi kılındığını iddia eden tarafa durumu eşitleyecek yararların sunulması yerine, daha ayrıcalıklı gruba sağlanan ilave yararın geri alınarak karşılanması yolu tercih edilebilecektir⁴⁷¹. Buna ilişkin örnek İngiltere'den verilebilir. Ülkede uzun süre iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında kadın çalışanlara yönelik özel koruyucu hükümler bulunmaktaydı. Bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edildiğinde, kadınlar lehine olan bu durum kaldırılmıştır. Farklı bir ifadeyle, koruyucu düzenlemelerin

⁴⁶⁷ Fredman, 8; Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 9.

⁴⁶⁸ Fredman, 8.

⁴⁶⁹ Barnard/Hepple, 563.

⁴⁷⁰ Aynı şekilde, eşit ücret yasaları kadın işçilere kendileriyle aynı durumdaki erkek işçiler kadar düşük ücret ödenmesine karşı bir koruma sağlamaz. Halbuki böyle durumlar için, hem kadınlar hem erkekler için geçerli olmak üzere asgari bir ücret hakkının somut olarak düzenlenmesi daha isabetli olur, Barnard/Haepple, 562.

⁴⁷¹ Fredman, 8-9.

erkekleri de kapsayacak biçimde genişletilmesi tercih edilmemiştir. Söz konusu durum haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten, bir gruba tanınan ayrıcalıkları diğer gruba da tanımak suretiyle her iki gruba da ileri seviyede eşitlik sağlanması gerekirken, daha aşağı bir seviyede eşitliğin öngörülmesi isabetsiz olmuştur⁴⁷². İngiltere'deki bu olayda kişilerin benzer durumda olduğu ve farklılığın haklı neden oluşturmaması gerekçesiyle, düzenleme eşit hale getirilmek istenmiştir. Oysa, öğretide de belirtildiği üzere, temelinde insan onuruna saygı bulunduğu kabul edilen eşitlik ilkesi, mevcut haklarda gerilemeye neden olacak bir eşitlik anlayışı ile bağdaşmaz⁴⁷³. İlkenin amacının, daha az lehte davranmak suretiyle eşitliğin sağlanmasının olmadığı unutulmamalıdır⁴⁷⁴. Sosyal güvenlik hukukunda da olması gereken maddi eşitlik anlayışı bu amacı gerçekleştirir.

Sosyal güvenlik hukukunda da normlar oluşturulurken ya da eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilen düzenlemelerin yerine yenisi yapılırken maddi eşitlik anlayışının belirtilen bu yönü öne çıkartılmalıdır. Örneğin aşağıda ikinci bölümde de izah edildiği üzere bizce, bağımsız çalışanlar için iş kazası hallerinin iş sözleşmesine tabi çalışanlara göre daha sınırlı bir biçimde kabul edilmesi eşitlik ilkesine aykırıdır. AYM de aynı görüşle düzenlemeyi iptal ettiğinde, kanun koyucu iş kazası hallerini iş sözleşmesine tabi çalışanlar için de sınırlayarak eşitliği sağlama yolunu tercih etmemelidir.

§6. Farklı İşlemin Haklılaştırması

I. Doğrudan Ayrımcılığın Haklılaştırılması

1. Doğrudan Ayrımcılığın Haklılaştırılıp Haklılaştırılamayacağı Sorunu

Avrupa Topluluğunun ayrımcılık yasağıyla ilgili Yönergeleri, pek çok ulusal hukuk düzeninde olduğu gibi, doğrudan ayrımcılığın haklılaştırılamayacağını açıkça ifade etmemektedir. Bu daha ziyade, haklılaştırmaya ilişkin hiçbir yazılı kural olmayışından (haklılaştırmanın özellikle vurgulandığı dolaylı ayrımcılığın aksine) zımnen

⁴⁷² Fredman, 8.

⁴⁷³ Doğan Yenisey, 982.

⁴⁷⁴ Fredman, 8.

anlaşılmaktadır⁴⁷⁵. ATAD da kararlarında genellikle kanun koyucu tarafından yasaklanan nedenlere dayanılarak yapılan doğrudan ayrımcılığın ancak kanunda açıkça sayılan istisnai durumlarla haklı nedene dayandırılabilceği görüşündedir. Belirtmek gerekir ki Divan, bu istisnaların kapsamını oldukça dar yorumlamaktadır⁴⁷⁶. Bundan başka yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, AİHM'nin ayrımcılık yasağına dair içtihatlarında belirtildiği üzere, taraf Devletlerin ne ölçüde ve hangi hallerde benzer durumlar arasında uygulama farklılıklarının bulunabileceğini tespit etmek hususunda belirli bir takdir yetkisi mevcuttur⁴⁷⁷. Ancak değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin teklif dahi edilmesi mümkün olmayan özellikler gözetilerek yapılan ayrımcılık hallerinde, yalnızca çok istisnai gerekçeler Mahkeme tarafından Sözleşmeye uygun kabul edilmektedir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, hakimler tarafından yapılan değerlendirmelerin çok önem taşıdığı ayrımcılık yasağı uygulamalarında, üzerinde fikir birliği sağlanmış metodoloji sayesinde, takdir yetkisi objektif olarak sınırlanmaktadır⁴⁷⁸. Bu bakımdan yargı kararları da büyük çoğunlukla, doğrudan ayrımcılık hallerinde haklılaştırmanın öne sürülemeyeceği yönündedir. Örneğin, AİHM, *C-177/88 Dekker v. VJV Centrum [1990]* kararında, bir kadın işçinin iş sözleşmesinin hamilelik nedeniyle feshedilmesinin doğrudan ayrımcılık oluşturduğunu belirterek, işverenin yaptığı feshi, bu durumun şirkete getirdiği mali yüklerle haklılaştırması iddiasını reddetmiştir⁴⁷⁹. Her ne kadar örnek iş hukukuna ilişkinse de, doğrudan ayrımcılığın haklılaştırılmaması noktasında önemli olma özelliğine sahiptir.

Verilen örnekten de hareketle vurgulamak gerekir ki, *kural olarak* doğrudan ayrımcılıkta -dolaylı ayrımcılıktan farklı olarak- ayrımcılık teşkil ettiği iddia edilen ölçütler (normlar), cinsiyetten ya da benzeri nedenden bağımsız objektif nedenlere dayandığı iddiası ile haklı kılınamaz⁴⁸⁰. Aşağıda da izah edileceği üzere, dolaylı ayrımcılık bakımından ise durum daha farklıdır. Gerçekten, dolaylı ayrımcılık olarak ele alınabilecek durumlarda, doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak, bir istisnai halin

⁴⁷⁵ Bell, 273.

⁴⁷⁶ Hervey, 315.

⁴⁷⁷ bkz. §4, II, 1.

⁴⁷⁸ Doğan Yenisey, 979.

⁴⁷⁹ Bell, 273.

⁴⁸⁰ Doğan Yenisey, 983-984.

öngörüldüğü ve buna göre söz konusu düzenleme, kriter ya da uygulama meşru bir amaca hizmet ediyorsa, objektif sebeplerle gerekçelendirilebiliyorsa ve bu amaca ulaşmak için öngörülen vasıtalar elverişli ve gerekliyse, esasen dolaylı ayrımcılığın bulunmadığı öğretide ileri sürülmüştür⁴⁸¹. Bu durum he ne kadar kural olarak dolaylı ayrımcılık için geçerliyse de, bunu sadece dolaylı ayrımcılığa özgülemek isabetli olmaz. Başka bir deyişle, doğrudan ayrımcılığın istisnaen haklılaştırılabildiği durumlarda bu esas göz önünde bulundurulmalıdır.

Kural, doğrudan ayrımcılığın haklılaştırılamayacağı şeklindeyse de, öğretide istisnai durumlarda bunun mümkün olduğu belirtilmiştir⁴⁸². Gerçekten Avrupa Topluluğu müktesebatının doğrudan ayrımcılığın haklılaştırılmasına izin verdiği durumlar da mevcuttur. Bunlardan ilki, 2000/78 sayılı *İstihdamda ve İşte Eşit Muamele Yönergesi*'nin 6. maddesinde yaş nedeniyle ayrımcılık hakkındadır. Maddede mesleki sosyal güvenlik programlarına dahil olma ve bu programdaki haklar bakımından yaş ayrımcılığına izin verilmiştir. Buna göre, “*Üye Devletler ulusal mevzuatlarında, istihdam politikası, iş piyasası ve mesleki eğitim hedefleri gibi meşru bir amaç doğrultusunda objektif ve makul biçimde haklılaştırılabildiği takdirde, yaş nedeniyle yapılan farklı muamelelerin ayrımcılık teşkil etmeyeceğini kararlaştırabilirler.*”⁴⁸³ Yapılan farklı muamelenin doğrudan ya da dolaylı olduğu belirtilmemiştir. Ancak bunun her iki türü de kapsayacak şekilde yorumlanmasına engel bir durum yoktur. Görüldüğü üzere, yaş nedeniyle doğrudan ayrımcılığın meşru amaç ile haklılaştırılabileceği ve meşru amacın da istihdam politikası, iş piyasası gibi hedeflerin olduğu belirtilmiştir.

Doğrudan ayrımcılıkta haklılaştırmanın kabul edildiği bir başka düzenleme de 2004/113 sayılı *Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi*'nin 4. maddesinde mevcuttur: “*Eğer malların ve hizmetlerin özel veya öncelikli olarak bir cinsin mensuplarına sağlanması meşru bir amaçla haklılaştırılıyorsa ve bu amaca ulaşmanın araçları uygun ve gerekliyse, bu Yönerge farklı muamele edilmesini engellememelidir.*”⁴⁸⁴. Burada da

⁴⁸¹ Aydınöz, 175.

⁴⁸² Bell, 273.

⁴⁸³ Bell, 273.

⁴⁸⁴ Bell, 273.

doğrudan ayrımcılıktan açıkça bahsedilmemişse de farklı muamelenin bu kavramı kapsayacağı konusunda şüphe yoktur. Bu Yönergede de meşru amaçtan bahsedilmiş, ancak bunun ne olduğu belirtilmemiştir.

Kanımızca doğrudan ayrımcılığın haklılaştırılmasına ilişkin durumları verilen örneklerle sınırlı tutmak mümkün değildir. Gerçekten, kanun koyucu meşru bir amaca ulaşmak için ve meşru amaca da başka bir biçimde ulaşma olanağı bulunmadığı durumlarda ayrıma gidebilmelidir. Şüphesiz kişilerin değiştirilmesinin mümkün olmadığı ya da değiştirmesi beklenemeyen özellikleri bakımından yapılan ayrımların haklılaştırılması sınırlı biçimde kabul edilmelidir.

2. Haklılaştırmada Farklı İşlemin Nedeninin Önemi

Ayrımcılıktan bahsedebilmek için karşılaştırılabilir kişiler arasında farklı muamelenin bulunması gerekmektedir birlikte, daha önce de açıkladığımız gibi her farklı muamele, ayrımcılık yasağı ilkesine ya da genel anlamda eşit davranma yükümlülüğüne aykırı değildir. Eşitlik ilkesine aykırılığın bulunması için farklı muamelenin daha az lehte olmasının yanında bunun haklılaştırılamaması da gerekir. Kanunun öngördüğü farklı veya eşitsiz işlem haklılaştırılabilir, savunulabilir ise o zaman karşılaştırılan kişilerin ve şeylerin söz konusu işlem bakımından aynı, benzer ve eşit durumda olmadıkları söylenir⁴⁸⁵.

Haklılaştırılamayan ayrımcı işlem, bizzat yasal normun kendisinde ihtiva edilebileceği gibi, kamu idaresi kararının içinde de yer alabilir⁴⁸⁶. Haklılaştırmanın sağlanması adına, *daha az lehte davranılmasını öngören yasal düzenlemenin* nedeni kişinin doğuştan sahip olduğu ya da değiştirmesinin beklenemeyeceği özellikleri olmamalıdır. AIHM'nin

⁴⁸⁵ Öden, 192.

⁴⁸⁶ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 13. Şüphesiz bu durum, sadece yasama organı için geçerli olmayıp, gerçek kişilerin günlük yaşanlarındaki hareketleri için dahi dikkate alınmalıdır. Buna göre, ayrımcılık yapılmasına ilişkin olarak ileri sürülen nedenin haklılaştırılamaması dolayısıyla ortaya çıkan doğrudan ayrımcılığa Avrupa içtihat hukukundan bir örnek olarak İtalyan Yüksek Temyiz Mahkemesi'nin *Zerman* kararı gösterilebilir. Adı geçen kararda, Verona'daki 'Giardino' adlı barda Kuzey Afrika kökenli müşterilere servis yapılmamış ve bu durum pek çok kereler tekrarlanmıştır. Barın sahibinin yine böyle bir müşteriye "Burası benim evim, dilediğime servis yaparım, dilediğime yapmam" diyerek kahve servis etmeyi reddettiği 1999 tarihli bir olay yargıya intikal etmiş ve 2005 tarihinde verilen temyiz kararında bar sahibinin ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararı 'hukuka aykırı ırk ayrımcılığı' teşkil ettiği gerekçesiyle onanmıştır, Bell, 185.

konuya ilişkin kararı önem taşımaktadır. AİHM'in sosyal güvenlik çerçevesinde cinsiyete dayalı verdiği kararlardan biri *Van Raalte v. Hollanda* kararıdır⁴⁸⁷. Karara konu olan olayda, başvuru sahibi bay Van Raalte hiç evlenmemiş ve çocuk sahibi olmayan bir Hollanda vatandaşıdır. Aile Yardımlarına İlişkin Genel Yasa'nın 25. maddesine göre, 45 yaş üzeri evlenmemiş kadınlar dışında bütün çalışanların bu yasa çerçevesinde prim ödemesi gerekmektedir. Başvuru sahibi sadece 45 yaş üzeri evlenmemiş kadınların bu primlerden istisna tutulmasının ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini belirtmiştir. Hollanda hükümeti ise, başvuru sahibinin istisna kapsamındakiler ile aynı konumda kabul edilemeyeceğini, biyolojik bir farklılığın mevcut olduğunu ve 45 yaş üzeri kadınların çocuk sahibi olma ihtimalinin daha düşük olduğunu ileri sürmüştür. Aile yardımlarına ilişkin yasa, ilke olarak bütün yetişkinlerin potansiyel hak sahibi şeklinde değerlendirilerek ilişkilendirildiği bir sosyal sigorta rejimi oluşturmaktadır. Prim ödeme yükümlülüğünün yardıma hak kazanma hususunda potansiyel hak sahibi konumunda bulunmaya bağlı olmaması ise bu rejimin temel niteliğidir. Sonuç olarak, yapılan yardım kurulan sistemin doğasına aykırıdır. Taraf Devletler 14. madde uyarınca prim ödeme yükümlülüklerine ilişkin takdir yetkisini, uygulama farklılığının gerekçesini oluşturabilecek zorlayıcı sebepler bulunması dışında, kadın ve erkekler için aynı koşulları öngörerek kullanmak zorundadır. Mahkeme somut olayda böyle bir sebebin var olmadığı sonucuna ulaşmıştır. 45 yaş üzeri bekar kadınların çocuk sahibi olabilmesi imkan dahilindedir. Aynı zamanda 45 yaş üzeri bekar kadınlar, çocuklu bir erkekle evlenmek suretiyle de bu yardımlara hak kazanabilmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme, cinsiyete dayalı bir uygulama farklılığının mevcut olduğunu ve bu farklılığı haklılaştıracak meşru ve objektif bir sebebin olmadığını sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme bu kararda da ayrımcılık yasağını, 1 No'lu Protokol m.1 kapsamında ele almıştır.

*Willis v. Birleşik Krallık*⁴⁸⁸ kararı da cinsiyet ayrımcılığı ekseninde 14. maddenin irdelendiği bir başka karardır. Başvuru sahibi olan Willis'in vefat eden eşi hayatta iken evin geçimini temin etmiş ve ücretli bir çalışan olarak sosyal sigorta primlerini tam olarak ödemiştir. Willis eşinin ölümünden sonra çocukları ile ilgilenebilmek için

⁴⁸⁷ AİHM, Van Raalte/Hollanda kararı, 21 Şubat 1997 (Başvuru No. 20060/92), <http://www.echr.coe.int>

⁴⁸⁸ AİHM, Willis-Birleşik Krallık kararı, 11 Haziran 2002, (Başvuru No. 36042/97), <http://www.echr.coe.int>

çalışmayı bırakmış ve dul aylığı için başvuruda bulunmuştur. Ancak başvurusu söz konusu aylığa sadece dul kadınların hak kazanabileceği gerekçesi ile reddedilmiştir. AİHM, bu kararında da münhasıran cinsiyete dayalı bu ayrımcılığın 1 No’lu Protokol m.1’in ve Sözleşmenin 14. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

*Wessels-Bergervoet v. Hollanda*⁴⁸⁹ kararında da Mahkeme tarafından kadın-erkek eşitliği değerlendirilmiştir. Başvuru sahibinin ve eşinin yaşlılık aylığı, başvuranın eşinin 19 yıl boyunca Almanya’da çalışması ve bu süre boyunca Hollanda’da sigortalı olmaması sebebiyle %38 azaltılmıştır. Başvuran kendi yaşlılık aylığı hesaplanırken esas alınan sigortalılık süresinin kocasının sigortalılık süresi ile ilişkilendirilmesi sebebiyle 1 No’lu Protokol m.1’in ve Sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edildiğini ifade etmiştir. Mahkeme kadın sigortalının aylığında yapılan bu indirimin sadece evli olmasına bağlı olduğunu, 1985’te yapılan yasa değişikliği ile evli kadınların statülerine bağımsızlık kazandırıldığını, bu tarihten önceki uygulamaların ayrımcılık oluşturduğunu ve bu ayrımcılığın meşru ve objektif bir gerekçeye dayanmadığını belirtmiştir.

Kural olarak haklılaştırılmayan ayırım nedenleri sadece cinsiyet ile sınırlı değildir. Bunun dışında özellikle tabiiyet konusunda yapılan ayrımlar da AİHM tarafından değerlendirilmiştir. Konuya ilişkin karar, *Koua Poirrez v. Fransa* kararıdır⁴⁹⁰. Koua Poirrez, Fransa’da ikamet eden bir Fildişi Sahili vatandaşıdır ve 21 yaşındayken bir Fransız tarafından evlat edinilmiştir. 7 yaşından beri ağır bir fiziksel engeli bulunmaktadır ve Fransız makamları tarafından %80 oranında çalışma gücünü kaybettiği tespit edilmiştir. Bu bağlamda kendisine “engelli kartı” verilmiştir. Koua Poirrez engellilere ödenen bir sosyal yardıma başvurmuş, ancak talebi Fransız vatandaşı yahut Fransa ile ikili sosyal güvenlik anlaşması olan bir ülke vatandaşı olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Mahkeme, başvuru sahibinin yasal olarak Fransa’da ikamet ettiğine, bir Fransız vatandaşı tarafından evlat edinildiğine ve kendisine Devlet tarafından “engelli kartı” verildiğine dikkate çekerek, tabiiyete bağlı olarak yapılan bu ayırımın 1 No’lu Protokol m.1 kapsamında 14. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

⁴⁸⁹ AİHM, *Wessels-Bergervoet/Hollanda* kararı, 4 Haziran 2002, (Başvuru No. 34462/97), <http://www.echr.coe.int>

⁴⁹⁰ AİHM, *Koua Poirrez v. Fransa*, 30 Eylül 2003 (Başvuru No. 40892/98), <http://www.echr.coe.int>

Yukarıda özetlenen kararlar doğrultusunda belirtmek gerekir ki, yasama organı ya da kamu idaresi, kişinin (sigortalının) daha az lehine olan davranış ile kişinin cinsiyeti, ırkı, dini vb. konular arasında nedensellik bağının olmadığını ortaya koyarak ayrımı haklılaştırmalıdır. İş hukukuna ilişkin örneğin işverenin gerçekten de daha güçlü veya deneyimli bir işçiye ihtiyacı varsa ancak kadın işçi bu ihtiyacı karşılayamıyorsa bu durumda farklı davranışın nedeni “kadının cinsiyeti” değildir ve ayrımcılık meydana gelmemiştir⁴⁹¹. Esasen verilen örnekte de “ayırım” vardır. Fakat bu “ayırım” ya da “farklı muamele” haklılaştırılarak hukuka uygun hale getirilmiştir. Farklı bir ifadeyle, daha az lehte olan davranış haklılaştırılarak, işlemin ilkeye aykırılığı giderilmiştir. Bu bakımdan, ayrımcılık nedeni, haklılaştırma bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla, Mahkemenin araştırması gereken, “eğer kişi karşı cinse mensup olsaydı, ayrımcılık teşkil ettiğini iddia ettiği davranışa muhatap olur muydu” sorusuna ilişkindir⁴⁹². “But-for test” adı verilen bu yöntem, Amerikan hukukunda geliştirilen ve ATAD içtihatlarında da doğrudan ayrımcılığın tespitinde kullanılan metodoloji olmuştur⁴⁹³. But-for test adı verilen yöntem uyarınca, sorulması gereken soru konumuz açısından sadece cinsiyet ile sınırlandırılmaz. Benimsediğimiz görüş çerçevesinde, sigorta yardımının çalışma şekline bağlı olarak belirlenen hukuki statü temelinde farklı şartlarla sağlanması halinde, “eğer kişi farklı hukuki statüde olsaydı, ayrımcılık teşkil ettiği davranışa muhatap olur muydu” sorusu mahkeme tarafından yanıtlanmalıdır.

Ortaya koyduğumuz bu soru yanıtlanırken, sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşulu açısından hukuki statü temelinde yapılan ayrımlar bakımından nedensellik bağına ilişkin esas katı bir biçimde benimsenemez. Farklı bir ifadeyle, sigortalılık ilişkisini doğuran çalışma ilişkisi nedeniyle sağlanan sosyal sigorta yardımı arasında nedensellik bağının kurulduğu her durumda mutlak biçimde eşitlik ilkesine aykırı sonucuna varmak, bütün yasal düzenlemenin ilkeye aykırı olmasını beraberinde getireceği gibi, yasama organının kanun yaparken sınıflandırma yapma zorunluluğuna terstir ve takdir yetkisinin amacını aşar biçimde sınırlanması sonucunu doğurur. Öte yandan kuşkusuz önemli derecede daha az lehe olan farklı muamelenin haklılaştırılması

⁴⁹¹ **Smith/Wood**, 259-260.

⁴⁹² **Handbook On European Non-Discrimination Law**, 26.

⁴⁹³ **Doğan Yenisey**, 991.

burada da gereklidir. Ancak haklılaştırma, cinsiyet, ırk vb. temelde yapılan ayrımlarda olduğu kadar zor değildir. Nitekim AİHM –çalışmamızda da yer verdiğimiz üzere- kişisel özelliklere dayalı ayırım yasakları dışındaki alanlarda yasama organının geniş bir takdir yetkisi olduğundan bahsetmektedir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, daha az lehe olan davranışın sigortalılık ilişkisini doğuran çalışma şekline kaynaklanması halinde ortaya çıkan farklılık da –haklılaştırılmadığı sürece- ayrımcılık teşkil eder. Bu davranış, “doğrudan ayrımcılık” kavramı kapsamında değerlendirilemezse bile eşitlik ilkesi gereği haklarda ve yükümlülüklerde eşitliği sağlamakla yükümlü olan yasama organının eşit davranma ilkesine aykırı davrandığı ve ayrımcılık yarattığı sonucunu doğurur.

3. Ayrımı Mümkün Kılan Ölçütler: İhtiyaç ve Değer

Her farklı muamelenin bir kişinin aleyhine diğer kişinin ise lehine olduğu ve dolayısıyla bunların haklılaştırılamayacağı düşünülebilir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, çağdaş eşitlik anlayışında toplumdaki farklılıklar gözetilmeli ve herkese eşit muamele yapılması amaç edinilmemelidir⁴⁹⁴. Sosyal adaleti sağlamak adına yapılan farklı muamele, eşit sonuçlar doğurur. Kısaca bu durum öğretide “farklı ama eşit” biçiminde ifade edilmektedir⁴⁹⁵. Bu ve benzeri durumlarda ayrımlar, akla ve mantığa uygun olursa, hukuka da uygun sayılırlar⁴⁹⁶. Bu bakımdan, daha az lehte muamele için aleyhe ayrımcılık teşkil etmeyen başka bir gerçek gerekçe varsa ayrımcılıktan bahsedilemez⁴⁹⁷.

Ortaya koyduğumuz bu durum esasen benimsediğimiz eşitlik anlayışı ile yakından ilişkilidir. Gerçekten, maddi eşitlikte her ne kadar sonuçların eşitliği önemliyse de, mutlaka hakların sayısal bakımdan eşit olarak dağıtılması da söz konusu değildir. Bu eşitlik yaklaşımında işlem farklılıklarına izin veren eşitlik anlayışı mevcuttur. Bu bakımdan maddi eşitlik normatif eşitliğin türevi olarak da görülmektedir⁴⁹⁸. Maddi

⁴⁹⁴ bkz. §1, II.

⁴⁹⁵ Smith/Wood, 258.

⁴⁹⁶ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 121.

⁴⁹⁷ Smith/Wood, 259-260.

⁴⁹⁸ Öden, 189.

eşitliği normatif eşitliğin türevi olarak gören *Öden*'e göre, normatif eşitlik izin verilebilir ayırım temellerinin belirlenmesiyle ilgili olması nedeniyle de şekli eşitlik anlayışından ayrılmaktadır⁴⁹⁹. Bu anlayış doğrultusunda eşitsiz işlem için meşru farklılaştırma nedenleri olarak liyakat veya değer, ihtiyaç ve telafi veya giderme ölçütleri sayılmıştır⁵⁰⁰. Bu yaklaşım, *Fredman*'ın geniş bir değer kaynaklı yaklaşımıdır⁵⁰¹. Kanımızca, farklılığı haklılaştıran nedenler bakımından genel ölçütler öngörmek her zaman mümkün değildir. *Fredman*'ın belirtmiş olduğu ölçütler de her zaman sosyal güvenlik hukuku alanında uygulanma kabiliyetini haiz değildir. Ancak uygulanabilir olanlar bakımından, sosyal güvenlik hukukunda bu ölçütlerin nasıl değerlendirilebileceğine kısaca değinmek gerekir.

Meşru ayırım temeline ilişkin ölçüt, sosyal güvenlik hukukunda “ihtiyaç” olabilecektir. Bu kavram, kişiden kişiye ve zamana göre değişkenlik gösterebilirse de konumuz açısından ihtiyacı insanların hayatlarını asgari standartlarda idame ettirebilmeleri için gerekli olan, başta sağlık olmak üzere, beslenme, giyim vb. temel gereksinimler olarak açıklayabiliriz. Maddi olanakları az olan sigortalıların ihtiyaçları daha fazla ve acildir. Ancak buna rağmen bu ölçüt, sosyal riskle karşılaşan ve maddi yönden güçsüz durumda olan bir kimseye yapılan yardımın, durumu iyi olan bir kimseye sağlanana oranla daha fazla olması gerektiği şekilde yorumlanmamalıdır. İhtiyaç ölçütü, sosyal güvenlik hukukunda daha çok yükümlülüklerin belirlenmesinde rol oynamalıdır. Buna göre düşük gelirliler için daha düşük prim oranlarının ya da prim ödeme gün sayılarının öngörülmesi, fakat karşılığında sağlanan bazı yardımların, daha yüksek ödeyeninkinden farklı olamaması anlamına gelecek şekilde uygulama alanı bulabilir.

İhtiyaç ölçütü altında, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yararların ve yükümlülüklerin dağıtımında yaş, cinsiyet, engellilik halleri de somut olayın özelliğine göre ayırımı mümkün kılan ölçütler olarak kabul edilmelidir.

⁴⁹⁹ *Öden*, 36

⁵⁰⁰ *Öden*, 34.

⁵⁰¹ *Barnard/Haepple*, 568.

Esasen yukarıda söz konusu bu hallere dayalı olarak ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Önemle vurgulamak gerekir ki, *daha az lehe davranış*, söz konusu sayılan hallere dayanmamalıdır. Ancak ihtiyaç ölçütü gerekli kıldığı takdirde *daha lehe davranış*, bu hallere dayanabilir. Gerçekten, belirli durumlarda kadınlar, yaşlılar, engelliler ve işin niteliği gereği yıpratıcı işlerde çalışanlar daha kolay şartlar altında sigorta yardımlarına hak kazanmaya ihtiyaç duyarlar. Olumlu önlemler çerçevesinde yapılan farklı düzenlemeler toplumda sosyal adaleti korumaya yönelik olup, aleyhe bir ayrımcılık olarak değerlendirilemez. Kanımızca söz konusu olumlu ayrımcılık hallerini, doğrudan ayrımcılığı haklılaştıran bir neden olarak kabul etmek yerine, gerçek eşitliği sağlayan düzenlemeler olduğunu kabul etmek daha isabetli olur.

Gerçekten her ne kadar ayrımcılık yapılmaması vurgusu, temelde olumsuz bir görev olarak adlandırılmaktaysa da⁵⁰², bu yaklaşım her zaman yerinde değildir. Son yıllardaki hukuki gelişmeler, ilgili tarafları ayrımcılık ile mücadelede somut adım atmak zorunda bırakarak, bu boyutu olumlu görevler ile güçlendirmeye çalışmıştır. Olumsuzdan olumluya doğru bu değişim terminolojide de ayrımcılık yapılmamasından “eşitlik”e doğru bir yönelişe de yansımıştır⁵⁰³.

Özellikle sosyal güvenlik hukukunda özel olarak korunması gereken sınıfların bulunması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu bakımdan kişinin cinsiyeti, yaşı, sağlığı gibi durumlar nedeniyle ve işin niteliği göz önünde bulundurularak gerçek eşitliği sağlamak üzere farklı düzenlemeler yapılabilir. Daha açık bir ifadeyle, kanun koyucunun özellikle kadınları, engellileri, yaşlıları ve işin niteliğini dikkate alarak yıpratıcı işlerde çalışanları koruyucu düzenlemeler yapması, bu durumdakiler için daha kolay şartlarla sigorta yardımlarına hak kazanılmasını kabul etmesi, kural olarak gerçek eşitliği sağlamaya yönelik olup, eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Özellikle kadınlara, engellilere geçmişte karşılaştıkları haksız ayrımların yol açtığı eşitsizlikleri giderici bir takım özel haklar sağlayan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığına tespiti noktasında zorlukla karşılaşılmamaktadır. Zira bu gibi

⁵⁰² Bell, Equality, 251.

⁵⁰³ Bell, Equality, 251.

durumlarda kimlerin ne şekilde korunması gerektiği konusunda tartışma bulunmamaktadır. AİHM, 12.04.2006 tarihinde verdiği kararda kadın ve erkek için öngörülen farklı emeklilik yaşlarının 14. maddeyi ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Zira kadınlar için daha erken bir emeklilik yaşı belirlenmesi, kadınların dezavantajlı olan ekonomik konumlarını düzeltme amacı taşımaktadır. Sosyal ve ekonomik değişikliklerin kadınlar için özel bir uygulamaya başvurulması gerekliliğini ortadan kaldırıncaya kadar böyle bir farklılık makul ve nesnel bir gerekçe taşımaya devam edecektir⁵⁰⁴. Cevap veren (Muhatap) Devlet'in kesin zamanlama ve araçlarda eşitsizliği düzeltmeye yönelik kararları, kendisine bu konuda tanınmış geniş takdir yetkisini aşacak kadar açıkça mantıksız değildir. Benzer şekilde, REA'ya uygun olmak ile emeklilik sistemini ilişkilendiren kararı da bu yardımın, bir kimsenin çalışma hayatındayken gelir elde etme kapasitesinin azalması halinde uğradığı kayıpları karşılamak olduğu dikkate alındığında, mantıklı ve objektif olarak haklılaştırılmaktadır. Bu nedenle, olayda, Sözleşmenin 14. maddesinin, 1 no.lu Protokolün 1. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, ihlal söz konusu değildir.

Yaş bakımından getirilen ölçütün ise, kanun koyucu tarafından ne şekilde belirleneceği daha zorluk göstermektedir. Yaş sınırı, dinamik bir yapıya sahip olduğu için zamandan zamana toplumdan topluma değişkenlik gösterir. Kanun koyucu yaş temelinde yapacağı sınıflandırmalarda da takdir hakkına sahip olmakla birlikte bunu kısıtlayan ölçütler vardır. Ancak genel olarak, makul nedenler ortaya konduğu sürece, yaş sınırının eşitlik ilkesine uygun olduğu kabul edilmelidir. Aşağıda yaşlılık sigortası kapsamında yaşlılık aylığı incelenirken yaş sınırına ilişkin makul nedenler ortaya konmuştur. Burada yeri gelmişken konuya ilişkin Divan kararına değinilmiştir. ATAD, 2000/78 sayılı *İstihdamda ve İşte Eşit Muamele Yönergesi*'nin 6. maddesinin⁵⁰⁵ kapsamını ilk kez *Palacios de la Villa* davasında incelemiştir. ATAD'dan bu maddenin zorunlu emeklilik yaşları bağlamında değerlendirilmesi talep edilmiştir. Divan, toplu iş sözleşmesinde yer alan zorunlu emeklilik yaşının 6. madde kapsamına girdiği kanaatine varmış ve bunu objektif olarak haklı nedene dayandırma imkanı olup olmayacağını

⁵⁰⁴ AİHM, *Stec ve Diğerleri* - İngiltere, 12 Nisan 2006 (Başvuru No. 65731/01 ve 65900/01), <http://www.echr.coe.int>

⁵⁰⁵ "Üye Devletler ulusal mevzuatlarında, istihdam politikası, iş piyasası ve mesleki eğitim hedefleri gibi meşru bir amaç doğrultusunda objektif ve makul biçimde haklılaştırılabilirliği takdirde, yaş nedeniyle yapılan farklı muamelelerin ayrımcılık teşkil etmeyeceğini kararlaştırabilirler."

araştırmıştır. ATAD, araştırma sonucunda bazı noktalara dikkat çekmiştir. Buna göre, düzenlemenin işgücü yaratmaya, yani istihdamı artırmaya olanak sağladığını, geçici düzenlemenin nesiller arasında daha iyi bir iş dağılımını sağladığını, zorunlu emekliliği içeren kanunun istihdam politikasıyla tutarlı ve toplu sözleşmede belirtilen hedeflerle bağlantılı olması şeklinde gerekçeye dayandığı gibi hususlar ATAD tarafından önemli kabul edilmiştir. Bunun neticesinde ATAD özellikle işsizliğe engel olmak amacıyla işgücü piyasasını düzenlemeye yönelik olduğu kanaatine vararak, amacı meşru olarak nitelendirmiştir. Bundan sonraki aşamada Divan, düzenlemenin meşru amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olup olmadığını inceleyerek, Devletlerin sosyal politika ve istihdam politikasına ilişkin konularda geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Önemli olan nokta, işçilerin makul düzeyde yaşlılık aylığı almalarının sağlanmasıdır biçiminde görüşünü devam ettirmiştir⁵⁰⁶.

Cinsiyet, engellilik, yaş dışında işin niteliği de ayrımı haklı kılan neden olarak kabul edilmelidir. Nitekim, AYM bir kararında işin niteliğinin de haklı neden oluşturabileceği görüşüyle, “...Bir işin gerektirdiği nitelikler hiçbir zaman eşitlik ilkesine aykırılık doğurmaz; çünkü böyle niteliklerin öngörülmesi ile gözetilen ayırım, haklı nedene dayanmaktadır ve haklı bir nedenin söz konusu olduğu yerde de ayırım gözetilmesi tabiidir. Unutulmamalıdır ki Anayasanın 12. maddesi, yalnızca haklı bir neden bulunmaksızın, gözetilen hüküm ayrımlarını yasaklamayı erek edinmiştir...”⁵⁰⁷ ifadelerine yer vermiştir. Konumuz açısından değerlendirildiğinde, işin niteliği sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşulunda –yardımın niteliğine göre- farklılığın öngörülmesi için haklı neden oluşturur. Bu bakımdan örneğin, maden işyerlerinin yer altı işinde çalışanlar açısından daha kolay şartlar altında sigorta yardımlarına hak kazanılmasının kabul edilmesi ilkeye aykırılık teşkil etmez.

Maddi eşitlik anlayışında karşımıza çıkan bir diğer ölçüt de “değer” dir. Sigortalının toplum için algılanan değerinin yüksek olması halinde buna sağlanan yardımların farklı olması öngörülebilir. Bir kimsenin toplum için taşıdığı değer ölçülmesi ise yaptığı işin toplum ve kamu yararı için önemi, tehlikeli olup olmaması, iş yapılırken gösterilen

⁵⁰⁶ ATAD, Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, C-411/05 [2007], www.europa.eu.int/eur-lex

⁵⁰⁷ AYM., 20.10.1967 t., E.1963/337; K. 1967/31, www.hukukturk.com

uğraş ve karşılaşılacak güçlüklerle ilgilidir⁵⁰⁸. Aşağıda ifade edileceği üzere, 5510 sayılı Kanunda kanun koyucunun bazı sigorta yardımlarına hak kazanmada değer ölçütünden hareket ettiği anlaşılmaktadır. Örneğin cumhurbaşkanı, başbakan gibi kamu görevlileri için yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları ve bunun hesaplanması sadece iş sözleşmesine tabi olarak çalışan sigortalılar ve bağımsız çalışanlara kıyasen değil, aynı zamanda kamu görevlileri ve devlet memurlarına göre de farklı düzenlenmiştir.

Son olarak ifade edelim ki, çalışmamızda da yer verdiğimiz AYM kararlarından anlaşılacağı ve öğretide de ifade edildiği üzere AYM kararlarında haklı neden ölçütünün kesin bir tanımı yapılmamış olmakla beraber, “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adaletli ve eşit ölçüler” gibi değişik ifadelerle haklı neden somutlaştırılmaya çalışılmıştır⁵⁰⁹. Bundan başka Yüksek Mahkeme, kanun hükümlerinin eşitlik ilkesine aykırılığını denetlerken farklılığın “kamu yararı”, “kamu düzeni”, “genel sağlık” gibi bir haklı nedene dayanıp dayanmadığını araştırmaktadır⁵¹⁰. Buna göre, eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen hüküm kamu yararı nedeniyle konulmuşsa, iddiaya itibar edilemez⁵¹¹.

4. Haklılaştırmada İyi Niyetin Önemsiz Olması

Doğrudan ayrımcılığın ya da genel olarak ayrımcılığın oluşması için farklı muamelenin kasıtlı biçimde yapılması gerekmemektedir⁵¹². Ayrımcılık niteliğini haiz farklı muameleyi yapan yasama organının ya da işverenin veya herhangi bir kişinin iyi niyetinin önemi bulunmamaktadır⁵¹³. Önemli olan farklı muamelenin, ayrımcılığa neden olup olmadığı ve bu doğrultuda mağdur üzerindeki etkisidir⁵¹⁴. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, her farklı muamele, ayırım yasağı ilkesini ihlal etmez⁵¹⁵. Bu bakımdan,

⁵⁰⁸ Öden, 35

⁵⁰⁹ Özbudun, 149; Gören, 430.

⁵¹⁰ Gözler, 213. AYM’ne göre haklı nedenin “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olması gerekir, bkz. İnceoğlu, 54.

⁵¹¹ AYM., E.1990/5, K.1990/28, (RG. 14.03.1991 t., S. 20814), www.hukukturk.com

⁵¹² Doğan Yenisey, 983.

⁵¹³ Doğan Yenisey, Uyum Sorunları, 13.

⁵¹⁴ Doğan Yenisey, 979.

⁵¹⁵ bkz. §5, I, 4.

ortaya çıkan farklı muamelenin haklılığı, “iyi niyet” şeklindeki bir gerekçe dışında başka bir biçimde ispatlanması gerekir. Lordlar Kamarası’nın *James v. Eastleigh Borough Council* ([1990] ICR 554, [1990] IRLR 288) davasında açıkça ortaya koyduğu üzere, doğrudan ayrımcılığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişinin saiki veya amacı ya da niyetinin bir önemi yoktur⁵¹⁶.

Söz konusu davaya konu olayda 61 yaşındaki bir adam belediyeye ait havuzlarda yüzmesi için kendisinden 75 sterlin talep eden, halbuki aynı yaştaki eşinden ücret almayan yerel yönetimce ayrımcılığa maruz bırakıldığını iddia etmiştir. Davacı ile karısının ayrı uygulamalara tabi tutulmalarının nedeni havuzdan ücretsiz yararlanma koşulunun, yetkili idare tarafından, erkekler için 65, kadınlar içinse 60 olarak belirlenmiş bulunan yasal emeklilik yaşına ulaşmak şeklinde kararlaştırılmış olmasıdır. Temyiz Mahkemesi olayda cinsiyet temelli ayrımcılık bulunmadığını, bu imtiyazın amacının erkeklere karşı ayrımcılık yapılması değil, ancak emeklilere yarar sağlamak amacıyla tanındığı gerekçesiyle reddetmiştir⁵¹⁷. Buna karşılık, bir üst temyizde Lordlar Kamarası, Temyiz Mahkemesi’nin kararını bozmuştur. Lordlar Kamarası, Temyiz Mahkemesi’nin kararındaki sübjektif yaklaşımı reddederek bunun yerine şu şekilde bir objektif yaklaşım belirlemiştir: “Davacının cinsiyeti farklı olsaydı farklı muamele görür müydü?”. Olayda davacının cinsiyeti farklı olsaydı daha az lehine olan muameleye maruz kalmayacağı açıktır, dolayısıyla bir doğrudan ayrımcılık söz konusudur. Yerel yönetimin davacıya karşı ayrımcılık yapma amacı gütmemesi ve gerekçesinin emeklilere imtiyaz sağlamak olması saygıdeğer bir amaç olsa da önemsizdir⁵¹⁸. Kararda salt cinsiyet nedeniyle farklı muamele üzerinde durulmuş, bunun nedeni ise önemsenmemiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, farklı muamelenin cinsiyetten kaynaklandığı ortaya konulduğunda, ayrımcılığın varlığını kabul etmek gerekir⁵¹⁹. Daha net bir ifadeyle, cinsiyet ile farklı muamele arasındaki nedensellik bağının ortaya konması ayrımcılığın varlığına karine teşkil eder.

⁵¹⁶ Smith/Wood, 256.

⁵¹⁷ Smith/Wood, 256.

⁵¹⁸ Smith/Wood, 256.

⁵¹⁹ bkz. §5, I, 4.

Açıklananlar ışığında ifade etmek gerekir ki, işverenin ya da yasama organının iyi niyetle farklı muamele etmiş olması (örneğin; ayrımcı muamelenin davacının yararına olduğuna duyulan inanç) ayrımcılık için bir bahane sayılmaz. Bunun önemli bir örneği de *Moyhing v. Barts&London NHS Trust* ([2006] IRLR 860) davasında görülmektedir. Davaya konu olayda erkek hemşireleri korumak ve hastalara güven vermek için hastanede, erkek hemşirelerin kadın hastalara mahrem işlemler yaparken kendilerine bekçilik edilmesi kuralı öngörülmüşken, kadın hemşireler için böyle bir kural söz konusu değildir. Her ne kadar hastanenin bakış açısına göre bu sağduyulu bir tedbir olsa da bu durumdan mağdur olan bir erkek hemşire tarafından yargıya taşındığında hukuka aykırı bir doğrudan ayrımcılık oluşturduğuna hükmedilmiştir. Yasal düzenlemenin amaçlarından birinin kadınlara veya erkeklere topluca, bazı şeyleri yapabilecek bazılarını ise yapamayacakları şekilde muamele edilmesini caydırmak olduğu düşünülürse; genel basmakalıp varsayımların (kadınlar ağır işler yapamazlar veya erkekler sekreter olamazlar ya da bakım işlerinde çalışamazlar gibi) ayrımcılık olarak değerlendirilmesi kuvvetle muhtemeldir. Böyle varsayımlara göre hareket eden bir işveren pekala kanuna aykırı davranmış sayılabilecektir⁵²⁰.

Aşağıda değinilecek olmakla birlikte yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanunda yasama organının iyi niyetli olmasına rağmen kadınlar aleyhine olacak biçimde ayrımcılık niteliğini haiz bir düzenleme bulunmaktadır. Bahsi geçen Kanunun 28. maddesinde “*Emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul çocuğu bulunanların, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenir ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hakkın sadece kadınlara verilmesi, kanımızca ayrımcılık oluşturmaktadır. Zira bu tarz düzenlemeler kadınların iş yaşamından daha erken yaşta ayrılmasına sebebiyet verdiğinden, erkelerle kadınlar arasında gerçek eşitliği sağlamaktan uzaktır. Aynı hakkın kadınlardan alınması yerine, maddi eşitlik anlayışı gereği erkeklere de verilmesi isabetli olur. Buna mukabil,

⁵²⁰ Smith/wood, 256-257.

kadın ve erkek boşanmamışlarsa, bu hakkın kullanımı noktasında kadın ve erkeğe seçimlik hak tanınmalı ve ikisinden birinin hakkı kullanmasının yolu açılmalıdır⁵²¹.

5. Ölçülülük İlkesi

Eşitlik ilkesine aykırı tutum nedeniyle ortaya çıkan ayrımın haklılaştırılması noktasında ölçülülük ilkesi öneme sahiptir. Zira bu ilke kamu gücünü sınırlar ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına alır. Bu ilke doğrultusunda yapılacak denetimde güdülen amaca ulaşmak için kullanılan aracın bir değer ölçüsüne göre irdelenmesi söz konusudur. Öğretide bu ilkenin üç alt ilkeden oluştuğu belirtilmektedir. Buna göre, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleridir⁵²². Orantılılık, dar anlamda ölçülülük olarak da adlandırılmaktadır⁵²³. Bu bakımdan, çoğunlukla orantılılık ilkesinin haklılaştırma için belirleyici olduğunu söylemek yanlış olmaz⁵²⁴. Ölçülülükte araç ile amaç arasında makul bir dengenin olup olmadığı incelenir. Divan da, farklı davranışı haklı kılan meşru amaca ulaşmak için kullanılan araçların amaçla orantısını da incelemekte ve bu amacın ayrımcı davranışa başvurulmadan sağlanıp sağlanmayacağını araştırmaktadır⁵²⁵.

Kısaca ifade etmek gerekirse, ölçülülük ilkesi uyarınca, farklı muamelenin meşru bir amaç için yapılması, farklı muamelenin güdülen amaca ulaşmak için de elverişli (uygun) ve zorunlu olması gerekir⁵²⁶. Hükmün meşru amaca ulaşmada gerekli olmasından kastedilen söz konusu amaca eşitliğe aykırı sonuçlar doğuran yasal düzenleme dışındaki ancak eşitliği bozmayan bir düzenlemeyle erişilmesinin mümkün olmamasıdır⁵²⁷. Yani izlenen amaç ile yapılan ayrımcı davranışın ölçülü olması durumunda yapılan uygulamanın eşitlik ilkesine uygun olduğu ifade edilmektedir⁵²⁸. Bu noktada, araç ile amacın karşılaştırılmasını orantılılık ilkesi sağlar. Orantılılık ilkesi, araçla amacı karşılaştırarak müdahalenin ağırlığı ile söz konusu müdahaleyi hukuka

⁵²¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 577.

⁵²² Metin, 21.

⁵²³ Metin, 21.

⁵²⁴ Becker/Von Hardenberg, 113.

⁵²⁵ Prechal/Burrows, 5.

⁵²⁶ Becker/Von Hardenberg, 113.

⁵²⁷ Becker/Von Hardenberg, 113.

⁵²⁸ Serozan, 25.

uygun hale getiren nedenlerin niteliği ve önemi arasında değerlendirme yapılmasına olanak verir⁵²⁹.

Ayrımcılık yasakları dışındaki kalan alanlar için yani genel anlamda yasama organının eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışını haklı kılan nedenler için aranacak orantılılık ilkesi, ayrımcılık yasaklarına kıyasla çok daha gevşek niteliktedir⁵³⁰. Farklı bir ifadeyle kanun koyucunun geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır⁵³¹. Gerçekten yukarıda da sıklıkla ifade ettiğimiz üzere, sigortalının cinsiyeti, ırkı, dili, dini gibi nedenlerle ayrımcılığa uğramaması temel haklarından olduğu için, bu hakka getirilen sınırlamanın niteliği ile bunun dışındaki alanlarda eşitlik ilkesi gereği yapılan sınırlamalar arasında fark vardır. Gereklik konusunda kanun koyucunun takdir hakkının bulunması, farklı bir ifadeyle, gereklik kriterinin zayıflığı orantılılığın daha dar anlamıyla kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır⁵³².

İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin *Health Bill reference* ([2005] IESC 7) kararında orantılılık kavramı dikkate alınmıştır. Buna göre bir hakkın sınırlandırılmasının söz konusu olduğu durumlarda bu sınırlandırmanın: *“amaçla mantıklı biçimde bağlantılı olması ve keyfî, haksız veya irrasyonel düşüncelere dayalı olmaması; hakkı mümkün olduğunca ihlal etmemesi/zayıflatmaması ve hak üzerindeki etkilerinin amaçla orantılı olması”* gerekir. Temyiz Mahkemesi de yakın tarihli pek çok kararında orantılılık ilkesine değinmiştir. Bu kararlardan birine göre: *“İdare hukuku için öngörülmüş ve bir idari merciin kararlarının yol açabileceği her türlü olumsuz etki ile elde etmek istediği amaç arasında uygun bir denge sağlanmasını ‘orantılılık kuramı’ [...]”*⁵³³ gerektirir.

Sosyal güvenlik hukukunda da benzer biçimde meşru amacın olduğu durumlarda doğrudan farklı muamelenin yapılabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak meşru amacın ne olduğu konusunda genel geçer bir kural vermek mümkün değildir. Somut olayın özelliğine göre meşru amaçlar ya da haklı gerekçeler ortaya çıkabilir.

⁵²⁹ **Metin**, 130.

⁵³⁰ *Doğan Yenisey* tarafından bu durum, iş hukukuna ilişkin olarak genel anlamda eşit davranma borcu bakımından ileri sürülmüştür, bkz. **Doğan Yenisey**, 997.

⁵³¹ **Becker/Von Hardenberg**, 113.

⁵³² **Becker/Von Hardenberg**, 113.

⁵³³ **Cousins**, Report, 274-275.

Nitekim öğretide de objektif ve makul nedenlerin eşit davranma borcuna ya da ayrımcılık yasağına aykırı davranışı meşru kılabilmesi için aranan ölçülüğünün derecesinin aykırılık teşkil ettiği iddia edilen normun türüne göre değiştiği belirtilmiştir⁵³⁴.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre (BVerfGE 68, 272, 282) sınırlamanın katılığı ile kamu yararının önemi etraflıca değerlendirildiğinde makullük sınırı aşılmışsa orantılılık ihlal edilmiş olur. Bu nedenle, yine Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere (Cf. BVerfGE 69, 272, 310) bir hakkın sahibinin güvenliğini koruma ihtiyacı ile kamu yararının ehemmiyeti arasındaki tartım önem kazanır. Sosyal sigorta hakları sigortalının bireysel katkıları aracılığıyla bireysellikle daha fazla ilişkilendirildikçe kanun koyucunun takdir hakkı azalır; bu bakımdan anayasal güvencenin boyutu ödenen katkıların miktarına göre belirlenecektir. Kısacası, kanun koyucu için, bireysel katkılarla alakası bulunmayan etkenler için katkılarla ilintili etkenlere nazaran genellikle daha geniş bir takdir hakkı kapsamı söz konusu olur. Üstelik, Alman Federal Anayasa Mahkemesi çoğunlukla yasal bir sosyal sigorta sisteminin fonksiyonelliği ile etkinliğini herkesin yararına olacak biçimde korumaya veya geliştirmeye yönelik düzenlemeler bakımından kanun koyucunun geniş bir takdir hakkı bulunduğunu kabul eder. Bu nedenle Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın (Alman Anayasası) 14. maddesi öncelikli olarak kanun koyucuya, yarar sağlamaya yönelik hakları mantıklılık çerçevesinde sınırlandırma yetkisini içerir. Sigortalı bakımından kendisine sağlanan yardımların azaltılmasının sigortalıya bertaraf edemeyeceği bir yük getirmesi nazara alınacaktır, çünkü sigortalı zorunlu olarak kendisine fırsatlar sunmakla birlikte bir takım riskler içeren bir dayanışma sistemine dahil olmuştur⁵³⁵.

Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuat incelendiğinde, yapılan farklılıkların daha çok sigortalılık ilişkisini doğuran çalışma şekli veya işin niteliği temelinde yapıldığı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, yasama organı işin niteliğinin farklı düzenlemeyi gerekli kıldığı noktasında meşru amacını ortaya koymalıdır. Örneğin yaşlılık aylığına

⁵³⁴ Doğan Yenisey, 996.

⁵³⁵ Becker/Von Hardenberg, 113.

hak kazanma konusunda kamu görevlileri ile devlet memurlarının ve bağımsız çalışanların 9000 gün prim ödemesi öngörülmüşken, iş sözleşmesine tabi olarak çalışanların ise 7200 gün prim ödemesi yeterli sayılmıştır. Yaşlılık aylığı sigorta yardımına hak kazanma konusunda farklı düzenlemenin haklılaştırılması gerekmektedir. Zira ortada prim ödeme gün sayısı bakımından sosyal riskin yarattığı etki nedeniyle karşılaştırılabilen ve dolayısıyla benzer durumda olan sigortalılar arasında farklı muamele vardır, bu farklı bu muamele belli grubun daha az lehinedir ve bu durum önemsiz nitelikte de değildir. İşte bu farklı muamele haklılaştırılmadığı sürece eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden “ayırım” mevcuttur. Ancak bunun haklılaştırılması, ayırım yasaklarına ilişkin düzenlemelerin haklılaştırılmasından daha kolaydır.

II. Dolaylı Ayrımcılığın Haklılaştırılması

Ayrımcı etki doğuran normun ya da uygulamanın aslında yapılan işin etkili bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için gerekli olması da mümkündür. Bu durumda, meşru ihtiyaçlarının riske atılmaması ama aynı zamanda dolaylı olarak bir ayrımcılık meydana geldiğinin ayırt edilebilmesi için bir denge sağlanmalıdır. Bu konudaki yasal uzlaşma; bir kuralın olumsuz etkilerine rağmen, uygulanmasının objektif olarak haklılaştırılmasına imkan verilmesiyle ilgilidir⁵³⁶. Dolaylı ayrımcılığa ilişkin verilen tanımlar göstermektedir ki, ayrımcılık oluşturduğu iddia edilen norm, meşru bir amaca hizmet ediyorsa, nesnel nedenlerle açıklanabiliyorsa ve bu amaca ulaşmak için öngörülen araçlar elverişli ve gerekliyse dolaylı ayrımcılıktan bahsedilemez. O halde; dolaylı ayrımcılık haklılaştırılabildiği durumlarda hukuka uygun kabul edildiğinden, dolaylı ayrımcılık vakalarında ayırım yapmama/yasağı ilkesinin gücü/etkinliği, ATAD’nin haklılaştırma kavramına ne kadar kuvvetli anlam yüklediğiyle doğru orantılıdır. Dolaylı ayrımcılığı haklı kılan nedenler bakımından, ATAD kararları doğrultusunda ayrımcılık teşkil eden ölçütün objektif ve orantılı olması şeklinde özelliklere ulaşıldığı belirtilmiştir. Objektif ölçüt gereğince, farklılık getiren normda yer alan ölçütler, objektif olmalı ve cinsiyete yabancı faktörlere dayanması gerekmektedir.

⁵³⁶ Smith/Wood, 260.

Ayrımcılığı oluşturan nedenler kamu düzeninden ve sosyal politikalardan da kaynaklanabilmektedir⁵³⁷.

Bilka kararında ATAD tarafından, orantılılık denetimini getirerek, ayrımcılık oluşturduğu iddia edilen uygulama ile ulaşılmak istenen bu amaç ve bu amacın elde edilebilmesi için kullanılan araçlar arasında makul bir dengenin bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Davaya konu olan olayda Bilka Süpermarket olup, Bilka'nın mesleki emeklilik programı kapsamına alınmayan kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi bunun kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Zira kadınlar kısmi zamanlı iş sözleşmesiyle çalışanların çoğunluğunu teşkil etmekteydi. Bunun haklı nedene dayanması içi Bilka'nın aldığı tedbirlerin işletme için gerekli olduğu, gerçek bir amaca hizmet ettiği ve istenen amaçlara ulaşmak için uygun ve gerekli olduğunun ortaya konması gerekmekteydi. Bilka, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmayı caydırmak için böyle bir tedbirin alındığını, zira kısmi süreli çalışanların akşam saatlerinde veya cumartesi günleri çalışma konusunda isteksiz olduklarını ve işçi bulamadıklarını ileri sürmüştür. ATAD bunun kabul edilebilir bir amaç olarak nitelendirmiş ancak kararda kısmi süreli çalışanların dışlanması suretiyle bu amaca ulaşılmasının orantılı olup olmadığı cevaplanmamıştır⁵³⁸.

Megner v Scheffel davası kısmi süreli çalışmayı işsizlik sigortası, zorunlu hastalık ve yaşlılık sigortalarının kapsamı dışında tutan Alman mevzuatıyla ilgilidir. Bilka davasında olduğu gibi söz konusu düzenlemenin kadınlar bakımından dolayı ayrımcılık oluşturduğu iddia edilmiştir. Buna karşın, küçük çapta kısa süreli çalışanların da programa dahil edilmesi halinde ortaya çıkacak maliyetin sistemde tamamen yapılandırmayı gerekli kılacağı, zira sistemi katkı bazında finanse etmenin mümkün olamayacağı savunulmuştur. Savunma, ATAD tarafından haklı bulunmuştur⁵³⁹. Buna göre küçük çapta ve kısa süreli çalışanlara talep olduğu ve Devletin bu grubu sosyal güvenlik programından muaf tutarak bu talebin karşılanmasının kolaylaştırılabileceği, eğer bu yaklaşım benimsenmezse, yine söz konusu işlerin yürütüleceği fakat kanuna

⁵³⁷ Doğan Yenisey, 1001.

⁵³⁸ ATAD, Bilka Davası, C-170/84, www.europa.eu.int/eur-lex

⁵³⁹ ATAD, Megner ve Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, C-444/93 [1995], www.europa.eu.int/eur-lex

aykırı bir şekilde devam edeceğini belirtmiştir. ATAD, devletin meşru bir sosyal politika hedefi izlediğini, sosyal politika ve istihdam politikasının hayata geçirilmesinde, hangi tedbirlerin uygun olacağına karar verilmesinde Devletin geniş bir takdir hakkı olduğuna karar vermiştir.

Yapılan uygulama meşru bir amaç için zorunlu ise ve bu amaca ulaşmak için uygun araç seçilmişse, artık eşitlik ilkesine aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Kısaca ifade etmek gerekirse, meşru bir amacı karşılayan uygulama ile bu uygulama sonucunda ortaya çıkan mağduriyet arasında orantı olmalıdır⁵⁴⁰. Orantılılık denetimi, AB hukukunda ayrımcılık teşkil ettiği iddia olunan norm veya uygulamanın işverenden veya ulusal mevzuattan kaynaklanmasına göre değişkenlik göstermektedir⁵⁴¹. Uygulama veya ölçütlerin mevzuattan kaynaklanması halinde haklılaştırılması daha kolaydır.

Başlarda “savunma”ya karşı katı bir bakış açısı benimsenmiştir. *Steel v Union of Post Office Workers* ([1978] ICR 18, [1977] IRLR 288) davasında Bayan Steel 1961’den beri postacı olarak çalışmaktadır ama 1975’e kadar kadınların sadece kısmi süreli ve kalıcı olmayan görevlerde çalışabilecekleri öngörülmüştür. Bu durum davacının, kendisine terfi bakımından ayrıcalık sağlayacak kıdeminin azalmasına neden olmuştur. Bayan Steel, 1973’te çalışmaya başlayan bir erkek postacının “kalıcı” olması sebebiyle kendisinden daha kıdemli ve dolayısıyla kendisine kıyasen daha fazla hak sahibi olduğunu ileri sürmüştür⁵⁴². Mahkeme işverenin haklılığını ortaya koyabilmesiyle ilgili üzerindeki mükellefiyetin ağır olduğunu ve özellikle de söz konusu ayrımcılık yaratan gereklilik veya koşulun işletmesi için sadece işe yarar değil ama *gerekli* olduğunu gösterebilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu haklılaştırma testinin katılığı, 1976 tarihli Irk İlişkileri Yasası’ndaki denk hüküm doğrultusunda gitgide hafiflemiştir. Burada özellikle, Temyiz Mahkemesi’nin *Ojutiku v Manpower Services Comission* ([1982] ICR 661, [1982] IRLR 418, CA) davasındaki kararı da etkili olmuştur. Anılan kararda Mahkeme gereklilik testini, “sağlıklı düşünen kişilerce mantıklı ve hoş görülebilir gerekçelerin” varlığını temel alan bir yaklaşım lehine terk etmiştir. Bir süre

⁵⁴⁰ Doğan Yenisey, 1001; Yıldız, 176.

⁵⁴¹ Doğan Yenisey, 1002.

⁵⁴² Bowers QC, 155.

için cinsiyet ve ırk ayrımcılığı davalarındaki haklılaştırma testleri, Lordlar Kamarası'nın bir eşit ücret davası olan *Rainey v Greater Glasgow Health Board* ([1987] ICR 129, [1987] IRLR 26, HL) davasında verdiği kararın sonucu olarak sapma göstermiş gibidir. Rainey davasında daha katı bir objektif haklılaştırma testi gerçek maddi farklılık testine uygulanmıştır⁵⁴³. Rainey davasında, Eşit Ücret Yasası uyarınca bir savunma yapılabilmesi için "objektif haklılaştırma" ile Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası uyarınca bir dolaylı ayrımcılık davasındaki durumun haklılaştırılması gereği arasında maddi bir farklılık bulunmadığı belirtilmiştir⁵⁴⁴.

Haklılaştırma testi mahkemeler için bir maddi olguların tespiti meselesidir ve bu nedenle de mahkeme doğru testleri uygularsa konuya ilişkin vereceği karara itiraz etmek imkansız değilse bile zor olacaktır. Bu tutum, böylesine hassas bir alanda istenmeyen bir belirsizlik ve istikrasızlık durumu yaratacağı için eleştirilmiştir. *Hardy&Hansons plc v. Lax* ([2005] EWCA Civ 846, [2005] IRLR 726, CA) davasında bir kadın işçi, doğum izninden dönüşte işverenin kendisinin kısmi süreli çalışmasına izin vermemesine hukuka aykırı dolaylı cinsiyet ayrımcılığı olarak karşı çıkmıştır. İlk derece mahkemesi işverenin sunduğu kanıtı inanmamışsa da Temyiz Mahkemesi'ne işveren, ilk derece mahkemesinin haklılaştırmayı yanlış teste tabi tuttuğunu iddia etmiştir. İşverene, haksız fesih hukukundaki "mantıklı cevaplar silsilesi" testine kıyasen bir "takdir hakkı" tanınması gerektiği savunulmuştur. Ancak Temyiz mahkemesi bu bakış açısına kesin olarak karşı hüküm vermiş ve işverenin gerekçesini yorumlamanın sadece mahkemeye ait olduğunu belirtmiştir: "*Orantılılık ilkesi mahkemenin işletmenin makul ihtiyaçlarını dikkate almasını gerektirir. Ama mahkeme, işverenin kararının mantıken gerekli olup olmadığına ilişkin kararını çalışma hayatı uygulamaları ile işletme gerekliliklerini adil ve detaylı bir biçimde tahlil etmek suretiyle verir. Burada işverenin talebi reddedilmektedir, zira iş mahkemesinin, karar verirken sadece işverenin savunmalarının, içinde bulunduğu koşullar bakımından mantıklı olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapması gerekir.*"⁵⁴⁵

⁵⁴³ Smith/Wood, 261.

⁵⁴⁴ Smith/Wood, 262.

⁵⁴⁵ Smith/Wood, 264.

Dolaylı ayrımcılığın haklılaştırılabildiği ölçüde kabul edilebilirliği sadece iş hukuku alanında geçerli değildir. Sigortalı istatistiki veriler ışığında bir ayırım bulunma ihtimalini güçlü biçimde ortaya koyduğunda, ayrımcılık teşkil ettiği iddia edilen uygulamalar, objektif nedenlere dayandığı gösterilerek meşrulaştırılabilir⁵⁴⁶. Bu bakımdan, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hükümler oluştururken yasama organı kadınları erkeklere ya da erkekleri kadınlara göre dezavantajlı duruma düşürecek biçimde bir hüküm yaparsa ve bu hükmün meşru amacın gerçekleştirilmesi için orantılı bir önlem olduğu ispatlanmazsa, farklı bir ifadeyle farklılık haklılaştırılamazsa, dolaylı ayrımcılık meydana gelir. ATAD, sosyal güvenlik alanında mevzuattan kaynaklanan cinsiyetler arasındaki farklılıklara önemli derecede hoşgörü ile yaklaşmaktadır⁵⁴⁷. Hiç kuşkusuz, yukarıda da ifade edildiği üzere, ayrımcılık halleri sadece cinsiyete özgü değildir⁵⁴⁸.

Yukarıda esaslı etkilene bakımından vurgu yapılan sosyal güvenlik hukukuna ilişkin *Teuling* kararında haklılaştırmaya da değinmiştir. Divan, Bayan *Teuling*'in yararlanamadığı ek ödemelere hak kazanma sisteminde Hollanda'nın malullük aylığını önceden elde edilen gelirle ilişkilendirme amacı gütmeye, sadece hiçbir geliri olmayan kimselere asgari düzeyde geçimlerini karşılayacak kadar bir gelir sağlamayı amaçladığını gözeterek sonuca varmıştır: *“Üye Devletler tarafından muhtaç duruma düşebilecek bireylere sunulan böyle bir güvence Üye Devletlerin sosyal politikalarının bir parçasıdır. Neticede, hak sahiplerinin çalışarak elde ettikleri bir gelirleri bulunmadığı hallerde; bekar hak sahiplerine değil de sadece kendilerine bağımlı bir aileleri bulunan hak sahiplerine sağlanan yardımların asgari geçim seviyesinin altına düşmemesi için ek ödemeler yapılması Yönerge çerçevesinde haklılaştırılmış sayılabilir. Eğer bir ulusal mahkeme, bu olaydaki gibi yapılan ek ödemelerin kendilerine bağımlı eşleri veya çocukları olan ve bu nedenle de yalnız yaşayan kişilere kıyasen yükleri çok ağır olan hak sahiplerinin bu yüklerine karşılık oluşturduğunu, bu hak sahiplerine asgari bir geçim düzeyi sağlanması için mutlaka gerekli olduğunu kabul ediyorsa, ek ödemelerden yararlanan evli erkeklerin sayısının evli kadınlara nazaran önemli ölçüde*

⁵⁴⁶ Doğan Yenisey, 1000.

⁵⁴⁷ Doğan Yenisey, 1002.

⁵⁴⁸ bkz. §5, I, 4.

yüksek olması, bu ödemelerin gerçekleştirilmesinin Yönerge'ye aykırılık teşkil ettiği sonucunu desteklemek için yeterli değildir.”

Comission kararında⁵⁴⁹ Divan, “dolaylı ayrımcılık” kavramını açıklığa kavuşturmuştur. Davacı (Komisyon), Belçika işsizlik mevzuatının kendilerine bağımlı bir eşi veya çocuğu bulunan işsiz aile reislerine ayrıcalıklı muamele öngörmüş olmasının, bu kategoride yer alan kişilerin çoğunluğunu erkeklerin oluşturması nedeniyle bir “dolaylı ayrımcılık” yaratacağını ileri sürmüştür. Şu halde, söz konusu kural kadınlara karşı ayrımcılık yapılması etkisi doğurmaktadır. Divan da Yönerge'nin 4. maddesinin, cinsiyet temelli ayrımcılığa ilişkin faktörler dışındaki objektif gerekçelerle haklılaştırılmadıkça, dolaylı ayrımcılığı yasakladığını kabul etmiştir. *Teuling* davasındaki kararını tekrarlayarak; medeni veya ailevi durumu dikkate alarak, erkeklerden çok daha az sayıda kadına ödeme yapılmasına yol açan sosyal güvenlik sistemlerinin objektif biçimde haklılaştırılmadıkça, 4. maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle de Belçika'nın sunduğu gerekçeyi “objektif bir haklılaştırma” olarak kabul etmemiştir. Olayda Belçika, çalışan nüfusta erkeklere oranla daha az sayıda kadın olduğu ve yine erkeklere oranla çok daha az sayıda kadının kendisine bağlı bir eşi veya çocuğu bulunduğunu ileri sürmüştür. Ancak Divan, bu gerekçeyi reddederek bunun yerine bir tür “orantılılık testi” uygulamıştır. Buna göre; Belçika bu sistemin sosyal politikası açısından gerekli bir amacı karşıladığını, ilgili önlemlerin de bu amacın gerçekleşmesi için zorunlu ve uygun olduğunu ispatlayabilirse, sistemin kadınlardan çok erkeklerin lehine olması eşit davranma ilkesinin bir ihlali sayılmayacaktır. Belçika hukukunun bu sistemle amaçladığı, farklı kategorilerden kişilerin farklı ihtiyaçlarını karşılamaktır ve pek çok bakımdan ulusal hukuk meselesi olan bir sosyal politikanın parçalarındandır. Divan, Üye Devletlerin bu tür koruyucu tedbirlere ilişkin “makul bir takdir alanları” bulunduğunu kabul etmiş ve davacının (Komisyon'un) iddiasını reddetmiştir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ ATAD, C-229/89 [1991], www.europa.eu.int/eur-lex

⁵⁵⁰ **Burrows/Mair**, 91-92; **McCrudden**, 186.

Toia davasında⁵⁵¹ ulusal hukuk kurallarının dolaylı ayrımcılığa yol açtığı kararlaştırılmıştır: “*Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu çocuk sahibi kadınlar için bir ödenek öngörmüştür; bu ödenek en az 65 yaşındaki Fransız vatandaşı ve düşük gelirli kadınlara ödenmektedir. Bunlara ilaveten ödeneğe hak kazanmak için kadının, 16. doğum günlerinden önceki en az 9 sene boyunca kendisine bağımlı en az 5 çocuğa bakmış olması gerekmektedir. Bu çocuklar, kadının ödeneğe hak kazanacağı tarihte Fransız vatandaşı olmalıdırlar. İtalyan vatandaşı Bayan Toia, 7 çocuk annesidir. Fransa’da ikamet etmekte olup ödenekten yararlanmayı talep etmiştir. Talebi, çocuklarının İtalyan vatandaşı olmaları ve bu ödeneğin amacının Fransa’daki doğum oranını arttırmayı amaçladığı gerekçesiyle reddedilmiştir.*” Divan; çocukların tabiyeti hakkındaki koşulun farklı bir milliyete sahip bir annenin ancak çok istisnai durumlarda ödeneğe hak kazanması sonucu doğuracağını belirterek bunun, haklılaştırılmadığı takdirde bir dolaylı ayrımcılık olduğunu ve Fransa’nın gerekçesinin böyle bir haklılaştırma sayılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Öncelikle, söz konusu sosyal güvenlik yardımı katılımsız bir yaşlılık yardımudur. Bundan başka, 1408/71 sayılı Tüzük, sosyal güvenlik sistemleri arasında nüfus politikasının hedeflerini gerçekleştirmeye yönelik olup olmamalarına göre bir ayırım yapmamıştır. Ayrıca, bir yaşlılık yardımının söz konusu olması nedeniyle, ilgili Fransız hukuku kuralının farklı üye ülkelerin mevzuatlarındaki benzer yardımlarla çakışma yaşanmasını önleme amaçlı bir kural olarak kabul edilemez. Nihayet, Divan bu ayırımı haklı kılacak başka hiçbir objektif gerekçenin ileri sürülemediğini belirtmiştir. Neticede ATAD söz konusu tabiyet koşulunun 1408/71 sayılı Tüzük kapsamındaki sosyal güvenlik sistemlerine tabi üye ülke vatandaşları arasında dolaylı ayrımcılık yarattığına hükmetmiştir⁵⁵².

Divan, *Ruzius-Wilbrink* davasında⁵⁵³ objektif haklılaştırmayı ispat yükünün Devlet’te olduğunu ve bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde dolaylı ayrımcılıktan sorumlu olacağını vurgulamıştır. ATAD, Hollanda’da tam zamanlı çalışanlarla kısmi zamanlı çalışanların yararlandıkları malullük yardımlarının farklılık göstermesinin ayrımcılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Divan, bu yapının Hollanda’da kısmi zamanlı

⁵⁵¹ ATAD, C-237/78 [1979], **Pennings**, 121.

⁵⁵² **Pennings**, 121.

⁵⁵³ ATAD, *Ruzius-Wilbrink v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, C-102/88 [1989], www.europa.eu.int/eur-lex, **Ellis**, 369.

Çalışanların çoğunluğunu meydana getiren kadınlar açısından dolaylı ayrımcılık yarattığını ifade etmiştir. Bayan Ruzius-Wilbrink malullüğe uğramadan önceki bir yıl içinde haftada ortalama 18 saat çalıştığı için, tam yardım talebi reddedilmiştir. Hollanda sosyal güvenlik sisteminde, malul sayılan herkesin önceki gelirine bakılmaksızın bir asgari gelir yardımından yararlanması öngörölmüştür ve bunun yegane istisnasını da kendilerine ödenecek yardımın önceki gelirlerine bağlı olması öngörölen kısmi zamanlı çalışanlar oluşturmaktadır. Hükümet, sistemde davaya konu olan yasal düzenlemeyi, kısmi zamanlı çalışanların önceki gelirlerinden daha yüksek bir yardım elde etmelerini önlemek amacıyla getirildiği gerekçesiyle savunmuştur. Divan ise bu savunmanın, ilgili kuralı objektif biçimde haklılaştırmada yeterli olmadığını; çünkü başka pek çok durumda sağlanan yardımın önceki gelire göre çok daha fazla olduğunu belirtmiřtir⁵⁵⁴.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, dolaylı ayrımcılığın bir unsuru olan objektif haklılaştırmanın “uygun haklılaştırma” mı olduğu, yoksa objektif haklılaştırma testinin aslında ayrımcılık bulunduğu varsayımını red mi ettiği öğretide farklılık göstermektedir⁵⁵⁵.

*Tobler*⁵⁵⁶ “uygun haklılaştırma” kavramını; ayrımcılığın önlenmesine ilişkin genel amacın dengelenmesini ve amaçların atıştırılmasını içerdiğini belirterek açıklamaktadır. Buna göre; farklı muamele ve eşit olmayan/farklı etkiler genel veya özel gerekçelerle haklılaştırılabilmekte/savunulabilmektedir. “Uygun haklılaştırma” iş hayatının gerekleri ile ayrımcı etkileri önleme amacını dengelemede kullanılabilir ve orantılılık ilkesinin sıkı biçimde uygulanmasını yadsıyabilir⁵⁵⁷.

Bir diğer yaklaşım olan “nedensel bağ testi”nde (veya nedensellik yaklaşımı) objektif haklılaştırmanın; ayırdedici kriter, kural veya uygulama ile eşit olmayan etki arasında mutlaka bir bağlantı bulunduğu varsayımını reddetmede kullanılabileceği ileri sürölmüřtür⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Ellis, 369.

⁵⁵⁵ Schiek, 435.

⁵⁵⁶ C.Tobler, “Indirect Discrimination. A Case Study into The Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under Ec Law” (Antwerp, Intersentia, 2005) 432-6 (Schiek, 436, 192 no lu dipnottan naklen).

⁵⁵⁷ Schiek, 436.

⁵⁵⁸ Schiek, 439.

Haklılaştırma, “nedensel bağ testi” olarak kabul edilirse, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları dikkatle ayrıştırılmalıdır. Bu yaklaşım benimsendiğinde, eşit olmayan etki için “ayrımcılık” ifadesi kullanılamaz. Nedensellik yaklaşımının en önemli faydası doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasındaki farkı kesin biçimde ortaya koymasıdır. Diğer taraftan, dolaylı ayrımcılık durumlarında “uygun haklılaştırma” yaklaşımı benimsenirse, AB müktesebatının doğrudan ayrımcılıkta haklılaştırmayı sınırlı hallerde kabul eden mevcut tavrını savunmak zorlaşacaktır. Nitekim dolaylı ayrımcılıkta genel haklılaştırma mümkün sayıldığında, bu imkanı doğrudan ayrımcılık için reddetmek inandırıcı olmayacaktır⁵⁵⁹.

III. Hukuki Statü Temelinde Yapılan Sınıflandırmanın Haklılaştırılması

1. Sınıflandırma Yapma ve Sınıflandırmayı Haklılaştırma Zorunluluğu

Kanunların herkes için aynı olması imkansızdır⁵⁶⁰. Bir kanun herkese uygulanabilir nitelikte olsa bile, o kanun kişilerin bazı özellikleri yönünden benzerlikleri ve farklılıkları üzerine kurulu olabilir. Kanun yapma sürecinde kişiler arasında sınıflandırmanın oluşturulması kaçınılmazdır⁵⁶¹. Sınıflandırma, kanunda kişilerin bazı özellikleri esas alınarak, benzerliklere ve farklılıklara dayanılarak yapılır. Başka bir ifadeyle, belli bir yarar veya yükümlülükle ilgili gruplar belirlenir ve gruplar herkesi değil, kendi alanına girenleri kapsar⁵⁶².

Grupların veya sınıflandırmaların yapılması -farklılaştırma oluşturulduğundan- sınıflandırma, başlı başına “eşitsizlik” anlamına gelir. Ancak hukuki eşitlik kavramı, mutlak eşitlik anlamına gelmediğinden, her eşitsizlik ya da farklılık eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. AYM tarafından verilen bir karar her farklılığın eşitlik ilkesine aykırı olmadığını göstermek adına önemlidir. Söz konusu karar, 1479 sayılı Kanunda Bağ-Kur’un açtığı davaların harçtan muaf tutulmasına ilişkindir. Buna karşılık, aynı amaçla faaliyet gösteren SSK’nın harç ödemekte oluşu nedeniyle durumun eşitlik

⁵⁵⁹ Schiek, 439.

⁵⁶⁰ Öden, 187.

⁵⁶¹ Öden, 187.

⁵⁶² Öden, 188.

ilkesine aykırı olduğu yönündeki itiraz, AYM tarafından incelenmiştir. Mahkeme kanun önünde eşitliğin herkesin her yönden aynı hükümlere tabi olduğu anlamına gelmediği şeklinde yerleşik görüşünü belirtmiş ve “...her iki Kurum, sosyal sigorta yöntemini uygulamak ise de faaliyet konuları, gelişme durumu, gelir düzeyi ve kaynağı yönlerinden tam bir ayniyet olmadığı ortadadır. Yasa Koyucunu Anayasa ilkelerine aykırı olmamak üzere ülkenin ve toplumun gerek ve gerçekleri uyarınca kimlerin, hangi kurum ve kuruluşların harçtan bağışık tutulacağını serbestçe takdir edebileceğini kabul etmek yerinde olur. Çünkü bu gerek ve zorunlulukları en iyi bilebilecek durumda olan Yasa Koyucudur. İtiraz konusu kural ile yapılmış olan da budur. Bağ-Kur’un mali ve gelir durumu göz önünde tutularak, özellikle gelişme safhasında harçtan bağışık tutulmuştur. Yasa Koyucu takdirini bu yönde kullanmıştır. Açıklanan nedenlerle Sosyal Sigortalar Kurumunca açılan davalardan harç alınmasına rağmen, Bağ-Kur’u böyle bir harçtan bağışık tutan itiraz konusu madde hükmünde, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır...”⁵⁶³.

AYM bir başka kararında “...bir kanunun Anayasa’nın 12 inci maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayrımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12. maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez...”⁵⁶⁴. şeklinde sonuca ulaşmıştır. Kararı konumuz bakımından değerlendirilecek olursak, yasama organının farklı şartlar altında sigorta yardımlarını öngörmesi ve şartları sağlayanlara yardımların yapılmasının mümkün olması eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira sosyal sigorta yardımlarının (yani AYM kararında ifade edildiği şekliyle konunun) niteliği bazı şartlar öngörülmesini gerekli kılar.

Açıklandığı şekilde her ne kadar farklılıkların olması olağan ve kanunların herkes için aynı olması mümkün değilse de, kanun koyucunun sınıflandırma yaparken tamamen serbest olduğunu kabul etmek ve kendisine geniş bir takdir hakkı vermek de kabul edilemez. Kanun koyucunun takdir hakkı varsa da yapılan her sınıflandırma,

⁵⁶³ AYM., 27.03.1984 t., E.1983/12, K.1984/5, (RG. 07.08.1984 t., S. 18482), www.hukukturk.com

⁵⁶⁴ AYM., 25.12.1964 t., E.1964/36, K.1964/77, (RG. 21.04.1965 t., S. 11981), www.hukukturk.com

kendiliğinden eşitlik ilkesine uygun olma özelliğini taşımaz. Aksi halde, eşitlik ilkesi işlevini yitirir. Sınıflandırma yapma ile eşit davranma zorunluluğu beraber düşünülmelidir. Dolayısıyla, haklı neden sadece, sigortalılara farklı şartlar altında aynı ya da farklı sigorta yardımlarını öngören düzenlemelerin meşrulaştırılması noktasında değil, sınıflandırma konusunda da dikkate alınmalıdır⁵⁶⁵. Diğer taraftan, hiç şüphesiz sınıflandırma yapıldıktan sonra gruplara verilecek haklar da bu sınıflandırmanın amacıyla uyumlu olmalıdır. Zira sınıflandırma başlı başına, sınıfa dahil olan kişilere tamamen ayrı davranılmasını sağlamaz. Sınıflandırmaların haklarda ve yükümlülüklerde yarattıkları farklılıkların aşırı ölçülerde olması, kabul edilebilir, akla uygun ölçülerini aşması ise eşitlik ilkesine aykırıdır.

Kısaca açıklamak gerekirse çalışmamızda sıklıkla vurguladığımız üzere eşitlik ilkesi, mutlak eşitliği gerektirmemekle birlikte, kişileri konumuz bakımından sigortalıları keyfi muameleye maruz kalmaktan korumaktadır. Bu bakımdan, sosyal riskten aynı ya da benzer şekilde etkilenen sigortalılara farklı sosyal sigorta yardımlarının ya da aynı sigorta yardımlarının farklı koşullar altında sağlanması halinde, farklılığın haklılaştırılması gerekir. Zira ulaştığımız sonuç çerçevesinde eşitlik ilkesi, farklılıkları haklılaştırmaya yönelik bir gereklilik veya başka bir ifadeyle makullük ve meşruluk gereğidir⁵⁶⁶. Haklı nedenin bulunması durumunda, yapılan ayırım eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Haklı neden olmadığı sürece, farklılık eşitlik ilkesine aykırılık taşıyacağından, benzer durumda olanlara farklı biçimde davranılmamalıdır. Sigortalıların, haklılaştırılan farklı şartla da olsa aynı sigorta yardımına hak kazanması gerektiği sonucuna ulaşıldığında, sağlanan yardımın niteliğinde ve niceliğinde ayrıma gidilmesi de haklılaştırılmalıdır.

AYM'ye göre yasama organının eşitlik ilkesi konusundaki takdir yetkisi, kanuni sınıflandırma ve farklılaştırmanın haklı nedenlere dayanması koşuluyla sınırlıdır. Haklı nedenin olmadığı durumlarda takdir yetkisinin sınırları aşılmış olur⁵⁶⁷. Bu noktada sınıflandırmanın nasıl yapıldığı ve sınıflandırmaya giren kişilere hangi gerekçelerle

⁵⁶⁵ Özbudun, 149; İnceoğlu, 50.

⁵⁶⁶ Dockes, 195-196.

⁵⁶⁷ Öden, 194.

farklı hakların farklı şartlar altında sağlandığı haklılaştırılmalıdır. AYM bir kararında “...bir yasa, içerdiği konunun niteliği bakımından kimi özel koşullar koyup ayrımlar, haklı nedenlerle ayrı kurallara bağlı düzenlemeler yapabilir...”⁵⁶⁸ şeklinde kanaate vararak “haklı neden” olduğu sürece farklı şartlar öngörülebileceğini belirtmiştir⁵⁶⁹. Farklılaştırma için haklı neden arayan AYM’ne göre eşitlik ilkesi ve hakkı herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamına gelmez⁵⁷⁰. Mahkemeye göre, eşitlik her bakımdan aynı hukuki durumda aranacak bir olgu olduğundan, farklı durumdakilere farklı kuralların uygulanması da eşitliğin gereğidir⁵⁷¹. Bu bakımdan ilkenin eşitlerin eşitliği ve eşit olmayanların eşitsizliği şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir⁵⁷². Farklı bir ifadeyle, haklı nedene dayanmayan ayrımlar önlenmeye çalışılmaktadır⁵⁷³.

2. Hukuki Statü Temelinde Yapılan Sınıflandırmanın Çalışma İlişkisine Dayanması ve Bunun Haklılaştırılması

5510 sayılı Kanunda hukuki statü bakımından temel alınan sınıflandırmanın değerlendirilebilmesi için, öncelikli olarak Kanunun amacının belirlenmesi gerekli olup, sınıflandırma Kanunun amacı bakımından benzer durumda olanların tümünü kapsayan, bu amaçla uyumlu ölçütlere dayalı olmalıdır⁵⁷⁴.

Kanunun amacı “sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası bakımından kişileri güvence altına almak; bu sigortalardan yararlanacak kişileri ve sağlanacak hakları, bu

⁵⁶⁸ AYM., 15.03.1988 t., E. 1987/30, K.1988/5, (RG. 28.07.1988 t., S. 19882), www.hukukturk.com

⁵⁶⁹ AYM., 28.04.1983 t., E.1981/13, K. 1983/8, (RG. 09.04.1984 t., S. 18367) ; AYM., 11.12.1986 t., E.1985/11, K.1986/29, (RG. 18.04.1987 t., S. 19435); AYM., 17.11.1998 t., E.1997/74, K.1998/69, (RG. 23.10.199 t., S. 23855) www.hukukturk.com. AYM 3008 sayılı Kanun döneminde verdiği kararında İş kanunuyla sanayi kolunda çalışanların durumunu düzenlemeyi amaçladığını, tarım işleri ile deniz ve hava taşıma işlerinin ve işyerlerinin sınai işler ve işyerlerinden farklı nitelikte olduklarını belirtmiş ve “...ayrı nitelikte olan konulara aynı esasların uygulanması mümkün olmadığı gibi aksinin kabulü halinde sosyal adalet ilkesinin tam tersi sonuçlar doğabilir. Bu bakımdan tarım iş kolları ile deniz ve hava taşıma işlerinin ve ev sanatlariyle hizmetlerinin ayrı konular olarak ele alınmasının ve ayrı kanunlarla düzenlenmesinin düşünülmesi Anayasa’ya aykırı bir tutum sayılmaz. Bu yolda davranışın amacı, bu iş kollarında çalışanları sosyal garantilerden yoksun kılmak, sosyal adalet ilkesi dışında bırakmak değil, kendi bünyelerine uygun ve memleketin genel iktisadi ve sosyal durumuna muvazi tedbirler alınarak sosyal adaletin sağlanmasıdır.” şeklinde görüşünü ortaya koymuştur. AYM., 21.10.1963 t., E.1963/172, K.1963/244, (RG. 01.02.1964 t., S. 11622), www.hukukturk.com

⁵⁷⁰ AYM., 13.04.1976 t., E.1976/3, K.1976/23, www.hukukturk.com

⁵⁷¹ Benzer durumda olanlara benzer düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirten karar için bkz. 04.11.1986 t., E.1986/11, K.1986/26, (RG. 22.02.1987 t., S. 19380), www.hukukturk.com

⁵⁷² AYM., 27.09.1988 t., E.1988/7, K.1988/27 (RG. 26.12.1988 t., S. 20031); AYM., 12.01.1989 t., E.1988/4, K.1989/3, www.hukukturk.com

⁵⁷³ AYM., 19.12.1989 t., E.1989/14, K.1989/49, (RG. 02.03.1990 t., S. 20449), www.hukukturk.com

⁵⁷⁴ İncooğlu, 50.

haklardan yararlanma şartları ile finansman ve karşılanma yöntemlerini belirlemek; sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemektir.” şeklinde 5510 sayılı Kanunun 1. maddesinde ortaya konmuştur. Kanunun genel gerekçesinde konumuzla ilgili olarak, “yeni emeklilik sigortası rejimi ile halen devlet memurları, hizmet akdine göre ücretle çalışanlar, tarım işlerinde ücretle çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar ve tarımda kendi hesabına çalışanları kapsayan beş farklı emeklilik rejiminin, aktüeryal olarak hak ve yükümlülüklerin eşit olacağı tek bir emeklilik rejimine dönüştürülmesi planlanmaktadır” denilmektedir. Kanunun somut bir amaca hizmet ettiği ve bu amacın meşru, kamu yararına yönelik olduğu ve bunun, Anayasada belirtilmiş özel amaçlardan birini gerçekleştirdiği noktasında şüphe bulunmamaktadır.

Bundan sonraki aşamada, amaç ile sınıflandırmanın birbiriyle ilişkili olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Farklı bir ifadeyle, sınıflandırma ile düzenlenen konu arasında bağ olmalıdır⁵⁷⁵. Sınıflandırma olası amaçlarla ilişkili değilse, eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olur. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi, sosyal güvenlik, temelini güvenlik (sigorta) ve dayanışma kavramlarında bulur. Sosyal yardımlar dayanışma esasına dayanırken⁵⁷⁶; sosyal sigorta ise, karşılık esasına dayanan yapıya sahip olup, Devlet, sosyal sigorta yardımlarını karşılıksız yapmaz⁵⁷⁷. Sosyal güvenlik sistemlerinde gelirin yeniden dağıtım yöntemiyle sosyal riskle karşılaşan bireye ekonomik güvence sağlanır. Buna göre, gelirler üzerinden yapılan kesintiler, biriken fonlar aracılığıyla, sosyal güvenlikle karşılaşanlar arasında yeniden dağıtılır⁵⁷⁸. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, sosyal sigorta kuruluşu/kuruluşları, prim elde eder ve bu gelirleri finansman yöntemlerine göre değerlendirerek, sosyal riskle karşılaşanlara dağıtır. Sonuç olarak, “sosyal sigorta”, sigorta uygulaması olması nedeniyle karşılık esasına dayanır⁵⁷⁹. İşte bu karşılık esası, başta prim ödeme yükümlülerinin belirlenmesi, iş kazası gibi sosyal risklerin gerçekleşmesi halinde sorumluların tespiti gibi konular nedeniyle sigortaları sınıflandırma gereğini doğurur. Gerçekten bazı durumlarda

⁵⁷⁵ Öden, 196.

⁵⁷⁶ Kaboğlu, Sosyal Haklar, 19.

⁵⁷⁷ Sözer, Sosyal Hukuk, 26; Kaboğlu, Özgürlükler, 290; Omay, 19.

⁵⁷⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 9.

⁵⁷⁹ Omay, 77.

işverenlere, bazı durumlarda çalışanın kendisine sorumluluk veya yükümlülükler verilmesi ya da haklar tanınması sosyal sigorta sisteminin gereğidir. Bağımlı çalışan ve bağımsız çalışan olarak sigortalıların sınıflandırılması bu bakımdan son derece isabetli olup eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Bundan sonraki aşamada ise, belirli bir gruba yükümlülük ya da yarar getiren kuralın söz konusu amaçla bağlantılı olup olmadığı incelenmelidir. Ancak amaç ile araç arasında belirli grup için orantılılık sağlanması yeterli olmayıp, söz konusu orantılılık bütün gruplar açısından sağlanmalıdır. Bağımsız ve bağımlı çalışanların farklı hukuki statüde olduklarına şüphe yoktur. Diğer taraftan her bağımlı çalışan da aynı kapsamda değerlendirilemez. Zira bunların çalışma esasları farklı kanunlarda farklı şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten AY'nin 128. maddesinin ikinci fıkrasında, *“memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”* şeklinde hüküm yer almaktadır. Buna ilişkin olarak devlet memurlarının hizmet şartlarını, niteliklerini, atanma ve yetiştirilmelerini, ilerleme ve yükselmelerini, ödev, hak, yüküm ve sorumluluklarını, aylıklarını ve ödeneklerini ve diğer özlük işlerini düzenlemek amacıyla 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu düzenlenmiştir. Bundan başka, işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek içinse 4857 sayılı İş Kanunu; Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve bunun işverenleri için uygulanmak üzere 5953 sayılı Basın İş Kanunu; denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanmak içinse 854 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlüktedir.

Söz konusu kanunlarda esas olarak çalışma ilişkisi sürerken çalışanların *çalışma ilişkisinden dolayı sahip olduğu haklar* ve yükümlülükler düzenlenir. Bu bakımdan çalışanın çalışma süresince herhangi bir sosyal riskle karşılaştığı durumda, anılan kanunların kapsamında düzenlenen hakların farklı olması, eşitlik ilkesine aykırı bir durum olarak değerlendirilmemelidir. Gerçekten SGK tarafından sağlanan sigorta

yardımları, sigortalılar tarafından ödenen primlerin karşılığı olma niteliğine sahip olduğu için yukarıda da izah ettiğimiz üzere nimet-külfet dengesi noktasında eşitlik ilkesi bakımından yapılacak inceleme önem taşır⁵⁸⁰. Ancak SGK tarafından yapılmayan ve dolayısıyla çalışanların çalışma ilişkisi nedeniyle tabi oldukları özel kanunlar gereği sahip oldukları hakların, çalışanların hukuki statüleri gereği var olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, memurların hastalanması halinde özlük haklarının devam edeceğinin DMK’da belirtilmesi, buna karşılık benzer düzenlemenin 4857 sayılı Kanunda olmaması eşitlik ilkesine aykırılık olarak nitelenemez. Zira memurlara yapılan ödeme SGK kapsamında olmayıp, işveren (devlet) tarafından yapılmaktadır. Devlet, işveren olarak kendini özlük haklarını aynen ödemekle yükümlü kılmıştır. Yasama organının aynı şekilde 4857 sayılı Kanun kapsamında yer alan işverenlere benzer yükümlülük getirmesi, kanunun düzenlediği alanın özelliği gereği mümkün değildir.

Sonuç olarak, bu gibi durumlarda farklı işlem yapılmasını öngören düzenleme, iki sınıf arasındaki belirgin farklılıklarla doğrudan ilgili olup farklılıkların söz konusu muameleyi haklı kılar nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Yardımların her iki çalışan grubuna da ödenen primlerin karşılığı olma özelliğini haiz olduğu durumlarda ise eşitlik ilkesi gereği karşılaştırma yapılmalıdır. Bu doğrultuda ifade etmek gerekir ki, sigortalıların pasif döneminde sahip oldukları haklar, çalışma şeklinden ve fiili çalışma ilişkisinin sürdüğü dönemden bağımsız biçimde ödenen primlerin karşılığı olarak değerlendirilmelidir.

Sigortalıların pasif dönemde sahip oldukları hakları, çalışma ilişkisinden bağımsız düşünmek gerektiğinden, kişiler aynı hakların devamını çalışma ilişkisinin bitmesinden sonra talep edemez. AYM farklı durumda olanlara farklı davranılmasının gerekli olduğunu belirttiği kararında “...eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek karşılaştırılan Yasalardan biri olan 1987 sayılı Yasa, Devlet memurları statüsüne, dava konusu olan öteki Yasa ise (2013 sayılı Yasa) emekli statüsüne ilişkindir. Bu durumda başka başka statülere ilişkin kanun, düzenlemeleri birbiriyle karşılaştırmak suretiyle eşitlik açısından bir değerlendirmeye girişmek olanaksızdır[...] karşılaştırmak istenen

⁵⁸⁰ bkz. §5, I, c.

yasaların düzenledikleri statüler, yani memurluk ve emeklilik statüleri benzerlik göstermez. Gerçekten bunlardan birisi yürüyen ve her an yapılması gereken devlet memurluğu alanını, ötekisi bu alanda çalıştıktan sonra yasalara göre faal hizmetten ayrılması öngörülen memurlara ilişkin alanı kapsamaktadır. Memurların ve emeklilerin ayrı kurallara bağlı tutulması doğaldır.”⁵⁸¹ şeklinde ifadelere yer vermiştir.

AYM’nde açılan iptal davasında⁵⁸² memurlar aleyhine eşitlik ilkesine aykırı düzenleme yapıldığı ileri sürülmüştür. AYM, “8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Kanunla kurulmuş bulunan T.C.Emekli Sandığı, 9.7.1945 günlü ve 4792 sayılı Kanunla kurulan ve 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Kanunun 136. maddesiyle şimdiki adı verilen ‘Sosyal Sigortalar Kurumu’; 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Kanunla kurulan ‘Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu - Bağ-Kur’, Anayasa’nın 48. maddesinde öngörülen ve çalışanlardan kimi bölümlerinin sosyal güvenlik haklarını sağlamak amacıyla Devletçe kurulmuş bulunan birer sosyal sigorta kuruluşlarıdır. Anayasa, Sosyal Sigortalar Kuruluşlarının, sigortaya bağlı kişilere ne gibi adlarla, hangi ölçülerde sosyal güvenlik hakkı sağlayacağı konusunda ayrıntılı ilkeler koymadığından yasa koyucu, sağlanacak sosyal güvenliğin niteliklerini, ölçü ve miktarlarını bu kanunlarla saptamış ve ekonomik ve sosyal koşullarının gereklerine göre de zaman zaman bunlarda değişiklik yapmıştır [...]”⁵⁸³ Yukarıda sözü edilen öteki Sosyal Sigorta Kurumları da bu konularda, kapsadıkları çalışanların özelliklerine göre

⁵⁸¹ AYM., 13.01.1977 t., E.1976/45, K. 1977/1, (RG. 28.03.1978 t., S. 16242), www.hukukturk.com

⁵⁸² Davaya konu itiraz özetle şu şekildedir: “...çalışan sınıfın üç ayrı statüde bulunan bölümleri için düzenlenen [...] üç ayrı kanun kapsamında olan iştirakçi ve sigortalılar yönünden aynı durumlar için farklı uygulama ve farklı haklar getirilmiştir. Görüldüğü üzere gerek 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda gerekse 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda sigortalılar için getirilen haklar 5434 sayılı Kanun ve bu Kanunu tadil eden 1101 ve diğer Kanunlarla getirilen haklar kapsamında daha geniş tutmak suretiyle Emeklilik keseneğine esas aylık üzerinden toplam %23 oranında kesenek ve karşılık ödeyen (Bu oran 506 sayılı Yasada %11, 1479 sayılı Yasada %13 dür) T.C Emekli Sandığı iştirakçileri ile çalışan sınıfın diğer bölümü arasında birinciler aleyhine bir eşitsizlik getirilmiştir [...] devlet bu örgütlenmeyi sağlamakla kalmayıp, çeşitli sınıflar ile aynı sınıf içerisinde bulunan değişik statüler arasında eşit uygulamalar ve haklar sağlamak üzere gerekli düzenlemeyi yapmak [...] zorundadır. Bu durum karşısında geçimini emeği ile sağlayan çalışan sınıf içerisinde bulunan 3 değişik statü için 3 ayrı düzenleme getirilirken bu statülere dahil çalışanlara eşit haklar sağlanmaması, memuriyet statüsünde bulunanlarla işçi ve küçük esnaf ve sanatkar sınıfında bulunanların aynı hizmet sürelerine bağlanacak emekli aylığı nispetleri yönünden eşit düzenleme getirilmemesi bir başka ifadeyle sosyal güvenlik hakkının düzenlenmesinde memur statüsünde bulunanlara diğer statüde bulunanlara nazaran aleyhte hükümler getirilmesi Anayasa’nın 12. maddesinin amir hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir...” AYM., 27.01.1977 t., E. 1976/25, K. 1977/3, (RG. 06.09.1977 t., S. 16049).

⁵⁸³ Nitekim yukarıda da açıklandığı gibi Emekli Sandığına bağlı çalışanlar kesiminde emekli aylığı bağlanması için en az hizmet süresi önceleri 20 yıl iken sonradan 10 yıla indirilmiş, 30 hizmet yılı için bağlanacak emekli aylığı, önceleri kesenek kesilen aylığın % 50 oranında iken sonradan bu miktar, gösterge esasına göre saptanan emekli aylığı bağlanmasına esas aylığın % 70 oranına çıkartılmış, önceleri 50 yıl ve daha yukarı hizmet için kesenek kesilen aylığın %70’i oranında aylık bağlanırken sonradan 40 yıl ve daha yukarı hizmet için emekliliğe esas tutulan aylığın % 80 oranında aylık bağlanması esas kabul edilmiştir.

değişen *esaslar* *kabul* *etmişlerdir.*

Bu bakımdan bağlanacak aylıkların ve bu aylıkların hesabında tanınacak hizmet yıllarının miktar, oran ve süreleri konusunda yasa koyucunun gözönünde bulunduracağı bir Anayasa ilkesinden söz edilmesi olanaksızdır. [...] Anayasa'da, memurların emeklilik haklarıyla doğrudan doğruya ilgili olan hükümler, 48. ve 117. Maddelerde yer almaktadır. 117. maddede (Memurların nitelikleri, atanmaları ödev ve yetkileri, hakları ve yükümleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.) 48. maddede ise (herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Bu hakkı sağlamak için Sosyal Sigortalar ve Sosyal Yardım Teşkilatı kumak ve kurdurmak Devletin ödevlerindendir.) denilmek suretiyle memur haklarından olup onların Sosyal Güvenliğini sağlama yollarından birisini oluşturan 'emeklilik' kurumunun, bu ilkelerin amacı doğrultusunda olmak üzere kanunlarla düzenleneceği belirtilmiş bulunmaktadır. [...] ⁵⁸⁴Bu bakımdan 117. madde kapsamına giren memurların sosyal güvenlik hakları düzenlenirken 48. madde gereğince genel nitelikteki sosyal güvenlik kuralları gözönünde bulundurulmakla birlikte kamu görevinin gerekleri de hesaba katılacaktır. Sonuç olarak denilebilir ki 117. madde kapsamına giren memurların hem bu madde, hem de 48. madde gereğince sahip oldukları sosyal güvenlik haklarının, bütün yaşamlarını ve enerjilerini yolunda tükettikleri kamu görevinin önemine uygun ölçülerde güvence sağlayacak nitelikte olmak üzere düzenlenmesi bu iki maddenin ortak ereğini oluşturur. [...] Şu halde memurların emeklilik sisteminin ve bu sistemin ana ögesi olan emekli aylığı miktarının, Anayasa'nın genel ilkelerine ve sosyal sigorta gereklerine uygun olarak adaletli ve eşit ölçüler içinde kalmak ve ülkenin sosyal ve ekonomik durumu ve memurların görevlerinin niteliğiyle uyuşan bir sosyal güvenlik hakkı sağlanmak şartıyla kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi bu düzenlemede yer alacak hükümlerden bir bölümü, açıklanan koşullara uygun olmak kaydı ile yasa koyucunun takdirine dayanacak, öteki bölümünü ise, 'sosyal sigorta gerekleri' gibi takdir dışında kalan, matematik ve istatistik bilimlerinin kuralları ve prensipleri oluşturacaktır. Örneğin, emekli aylığının miktarını, yasa koyucu, yukarıda

⁵⁸⁴ Çünkü Anayasa'nın 117. maddesi gereğince 'hakları'nın kanunla düzenlenmesi gereken memurların, tüm yurttaşlar gibi Anayasa'nın 48. maddesi kapsamına da girdiklerinden ve bu maddede yer alan sosyal güvenlik hakkına, en az maddede belirtilen nitelik ve koşullarıyla, sahip bulunduklarından kuşku gösterilemez. Tersine düşünce, tüm yurttaşlara tanınan sosyal güvenlik hakkının memur yurttaşlara tanınmaması sonucunu doğurur ki böyle bir düşüncenin, Anayasa'nın genel ilkeleriyle, özellikle 117. ve 48. maddelerin amaçlarıyla bağdaştırılması olanaksızdır.

belirtilen koşullara uymak kaydı ile uygun göreçeği miktarda saptadıktan sonra bu aylığın sosyal sigorta esaslarına uygun biçimde ödenmesinin sağlanabilmesi için ‘işveren’ durumundaki Devletle, ‘çalışan’ memurdan alınması gerekli kesenek ve karşılıkların miktarı, matematik ve istatistik bilimlerinin esasları uyarınca yaptırılacak ‘aktüer’ incelemeleri sonucuna göre belirlenerek gerekli kanun düzenlenmesi buna uygun olarak yapılacaktır”.

Dikkat edilirse AYM bu kararında 117. maddede yer alan düzenlemeyi (1982 AY m.128) memurlar lehine farklı nitelikte düzenleme yapmayı gerektirir bir hüküm olarak yorumlamamış, bahsi geçen madde ile birlikte 48. madde (1982 AY m.60) uyarınca memurlara da sosyal güvenlik hakkı tanınması gerekliliği ileri sürölmüştür. Oysa, AYM aşaaıda yer verilen 15.12.2006 tarihli kararında AY m. 128 hükmü doğrultusunda memurlara ve kamu görevlilerine farklı düzenleme yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. AYM, sosyal güvenlik hakkının kamu görevinin önemine uygun nitelikte olması, farklı bir deyişle memurların görevlerinin niteliğiyle uyumlu sosyal güvenlik hakkının verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanımızca, görevin ya da yapılan işin niteliğinin sosyal güvenlik hakkının belirlenmesinde dikkate alınması, sadece memurlar açısından değil diğer çalışanlar için de geçerlidir. Bu durum yukarıda da izah ettiğimiz ihtiyaç ve değer ölçütleri içinde deęerlendirilmelidir⁵⁸⁵. Kısaca ifade etmek gerekirse, AYM kararında da belirtildiği üzere, Devletin takdir hakkı olmakla birlikte, kanımızca bu hakkın kullanılmasında çalışma şeklinden çok yapılan işin niteliği esas alınmalıdır.

Kararda dikkat çeken bir diğer nokta da, emekli aylığının miktarının, kanun koyucu tarafından saptanabileceği, yani bunun devletin takdir hakkı içinde olduğu, buna mukabil, ‘işveren’ durumundaki Devletle, ‘çalışan’ memurdan alınması gerekli kesenek ve karşılıkların miktarının devletin takdir hakkı dışında kaldığı, bunun sosyal sigorta esaslarına göre yani matematik ve istatistik bilimlerinin esasları uyarınca yaptırılacak ‘aktüer’ incelemeleri sonucuna göre yapılması gerektiği ifade edilerek, takdir hakkının sınırları somut olayın özellikleri esas alınarak sınırları çizilmiştir.

Son olarak daha açık bir biçimde ifade etmek gerekir ki, farklı şartlar altında farklı

⁵⁸⁵ bkz. §6, I, 3.

sigorta yardımlarının farklı hukuki statü kapsamında olanlar bakımından öngörülmesi, haklılaştırma yapıldığı sürece mümkündür. Bu noktada yukarıda da izah edildiği üzere, sigortalıların çalışma şeklinden çok yaptıkları işin nitelikleri, sigortalıların sağlık durumları, cinsiyetleri, yaşları gerekli kıldığı ölçüde farklı şartlar ya da farklı haklar öngörülebilir⁵⁸⁶. Gerçekten, benzer durumda olan sigortalılara aynı şartlar altında aynı yardımların öngörülmesi eşitlik ilkesinin gereği ise de mutlak eşitlik anlayışı benimsenmediğinden kanun koyucu haklı nedenlere dayanarak farklı şartlar altında aynı sigorta yardımı öngörebilir. Gerek uluslararası düzenlemelerde ve buna ilişkin yargı kararlarında gerekse ulusal düzenlemelerde ve buna yönelik AYM kararlarında eşitlik ilkesinden mutlak bir eşitlik anlayışı sonucu çıkmaz. Diğerlerinden farklı özellikleri, durumu ve ihtiyaçları olanların kamu yararı amacına uygun olarak sınıflandırılması, farklı yarar ve yükümlülükler getirilmesi, olumlu ayrımcılık kapsamında özel düzenlemelerin yapılması olağandır⁵⁸⁷. Farklı bir ifadeyle benzer özelliklere sahip olanlar için bir sınıflandırma yapılabilir ve bunlar diğerlerinden farklı düzenlemeye tabi kılınabilir⁵⁸⁸. Bazı kişi ya da grupları durumlarındaki haklı yönleri gözeterek belli bir sigorta yardımı konusunda diğerinden ayrı tutmak ayrı düzenlemeye tabi kılmak ya da genel bir düzenlemenin kapsamı dışında bırakmak ayrıcalık tanındığı anlamına gelmez. Durumlarının getirdiği bir farklılık olarak algılanmalıdır.

3. 5510 sayılı Kanuna İlişkin 15.12.2006 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Eşitlik Açısından Değerlendirilmesi

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 31.05.2006 tarihinde kabul edilmiş ve 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı RG.'de yayımlanmıştı. Ancak Cumhurbaşkanı 5510 sayılı Kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürerek AYM'de iptal davası açmıştı. Cumhuriyet Halk Partisi de ana muhalefet partisi sıfatıyla Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla dava açmıştı⁵⁸⁹. AYM davaları arasındaki hukuki ilişkiyi dikkate alarak, davaların birleştirilmesine karar vermiş ve

⁵⁸⁶ bkz. §6, I.

⁵⁸⁷ İnceoğlu, 53.

⁵⁸⁸ İnceoğlu, 53.

⁵⁸⁹ İptal davasında ileri sürülen itirazlar dikkate alındığında 18 madde ve 7 geçici madde olmak üzere toplam 25 maddeye yönelik iptal talebi olmuş, itirazların bir kısmı aynı madde içinde birden fazla fıkraya ilişkin olduğundan itiraz sayısı 32'ye çıkmıştır, bkz. Yorgun, 128.

esasa ilişkin inceleme yapmıştır. Mahkeme esasın incelenmesi aşamasında diğer kararlarından farklı bir sistemi benimsemiştir. Buna göre, öncelikle “Genel Olarak” başlığı altında, kanun hakkında genel ve esasa ilişkin tespitleri yapmış; “İptali İstenen Kuralların İncelenmesi” başlığı altında ise, tek tek Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülen maddelere ilişkin inceleme yaparak görüşünü açıklamıştır. Kararın taşıdığı önem dikkate alarak çalışmamızın bu kısmında Kararın genel olarak kısmında yer alan esaslar değerlendirilmiş, Mahkemenin madde temelinde yaptığı incelemeler ise, yeri geldikçe aşağıda değerlendirilmiştir.

AYM yaptığı inceleme neticesinde 5510 sayılı Kanunun bazı hükümlerini memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş, bazı maddelerin ise yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir⁵⁹⁰. Mahkeme iptal gerekçelerini ağırlıklı olarak Anayasanın 2., 10. ve 128. maddelerine dayandırmıştır.

Mahkeme kararının “Genel Olarak” başlıklı kısmında yer verdiği ifadelerden bir kısmı, *“Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için Devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Ancak, bu doğrultuda düzenlemeler yapılırken, sosyal güvenlik hakkından yararlanacak olanların hukuksal konumları gözetilerek aynı statüde bulunmayanların bu statülerinin gerekli kıldığı kurallara bağlı tutulmaları Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu ilke, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”* şeklindedir. Böylece Mahkeme, yukarıda aktardığımız yerleşik içtihadını bu kararında da yinelemiştir⁵⁹¹. Buna göre, eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı

⁵⁹⁰ AYM., 15.12.2006 t., E.2006/111, K.2006/112, (RG. 30.12.2006 t., S. 26392), www.hukukturk.com

⁵⁹¹ bkz. §3.

olanlar için söz konusudur. Farklı bir ifadeyle Mahkemeye göre, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi, eşitlik ilkesiyle yasaklanmıştır⁵⁹².

Aktardığımız ifadelerden dikkat çeken diğer bir husus, sosyal güvenlik hukukundan yararlanacak olanların hukuksal durumlarının dikkate alınması ile ilgilidir. AYM, kararın genel gerekçesinde bu hususu ortaya koyduktan sonra, kişilerin hukuksal konumlarından kaynaklanan değişik kurallara bağlı tutulmalarını, diğer çalışanlardan ayrıcalıklı duruma getirilmeleri anlamına gelmediğini belirtmiştir. Böylece, kararda açıkça “haklı neden” kavramı ifade edilmemişse de “hukuksal konum” haklı neden olarak nitelemiş ve AY m. 128 hükmünden hareketle devlet memurları ile diğer kamu görevlilerinin farklı hukuki statüde oldukları sonucuna ulaşılmıştır⁵⁹³. Daha net bir ifadeyle kararda, AY m. 128 hükmünün, memurların ve diğer kamu görevlilerinin sosyal güvenliğinin diğer vatandaşlarla norm birliği içerisinde düzenlenmesine engel olduğu belirtilmiştir: “Çalışma yaşamında kimilerinin hukuksal konumlarından kaynaklanan değişik kurallara bağlı tutulmaları, diğer çalışanlardan ayrıcalıklı duruma getirilmeleri anlamına gelmez. Yaptıkları işin özelliği nedeniyle aynı kurallara bağlı tutulamayanlar için de koşut düzenlemeler getirilerek ekonomik ve mali haklar yönünden eşitlik sağlanabilir.

Bu durumda, 5510 sayılı Yasa kapsamında bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile diğer sigortalıların aynı hukuksal konumda bulunup bulunmadıklarının saptanması Anayasal denetim yönünden önem taşımaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin

⁵⁹² Arıcı, Anayasaya Aykırılığı Sorunu, 9.

⁵⁹³ Ergin, Reform, 29.

kanunla düzenleneceği belirtilerek, memurlar ve diğer kamu görevlileri maddede sayılan özlük hakları bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuştur.”

Bundan başka kararda “...Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında da belirtildiği gibi, memur statüsü ile emekli statüsü arasında organik bir bağ bulunduğundan memur statüsünde yapılan değişiklikler doğal olarak emekli statüsünde de etkisini göstermektedir. Bu nedenle memurun sosyal güvenlik haklarından biri olarak emeklilik de Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen memurların ve diğer kamu görevlilerinin "diğer özlük işleri" kapsamında aynı yasal güvence içindedir. [...]”⁵⁹⁴ Yasa koyucunun,

⁵⁹⁴ “Kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten Devlet memurlarının hukuki rejimi çağdaş personel hukukuna uygun olarak sınıflandırma, kariyer ve liyakat esaslarına dayanmaktadır. Devlet memurları, görevlerinin gerektirdiği niteliklere ve mesleklerine göre sınıflara ayrılmakta, kariyerlerine, yürüttükleri hizmet için gerekli bilgilerine ve yetiştirme şartlarına uygun biçimde, sınıflarında en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanı sağlamaktadır. Kamu hizmetlerine alınmada ve görevde yükselmeye ise kamu personelinin nitelikleri, başarıları, işe bağlılıkları gibi liyakat ölçütleri dikkate alınmaktadır. Ayrıca, memurlar ve diğer kamu görevlileri atama işlemiyle idarenin tek tarafı olarak idare hukuku esaslarına göre önceden nesnel kurallarla belirlediği statü içine girmekte ve kamu gücünü kullanma yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Bunlara üstlendikleri kamu hizmetinin karşılığı olarak Devlet bütçesinden maaş, ücret, ödenek gibi isimler altında ödeme yapılmaktadır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hukuksal konumlarından kaynaklanan özellikleri, Anayasa kurallarına da yansımış, Anayasa'nın 51. maddesinde işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırlarının düzenlenmesinin gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla yapılması öngörülmüş, 53. maddesinde kamu görevlilerine ilişkin toplu görüşmelerle ilgili son karar Bakanlar Kurulu'nun takdirine bırakılmış, 54. maddesinde grev hakkı yalnız işçilere tanınmış; 68. maddede sayılan kamu görevlileri için siyasi partilere üye olma yasağı getirilmiş, 70. maddede kamu hizmetlerine girme hakkına yer verilmiş, 76. maddede belirlenen kamu çalışanlarının görevlerinden çekilmedikçe aday olmalarına ve milletvekili seçilmelerine izin verilmemiş, 129. maddede memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idareye karşı açılabilmesi, ceza kovuşturmasının ise kanunla belirlenen istisnalar dışında kanunun göstereceği merciin iznine bağlı olduğu belirtilmiştir. Anayasa'da ayrıca Cumhurbaşkanı, yasama organı üyeleri, bakanlar, yükseköğretim kurumları üyeleri, hakim ve savcılar, yüksek mahkeme üyeleriyle ilgili özel düzenlemeler öngörülmüştür. Kamu kesimi için özlük hakları olarak değerlendirilen sosyal güvenlik kapsamındaki haklar da Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen diğer haklar gibi kamu hukuku kurallarına bağlı olmasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hak ve yükümlülükler tarafların özgür iradesi ile belirlenen iş hukuku alanına giren sözleşmelere dayanır. Bu bağlamda, bir hizmet sözleşmesine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan işçiler ile bağımsız çalışanların zorunlu ve isteğe bağlı olarak sosyal güvenlikleri de öteden beri memur ve diğer kamu görevlilerinden farklı olarak prim esasına dayalı sigorta sistemiyle sağlanmaktadır. Prim ise, yasanın kendilerine karşı güvence sağladığı sosyal risklerden birinin gerçekleşmesi halinde yapılacak sigorta yardımlarıyla kurum yönetim giderlerinin karşılığı olarak sigortalı ve işverenden, sigortalının kazancının veya basamak göstergesinin belli bir yüzdesi üzerinden alınan parayı ifade etmektedir. İşçi statüsündeki sigortalılar çalışmalarında İş Kanunu'na, kendi nam ve hesabına çalışanlar ise 1479 sayılı Yasa'ya tabi oldukları için, bunların sosyal güvenlik haklarındaki prime dayalı sigorta esası, özel sigortaya benzer bir nitelik de taşımaktadır. Tarihi süreç içinde geçmişte "sosyal sigorta"dan çok daha eskilere dayanan ve memurların sosyal güvenlik hakkının en önemli güvencesi olan emekli maaşı, önceki hizmetler de gözetilerek verildiğinden, devletin mali olanaklarının yeterliliği ve adil ölçüler içinde görevlerinin niteliğine uygun olmalıdır. Hukuk sistemimizde de bugüne kadar emekli maaşının hesaplanmasında, belirtilen özellikler dikkate alınarak hizmet süresi, yaş, görevin önemi, alınan ve alınmakta olan maaşlar ve kesenekler gibi unsurların etkili olduğu görülmektedir. Yasa koyucunun Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca sahip olduğu genel düzenleme yetkisi kapsamında bulunan konuların, 128. maddede özel olarak vurgulanarak yasa ile yapılmasının Anayasa buyruğu haline getirilmesi, Devletin en temel işlevlerinden olan kamu hizmetinin görülmesindeki yeri tartışmasız olan kamu görevlileri için statülerine, yaptıkları görevin gereklerine uygun, emeklileri için de önceki statüleri ile uyumlu ayrı yasal düzenleme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ancak, düzenlemenin aynı hukuksal konumda bulunmayanların bu özelliklerini ve farklılıklarını yansıtmak koşuluyla aynı veya başka bir yasa içinde yapılması hususu kuşkusuz yasa koyucunun takdiri içindedir. Bu durumda, sosyal güvenlik hakkının yansımalarından biri olan emekli maaşının, sigorta esasına göre ödenen yaşlılık aylığı ile benzerlikleri bulunsu da amacı ve özellikleri bakımından önemli farklılıklar gösterdiği bir gerçektir. Bu farklılıklarına karşın

memurlara ödenecek emekli maaşı ile diğer çalışanlara ödenecek yaşlılık aylığının hesaplanmasında, bunların benzerliklerini ve farklılıklarını dikkate alarak, aktüeryal dengeleri bozmadan düzenlemeler yapması olanağı bulunduğu ve bu konudaki takdirin ise kendisine ait olduğu açıktır. Belirtilen nedenlerle, 5510 sayılı Yasa'da, aynı hukuksal konumda bulunmayan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunlar dışında kalan sigortalıların yukarıda belirtilen özellikleri gözetilmeksizin aynı sisteme bağlı tutulması, Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırıdır. Dava konusu düzenlemelerin memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptali gerekir.” Biçiminde ifadelere yer veren Mahkeme, memur statüsü ile emeklilik arasında organik bağın varlığına kanaat getirmiş ve sosyal güvenlik kapsamındaki hakların kamu kesimi için özlük hakları niteliğinde olduğu gerekçesiyle AY m.128’de yer alan diğer haklarla bunun kamu hukuku kurallarına bağlı olduğu sonucuna varmıştır. Öyle ki, Mahkeme, görevdeki memur ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve sosyal hakları artar ise bu artışın aynı doğrultuda emeklilere de yansıyacak bir emeklilik sisteminin olması gerektiğini belirtmiştir⁵⁹⁵. Bundan hareketle, Mahkeme tarafından devlet memurlarının ve diğer kamu görevlilerinin hukuki statü itibarıyla işçilerden, bağımsız çalışanlardan farklı olduğu ve bunlar için sosyal sigorta yardımlarını düzenleyen ayrı bir kanun çıkarılmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı görüşünün, benimsendiği görülmektedir⁵⁹⁶.

Kısaca ifade etmek gerekirse, AYM, özellikle AY m.128’den hareketle devlet memurlarının ve diğer kamu görevlilerinin sosyal güvenlik bakımından eşit muamele göremeyeceği sonucuna varmıştır⁵⁹⁷. Bu bakımdan, öncelikli olarak AY m. 128 hükmünün ayrımı haklı kılan neden olup olmadığı belirlenmelidir. Karşı oy yazısında da belirtildiği üzere Mahkemenin temelde, Anayasa’nın memur ve diğer kamu görevlilerine bakışı ile bunlar dışında kalan sigortalılara bakışının farklı olduğu yönünde bir görüş mevcuttur. Öğretide Arıcı, Mahkemenin memurlarla ilgili olarak

emekli maaşının hesaplanmasında da yaş, hizmet süresi ve emeklilik kesenekleri gibi hususların belirleyici olması doğaldır.”

⁵⁹⁵ Arıcı, Anayasaya Aykırılığı Sorunu, 11.

⁵⁹⁶ Arıcı, Anayasaya Aykırılığı Sorunu, 13.

⁵⁹⁷ Arıcı, Anayasaya Aykırılığı Sorunu, 11; Ergin, Reform, 31. Kararda ayrıca memurların farklı durumdaki olduklarına ilişkin dayanak olarak AY m. 128 hükmünden başka, Anayasa’nın 51., 52., 68., 70. ve 76. maddelerindeki düzenlemeler gösterilmiştir.

Anayasa’da farklı konularda ve farklı amacı olan düzenlemeleri⁵⁹⁸ gerekçe göstererek; memurlara özgü bir sosyal güvenlik düzenlemesi yapılmasının eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını öne sürülmesinin kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Gerçekten, Anayasa’da memurlar hakkında özel düzenlemelere yer verilmesinin öncelikli nedeni, memurların siyasi iktidar karşısında korunmasıdır⁵⁹⁹. Bu doğrultuda, karşı oy yazısında da isabetli biçimde öne sürüldüğü üzere, AY m. 128 hükmünden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin ne aktif dönemlerinde, ne de pasif (emeklilik) dönemlerinde yaptıkları işten dolayı farklı düzenlemelere tabi tutulmasına yönelik olduğu şeklinde bir anlam çıkarmak mümkün değildir. Anılan Anayasa hükmü, memurların hukukunun korunmasına yönelik olduğundan, bu düzenlemenin memurlar ve diğer kamu görevlilerini sosyal güvenlik bakımından diğer vatandaşlarla eşit muameleye tutmaya engel olduğu yönünde yorumlanamaz⁶⁰⁰. Buna mukabil, çalışma ilişkisinin sürdüğü sırada devletin 657 sayılı DMK uyarınca memurlara ve diğer kamu görevlilerine sağladığı hakları ayrı tutmak gerekir. Zira bu haklar SGK tarafından sağlanmamakta, Devlet tarafından işveren olması sebebiyle verilmektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse, AY m. 128 gereği kamu görevlilerinin statülerine ilişkin işlevsel hak ve yükümlülükleri memuriyet görevi sona erene kadar devam eder. Bir kez memuriyetleri sona erip, pasif sigortalı olarak SGK’dan aylık almaya başladıklarında diğer sigortalılardan farklı algılanmamaları gerekir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, esasen kararda kurulan memur statüsü ile emekli statüsü arasında organik bağ bütün memur ve kamu görevlileri yönünden değil, ancak istisnaen belli makam ve mevkilere sahip yani bir takım ayrıcalıkları olan statülerde istihdam edilen memurlar yönünden söz konusu olabilir. Örneğin cumhurbaşkanına yüksek yaşlılık aylığı bağlanması bu bağlamda değerlendirilebilir. Diğer memurların statüsünde meydana gelen değişiklikler onların emekliliklerinde bazı durumlarda etkili olup, bu değişikliklerin olması organik bağ olarak değerlendirmek doğru değildir⁶⁰¹. Esasen AYM 1977 yılında vermiş olduğu kararında “...eşitlik ilkesine aykırı olduğu

⁵⁹⁸ Anayasanın özellikle 128. maddesi olmak üzere, memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin 51., 52., 58., 68., 70. ve 76. maddelerindeki düzenlemeler.

⁵⁹⁹ Arıcı, Anayasaya Aykırılığı Sorunu, 13, 14.

⁶⁰⁰ Arıcı, Anayasaya Aykırılığı Sorunu, 16.

⁶⁰¹ Arıcı, Anayasaya Aykırılığı Sorunu, 16.

ileri sürülerek karşılaştırılan Yasalardan biri olan 1987 sayılı Yasa, Devlet memurları statüsüne, dava konusu olan öteki Yasa ise (2013 sayılı Yasa) emekli statüsüne ilişkindir. Bu durumda başka başka statülere ilişkin kanun, düzenlemeleri birbiriyle karşılaştırmak suretiyle eşitlik açısından bir değerlendirmeye girişmek olanaksızdır [...] karşılaştırmak istenen yasaların düzenledikleri statüler, yani memurluk ve emeklilik statüleri benzerlik göstermez. Gerçekten bunlardan birisi yürüyen ve her an yapılması gereken devlet memurluğu alanını, ötekisi bu alanda çalıştıktan sonra yasalara göre faal hizmetten ayrılması öngörülen memurlara ilişkin alanı kapsamaktadır. Memurların ve emeklilerin ayrı kurallara bağlı tutulması doğaldır.”⁶⁰² şeklinde ifadelere yer vererek, memurluk ve emeklilik statülerinin farklı olduğunu kabul etmiştir. Bu kararında belirtmiş olduğu gerekçelerin 5510 sayılı Kanuna ilişkin verdiği kararda da benimsenmesi gerekirdi.

AYM’nin vermiş olduğu karar, kendi gerekçesinde ileri sürdüğü nedenler bağlamında öncelikli olarak incelenmiştir. Karar, “çalışma şekline bağlı oluşan hukuki statünün” sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma açısından önemini göstermektedir. Söz konusu önem nedeniyle önceki kanunlarda da olduğu gibi 5510 sayılı Kanunda da hukuki statü temelinde yapılan sınıflandırma eşitlik ilkesi bakımından incelenmelidir. Ancak Kanunda eşitlik ilkesi temelinde sorun çıkarabilecek alan sadece çalışma şekli ile sınırlı değildir. Cinsiyet, yaş, engellik, tabiiyet gibi nedenler dikkate alarak da kanunda sigorta yardımına hak kazanma koşulları belirlenmiştir.

⁶⁰² AYM., 13.01.1977 t., E.1976/45, K..1977/1, (RG. 28.03.1978 t., S. 16242), www.hukukturk.com

İKİNCİ BÖLÜM

KISA VADELİ SİGORTA KOLLARI KAPSAMINDA SAĞLANAN SİGORTA YARDIMLARI ve EŞİTLİK İLKESİ

§ 7. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi

I. Sigorta Yardımlarına Hak Kazanmak İçin Aranan Ön Koşullar: Sigortalının İş Kazası Geçirmesi ya da Meslek Hastalığına Yakalanması

1. Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında İş Kazası

a) Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kanunlarda İş Kazasına Yönelik Hukuki Statü Temelinde Yapılan Farklı Düzenlemeler

5510 sayılı Kanunda “iş kazası ve meslek hastalığı sigortası” ile diğer sigortalar (hastalık ve analık) “Hizmet Akdiyle veya Kendi Adına ve Hesabına Bağımsız Çalışan Sigortalıların Tabi Olduğu Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri” başlığı altında üçüncü bölümde birlikte düzenlenmiştir⁶⁰³. Mesleki risk olarak kabul edilen “iş kazası”, 506 sayılı Kanunda olduğu gibi 5510 sayılı Kanunda da tanımlanmamıştır⁶⁰⁴. Gerçekten konunun düzenlendiği 13. maddenin başlığı, “İş Kazasının Tanımı, Bildirilmesi ve Soruşturulması” olmasına rağmen, kavramın tanımının yapılması yerine hangi durum ve koşullarda gerçekleşen zararlandırıcı olayın iş kazası sayılabileceği belirtilmiştir. Buna göre “İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa

⁶⁰³ Bölümün başlığının isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Zira kısa vadeli sigorta hükümleri sadece iş sözleşmesiyle çalışanlar için ya da bağımsız çalışanlar için uygulanabilir nitelikte değildir. Bunların yanında, iş sözleşmesiyle çalışmaya ya da bağımsız çalışmaya bile haklarında kısa vadeli sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar vardır (m.5). İş kazası ve meslek hastalığı sigortası, Türkiye’de ilk defa 1945 tarihinde 4772 sayılı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu ile kurulmuştur, detaylı bilgi için bkz. **Atabek**, 16; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 388; **Şakar**, 215 vd.; **Üçışık**, 37 vd.; Dünyada ilk kurulan sigorta kollarından olduğu belirtilen iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının Almanya’da 1884’te kurulduğu, 1897’de ise Birleşik Krallık’ta çıkarılan ve işverenin iş kazasına uğrayan işçisine tazminat ödemesini öngören Kanunda yer aldığı belirtilmiştir, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 283.

⁶⁰⁴ 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (A) bendinin tanım getiren bir hüküm olduğu ileri sürülmüştür, bkz. **Centel**, iş Kazası, 2. “Her ne kadar madde başlığı İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tarifi” ise de, maddenin içeriğinde tanım verilmediği açıkça görülmektedir. **Doğan Yenisey**, Social Security, 94.

yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olaydır.”

Sadece 506 ve 5510 sayılı Kanunlarda değil, 1479 sayılı Kanunda da kavramın tanımı yapılmamıştı. Ayrıca, 506 ve 5510 sayılı Kanundan farklı olarak, hangi hal ve durumlarda gerçekleşen kazanın iş kazası olduğu 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda yer almamaktaydı. Ancak 506 sayılı Kanundaki iş kazası tanımının kıyasen 1479 sayılı Kanun kapsamındakiler için de uygulanacağı düzenlenmişti⁶⁰⁵ (1479 s.K m.82).

Diğer taraftan kavram, bazı kanunların kapsamına giren sigortalılar için daha dar kapsamlı biçimde tanımlanmış, böylece sigortalılar arasında farklılık yaratılmıştı. Tarım işlerinde iş sözleşmesiyle süresiz olarak çalışanların sosyal güvenliğinin düzenlendiği 2925 sayılı “Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu”nda iş kazası, “*Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada ve işi ile ilgili olarak meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça zarara uğratan olay*” şeklinde tanımlanmıştı (m.3/1). Tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlara ve hak sahiplerine, malullük, yaşlılık ve ölüm hallerinde sosyal sigorta yardımlarının sağlanmasını düzenleyen 2926 sayılı “Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu”nda ise kavram, “*Tarımsal faaliyetleri dolayısıyla sigortalıları hemen veya sonradan veya ruhça zarara uğratan olay*” biçiminde açıklanmıştı (m.3/g).

⁶⁰⁵ Söz konusu düzenleme, Kanunun 82. maddesinde şu şekilde yer almıştı: “*Bu Kanunda geçen iş kazası teriminin kapsamının tayininde 506 sayılı Kanun hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.*” Kanunun üç maddesinde ise, “iş kazası” ifadesine yer verilerek, bu sosyal riskin bağımsız çalışanlara sağlanan bazı sigorta yardımlarına hak kazanma şartlarını etkilediği belirtilmişti. Gerçekten, Bağ-Kur Kanunu’nun “malullük aylığından yararlanma” başlıklı 29. maddesinde “*Bag-Kur’da fiili sigortalılığı devam ederken bir iş kazası veya meslek hastalığı sonucu 28’inci maddede yazılı tüzük hükümlerine göre çalışma gücünün en az üçte ikisini kaybedenler için (b) fıkrasındaki 5 tam yıl sigorta primi ödemiş olmak koşulu aranmaz.*” şeklindeki düzenlemeye yer verilmişti. “Ölüm aylığından yararlanma koşulları” başlıklı 41. maddede ise, “*sigortalı iken geçirdiği iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölenler için prim ödeme süresi aranmaz.*” şeklindeki başka bir benzer düzenleme yer almaktaydı. Ek 13. maddede sağlık sigortası yardımlarının hastalık ve iş kazası hallerini kapsadığı belirtilmekteydi. Bu şekilde 3 maddede iş kazasının, bağımsız çalışanlara yapılan yardımları etkilediği görülmekteydi. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 11. Bası 675; **Tuncay/Ekmekçi**, Esaslar, 519; **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 68; **Akın**, Sigorta Yardımları, 134; **Çenberci/Uygur**, 327.

Önemle ifade etmek gerekir ki, 506 sayılı Kanunun 13. ve 1479 sayılı Kanunun 82. maddesi yanında 2925 sayılı Kanunun 1 ila 5., 13 ila 17., 24., 33. ve 35. maddelerinin ve 2926 sayılı Kanunun, 5510 sayılı Kanunun 106. maddesi ile yürürlükten kaldırılması nedeniyle, bu kanunlardaki dar kapsamlı tanımların ve dolayısıyla sigortalılar arasında farklı kanunlarda yaratılan ayrımların eşitlik ilkesi açısından önemi kalmamıştır.

Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olmamakla birlikte, iş kazasının tanımlandığı en son Kanun olması bakımından önemli olan işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek amacıyla yürürlüğe konulan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3. maddesi ile iş kazası, *“İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenlen engelli hale getiren olay”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu hüküm ile iş kazası, 506 sayılı Kanuna ve yürürlükteki 5510 sayılı Kanuna göre çok daha dar kapsamlı biçimde düzenlenmiştir^{606,607}. Ancak kanunların uygulama alanının farklı olması ve kapsamına giren kişilerin benzer olmaması nedeniyle farklı kanunlardaki bu düzenlemelerin eşitlik ilkesi bakımından irdelenmesi mümkün değildir.

Yürürlükteki düzenlemede eşitlik ilkesi bakımından önemli olan iş kazasına ilişkin hükümlerin uygulama alanına hangi sigortalıların girdiği ve bunlara hangi şartlar altında hangi sigorta yardımlarının sağlandığıdır. Daha net bir biçimde ifade etmek gerekirse, sigorta yardımlarını ve bunlara hak kazanma koşullarını düzenleyen 5510 sayılı Kanunda iş kazasının sigortalılar için farklılık içerip içermediği incelenmelidir.

⁶⁰⁶ Maddenin gerekçesinde ise isabetsiz biçimde, yapılan tanımın 5510 sayılı Kanundaki tanımı da kapsayacak daha geniş nitelikte bir tanım olduğu ifade edilmiştir: *“Tasarıda da iş kazası tanımı, benzer bir şekilde işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan olayların iş kazası olduğu şeklinde ve 5510 sayılı Kanundaki tanımı da kapsayacak daha üst genel bir tanım olarak yapılmıştır. Böylece söz konusu Kanunda yer alan iş kazası tanımı veya sigortalıya iş kazası sonucu hangi hallerde hangi hakların sağlanacağını belirleyen şartların kısıtlanmamasına imkan verilmiş ve mevcut uygulamalarda duraksamaya yer verilmemesi sağlanmıştır. Ayrıca işin yürütülmesi nedeniyle ifadesi iş kazası tanımına eklenerek 5510 sayılı Kanunda sayılan iş kazası şartlarından görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş gibi durumların da tanım kapsamında değerlendirilmesine imkan sağlanmıştır.”* Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf>.

⁶⁰⁷ İSGK'da yer alan tanımın, 5510 sayılı Kanunun 506 sayılı Kanun hükmüne paralel biçimde öngördüğü düzenlemeyi ve buna dayanan içtihadı yeteri kadar dikkate almadığı, getirilen tanımın yürürlükteki düzenleme ve içtihatla uyumlu olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 397.

Öğretide 5510 sayılı Kanunda konunun düzenlenmesinde, 506 sayılı Kanunun 11. maddesi esas alınmış⁶⁰⁸ olmasından dolayı, iş kazası kavramının unsurlarında, 506 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun arasında “arıza” yerine aynı anlama gelen “özür”⁶⁰⁹ kelimesinin kullanılması dışında, anlam bakımından bir fark olmadığı belirtilmiştir⁶¹⁰. Benzer şekilde, 5510 sayılı Kanunun konuyu düzenleyen maddesinin küçük farklılıklar dışında, önceki kanun hükmüyle aynı yönde bir düzenleme olduğu öğretide ifade edilmiştir⁶¹¹. Her ne kadar konunun düzenlenmesinde 506 sayılı Kanun esas alınmışsa da, 5510 sayılı Kanunun iş kazasını düzenleyen hükmünde bağımlı çalışan sigortalılar yanında, bağımsız çalışanların da açıkça yer alması en önemli ve büyük farklılıktır⁶¹². Gerçekten yukarıda da belirtildiği üzere, 506 sayılı Kanundan ayrı olarak, 5510 sayılı Kanunun benimsediği sistem gereği, iş kazası halleri kural olarak sadece iş sözleşmesine göre çalışan sigortalıları değil, tarımda bağımsız çalışanlar da dahil olmak üzere, bütün bağımsız çalışanları kapsamaktadır⁶¹³. Ayrıca, bazı hükümleri halen yürürlükte olan 2925 sayılı Kanuna tabi olanlar için de 5510 sayılı Kanunda yer alan iş kazası halleri kural olarak geçerlidir⁶¹⁴. Ortaya çıkan bu durum, ilk bakışta sigortalılar arasında iş kazasına yönelik yeknesak bir düzenleme yapıldığı ve böylece eşitlik ilkesi bakımından incelenecek bir konu olmadığı izlenimi yaratmaktadır. Oysa aşağıda da üzerinde durulacağı üzere, iş sözleşmesine tabi olarak çalışanlarla bağımsız çalışanlar arasında eşitlik ilkesine uygun düzenlemenin varlığından bahsedilemez.

⁶⁰⁸ Madde, büyük ölçüde 506 sayılı Kanunun 11. maddesi dikkate alınarak hazırlandığından önceki dönemde oluşmuş bilimsel görüş ve yargı kararlarının yeni kanun döneminde de devam edeceği haklı olarak belirtilmiştir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 325; **Akın**, İş Kazası, 193. Ayrıca, her iki maddenin kıyaslanması için bkz. **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 416. 506 sayılı Kanun döneminde de yer ve zaman koşullarıyla sınırlandırıldığı yönündeki açıklamalar için bkz. **Saymen/Ekonomi**, 84.

⁶⁰⁹ 25.04.2013 t. ve 6462 sayılı Kanunla “özre uğratan” ifadesi, “engelli hale getiren” şeklinde değiştirildiğinden, değişiklikten önce ileri sürülen bu görüşte belirtilen ifadenin “engel” olarak anlaşılması yerinde olur.

⁶¹⁰ **Balcı**, 98.

⁶¹¹ **Başboğa Şahbaz**, 12.

⁶¹² Kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümlerin genelinde 506 sayılı Kanunun esas alındığı belirtilmiştir, **Okur**, Reform, 22; bağımsız çalışanların da ilave edilmesi dışında pek fark bulunmadığı ifade edilmiştir, bkz. **Korkusuz/Uğur**, 305.

⁶¹³ **Güze/Okur/Caniklioğlu**, 325. Kanunun kapsamına alınan sigortalı gruplarında birbirine benzerlik olmamasına rağmen, iş kazası kavramının kapsamındaki sigortalılar için kural olarak aynı şekilde düzenlendiği ifade edilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 67. Ancak kurala mutlak şekilde bağlı kalınmamıştır. Gerçekten, iş kazasına ilişkin hal ve durumların bir kısmının bağımsız çalışanlar için uygulanması söz konusu değildir. Konu üzerinde aşağıda durulacaktır. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin iptalinden önce de, iş kazasına ilişkin hal ve durumların iş sözleşmesine göre çalışanlar ile devlet memurları ve kamu görevlileri hakkında uygulanabileceği, ancak tamamının bağımsız çalışanlar için uygulanmasının söz konusu olmayacağı haklı olarak ileri sürülmüştü, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 69.

⁶¹⁴ **Ertürk**, 120.

Devlet memurları ve kamu görevlileri açısından farklı bir düzenleme bulunduğu konusunda ise şüphe yoktur. Devlet memurları ve kamu görevlileri hakkında iş kazasına ya da meslek hastalığına bağlı yapılacak geçici iş göremezlik ödeneğine, sürekli iş göremezlik ve ölüm gelirin e benzer yardımlar konusunda DMK’da yer alan düzenlemeler dikkate alınmalıdır. 5510 sayılı Kanunda düzenlenmiş vazife malullüğü her ne kadar iş kazası hallerine benzer durumları içermekteyse de, vazife malullüğünden yapılan yardım malullük aylığı olduğu için, karşılaştırmada bu düzenleme esas alınmamıştır. Esasen Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından önce, maddede iş kazası olarak sayılan haller sadece iş sözleşmesine tabi çalışanlar ve bağımsız çalışanlar için değil, kural olarak devlet memurları ile kamu görevlileri hakkında da uygulama alanı bulacaktı⁶¹⁵. İptal ile birlikte bu noktada 5510 sayılı Kanunda önemli kapsam farklılaşmaları ortaya çıkmıştır⁶¹⁶. Böylece genel olarak hedeflenen tek çatı modeli hayata geçirilememiş, “birlik” adı altında ayrım sürmüştür⁶¹⁷. Ancak birinci bölümde ulaştığımız sonuç çerçevesinde önemle belirtilmelidir ki, düzenlemeler içeriği itibariyle incelenmeden, salt norm birliğinin sağlanamamış olmasından hareket ederek, hükümlerin AY m.10’a aykırı olduğu savunulamaz. Mutlak eşitlik anlayışının benimsenmemiş olması, bu sonucu doğurur. Konumuz bakımından öncelikle iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında sağlanan sigorta yardımlarına hak kazanma koşulunun ön şartı niteliğindeki iş kazası kavramı incelenecektir. Bu inceleme eşitlik ilkesi temelinde yapılacak olmakla birlikte, iş kazasının önemi dikkate alınarak açıklamalara yer verilmiştir.

⁶¹⁵ Kanunun ilk halinde olduğu şekilde devlet memurları ve kamu görevlileri için de iş kazası hallerinin öngörülmesi ve aynı zamanda vazife malullüğüne ilişkin hükümlerin de bulunması, uygulamada sorunları da beraberinde getirecekti. Bu bakımdan bunlar için 13. madde hükmünün uygulanmayacak olması yerinde olmuştur. İptalden önce hem iş kazası hem de vazife malullüğünün düzenlenmesi haklı olarak eleştirilmiştir. **Okur**, Yeni Tanımlar, 161. Aşağıda uzun vadeli sigortalar kısmında bu konu üzerinde durulacaktır. devlet memurları ve kamu görevlileri için 13. maddenin uygulanmasının kabul edilmesi halinde, artık bunlar için vazife malullüğünün düzenlenmemesi gerekirdi. Dikkat edilirse, benzer konuların aynı dönem için farklı maddelerde düzenlenmiş olmasından dolayı, devlet memurlarının ve kamu görevlilerinin diğer sigortalılarla aynı madde kapsamında yer almaması isabetli bulunmuştur. Yoksa, eşitlik ilkesi doğrultusunda bunların durumlarının farklı davranılmasını gerekli kıldığı görüşü kabul edilmemiştir.

⁶¹⁶ **Akın**, İş Kazası, 192.

⁶¹⁷ Tek çatı sisteminin birleştirecek yerde, sistemi daha da karmaşık hale soktuğu ileri sürülmüştür, bkz **Okur**, Reform, 21; **Akın**, İş Kazası, 192.

b) Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Kavramın Yeniden Tanımlanması Gerekliliği

aa) Dar Anlamda Kaza Kavramı ve Unsurları

Sigortalılara yapılacak sigorta yardımlarını etkilediğinden hukuki statüsü farklı olanlar için iş kazasından neyin anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Farklı bir deyişle, iş kazasına bağlı olarak *sigortalıya* sigorta yardımının yapılabilmesi için, her şeyden önce “sosyal güvenlik hukuku anlamında kaza”nın ortaya çıkması gerekli olduğundan, kavramın içeriği belirlenmelidir. Sosyal güvenlik hukuku bakımından kaza kavramının görünümünün belirlenmesi için öncelikle genel olarak dar anlamda kaza kavramı ve unsurları açıklanmalıdır. Daha sonra bu unsurlar, sosyal güvenlik hukuku bağlamında yorumlanacak olup, söz konusu hukuk dalı açısından sigortalılar arasında farklı unsurların kabul edilip edilmediği ve bunun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı belirlenecektir.

Türk Dil Kurumunun Büyük Türkçe Sözlüğünde “kaza” kavramı, “*can veya mal kaybına, zararına neden olan kötü olay*” şeklinde tanımlanmıştır⁶¹⁸. Bu ifade dikkate alındığında kavramın “geniş” şekilde açıklandığı, zira olayın meydana gelmesine yol açan nedenlerden bağımsız olarak, bütün *zararlandırıcı olayların* kaza olarak nitelenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

TDK’nun Güncel Sözlüğünde ise, olayın ortaya çıkış biçimi de dikkate alınarak kavram, “*istem dışı veya umulmayan bir olay dolayısıyla bir kimsenin, bir nesnenin veya bir aracın zarara uğraması*” biçiminde ifade edilmiştir⁶¹⁹. Görüldüğü üzere, burada olayın “istem dışı veya umulmayan olması” gerektiği yönündeki niteliği öne çıkartılmıştır. Dolayısıyla, bütün zararlandırıcı olaylar kaza olarak değerlendirilemeyeceğinden, bu tanım daha “dar” kapsamlıdır. Buna karşılık, her iki tanımda da, kişinin ya da malın zarar görmesi ortak unsurdur.

⁶¹⁸ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

⁶¹⁹ <http://tdk.org.tr>

Söz konusu ayrık ve ortak hususlar birlikte değerlendirildiğinde genel olarak kaza kavramı, istenilmeyen veya beklenmeyen bir olay nedeniyle kişinin vücut bütünlüğünün veya malının zarara uğraması ya da kişinin ölmesi şeklinde tanımlanabilecektir.

Sözlükte yer alan kaza kavramı tanımlarını, geniş ve dar olarak sınıflandırdığımız gibi, öğretide de *hukuki açıdan kaza kavramının* “geniş” ve “dar” olmak üzere iki anlamı olduğu belirtilmektedir. Hukuki açıdan geniş anlamda kaza, aniden ve istenilmeden zararın doğumuna neden olan olaylar bütünü şeklinde ifade edilirken⁶²⁰; hukuki bakımdan dar anlamda kaza ise, eşya üzerinde meydana gelen zararlar hariç olmak üzere, sadece vücut bütünlüğüne zarar veren ya da ölüme yol açan olaylar olarak tanımlanmıştır⁶²¹. Başka bir deyişle, *hukuki açıdan dar anlamda kaza* kavramı, sadece insan vücudunun zarar görmesiyle ve ölüm sonucunun meydana gelmesiyle ilgilidir⁶²². Bu bakımdan, dar anlamda kaza kavramına eşya üzerinde meydana gelen zararlandırıcı olaylar dahil değildir. Buna mukabil, hukuki bakımdan yapılan tanımlarda olayın istenilmemesi yönündeki niteliği ortaktır.

Açıklamalar doğrultusunda *hukuki açıdan dar anlamda kaza* kavramının unsurları olarak, “olay” ve buna bağlı olarak (uygun illiyet bağı) ortaya çıkan “zarar” sayılabilir. Olayın dıştan gelen⁶²³, istenilmeyen⁶²⁴, ani⁶²⁵ nitelik taşıması, ayrıca bu nitelikleri haiz

⁶²⁰ Atabek, 40; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 330; Eren, Sorumluluk, 6; Akın, Maddi Tazminat, 19; Başboğa Şahbaz, 7.

⁶²¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 330; Eren, Sorumluluk, 6, 9; Akın, Maddi Tazminat, 19; Atabek “genellikle zarar gören kişinin iradesi dışında, hariçten gelen ani ve şiddetli bir müdahale sonucu beden husule gelen bir arıza olarak” kazanın tanımlandığını ve böylece kavramın sınırlandırıldığını belirtmiştir, bkz. Atabek, 40. Bundan başka, Eren’e göre kaza, “...mağdurun vücut bütünlüğüne, organik yapısına yabancı, harici bir etken, dış bir olay sonucu meydana gelmelidir.” bkz. Eren, Sorumluluk, 9.

⁶²² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 330; Tuncay, İş Kazasının Unsurları, 3; Eren, Sorumluluk, 6; Akın, Maddi Tazminat, 7; Yılmaz, 2; Başboğa Şahbaz, 7.

⁶²³ *Dıştan Gelen Olay*: Yukarıda da ifade edildiği üzere, olay unsuru bakımından dıştan gelen, ani ve istenilmeyen özellikler önem taşır. Hukuki bakımdan dar anlamda kazanın varlığından bahsedebilmek için vücut bütünlüğünün ihlali ya da kişinin ölümü, dışarıdan gelen bir etkinin sonucu olmalıdır, Atabek, 42; Tuncay/Ekmekçi, 286; Akın, Maddi Tazminat, 21; Başboğa Şahbaz, 8. Patlama, elektrik çarpması, zehirlenme, düşme vb. olaylar dıştan gelen etkenlere örnek teşkil edebilir, Tuncay/Ekmekçi, 286; Akın, Maddi Tazminat, 21; Başboğa Şahbaz, 8. Dışsallığın sadece belirtildiği şekilde düşme, çarpma gibi maddi bir temas şeklinde gerçekleşmesi gerekmiyip, kişinin bulunduğu ortamdaki sıcaklık, nem vb. durumlar da dışsallık olarak kabul edilebilir, Akın, Maddi Tazminat, 21. Dolayısıyla, kişinin zaten bünyesinde var olan rahatsızlıkların, vücutta meydana getirdiği zararlar bakımından dar anlamda kazadan bahsedilemez. İnsanın içinde bulunan sebebin dışı yansımasıyla vücut bütünlüğünün ihlali ile dıştan gelen nedenin yarattığı ihlallere bağlanan hukuki sonuçların farklı olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Eren, Sorumluluk, 10. Söz konusu durumu borçlar hukuku için kabul etmek gerekir. Buna ilişkin olarak, verem hastası bir işçide basit bir işin veya herhangi bir hareketin akciğer kanamasına neden olabileceği, kanamanın gerçek nedeninin dahili bir etken olduğu ve dolayısıyla dar anlamda kazadan bahsedilemeyeceği isabetli olarak ileri sürülmüştür, Eren, Sorumluluk, 9; Akın, Maddi Tazminat, 21. Bu şekilde, içsel nedene dayalı oluşan vücut bütünlüğünün ihlali ile dıştan gelen nedenlerin yarattığı ihlaller birbirinden ayrılabilir. Dıştan gelen müdahalenin bir çok durumda kaza ile hastalığın ayırımına yardımcı olacağı, hastalığın dışsal müdahale olmadan meydana gelen patolojik bir durum olduğu, yavaş ilerleyen

olay sonucunda (uygun illiyet bağı), “vücut bütünlüğünün ihlali” veya “ölüm” (zarar unsuru) meydana gelmelidir⁶²⁶. Anılan unsurları içeren bir olay, dar anlamda kaza olarak nitelendirilir, bunun yanında hiç kuşku yok ki evleviyetle geniş anlamda kaza olarak da değerlendirilir. Ancak geniş anlamda kaza kavramına dahil olan her olay, dar anlamda kaza sayılmayabilir. Zira geniş anlamda kaza, vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar yanında eşyaya ilişkin zararları da içermektedir.

Farklı hukuk dallarında benimsenen kaza tanımı özdeş değildir. Örneğin, borçlar hukuku anlamında kaza, borçlunun kusur ve iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülemeyen, kaçınılmayan zarar doğuran ve borçluyu sorumluluktan kurtaran herhangi bir olaydır⁶²⁷. Borçlar hukukunda belirtilen biçimde kabul edilen kavramın, hukuki açıdan geniş anlamda kaza ile özdeş olduğu görülmektedir. Sosyal güvenlik hukuku bakımından ise, insan vücudunun zarar görmesi ve ölüm sonucuyla ilgili olması nedeniyle, dar anlamda kaza kavramı önemlidir. Sosyal güvenlik hukukunda vücut

olayların sonunda kendini belli ettiği ileri sürülmüştür, bkz. **Atabek**, 42; **Eren**, Sorumluluk, 9. Açıklananlar doğrultusunda kalp krizinin kaza olarak nitelenmesi mümkün değildir. Ancak kalp rahatsızlığı olmayan bir kimsenin ağır bir yük kaldırmasına bağlı olarak kriz geçirmesi dar anlamda kaza kavramı içine dahil edilebilir. Bazı durumlarda, kişi açıkça dıştan gelen bir müdahaleye bağlı olarak zarar görmez. Farklı bir ifadeyle, bir eşya ile temas veya ortamdaki sıcaklık vb. unsur olmadan da kişi zarara uğrayabilir. Örneğin, dıştan gelen bir müdahaleyi önlemek amacıyla ani bir harekette bulunursa ve buna bağlı olarak ayağı burkulur, tendonu kopar ise, dışta bulunan eşya ile doğrudan temasın olmamasına rağmen, bu ve benzeri durumlarda da kazanın varlığının kabul edilmesi gerektiği haklı olarak açıklanmaktadır, **Atabek**, 42.

⁶²⁴ *İstenilmeyen Olay*: Dıştan gelen etkenin ve bunun sonuçlarının kişi tarafından istenmemiş olması; başka bir deyişle, kazalananın iradesi dışında olayın gerçekleşmesi lazımdır, **Atabek**, 43; **Tuncay/Ekmekçi**, 287; **Akın**, Maddi Tazminat, 21. İstek ve arzu, kaza kavramıyla çelişen ifadelerdir, **Eren**, Sorumluluk, 9, 10; **Karayalçın**, 14; **Akın**, Maddi Tazminat, 21. Dolayısıyla “istenilmeyen olay”, zarara neden olan dıştan gelen etkenin, kişinin kendi kastı ile meydana gelmemesidir, **Atabek**, 43; **Akın**, Maddi Tazminat, 21; **Başboğa Şahbaz**, 8. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, irade dışı gerçekleşmesi gereken husus, genellikle belirli bir fiil veya hareket olmayıp söz konusu fiile bağlı olan sonuçtur, **Atabek**, 43. Bu bakımdan zehirli bir sıvının içilmesinde irade mevcut bulunsun bile, zehirlenme sonucu arzu edilmemişse kaza mevcuttur, **Atabek**, 43. Benzer şekilde, ameliyat sırasında ölümü kaza olarak değerlendirmek mümkün olmayacaktır, bkz. **Akın**, Maddi Tazminat, 21. Ancak her ikisi yönünde iradenin varlığı kazanın oluşmasını engeller. Dolayısıyla, intihar olayının kaza olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

⁶²⁵ *Ani Olay*: Olay, aniden veya çok kısa zaman aralığı içinde meydana gelmelidir, **Atabek**, 41; **Uluslan**, 72; **Akın**, Maddi Tazminat, 22; **Başboğa Şahbaz**, 9. Bu bakımdan, zararı doğuran olayın kabul edilebilir süre devam etmesi, olayın ani özelliğini ortadan kaldırmaz, **Atabek**, 41; **Akın**, Maddi Tazminat, 22. Başka bir ifadeyle, dıştan gelen müdahale belirli süre devam etse bile, kazanın varlığından bahsedilebilir. Örneğin, zehirli gaz teneffüsü sonucu boğulmalar ya da güneşin etkisiyle vücutta oluşan yaralarda da kazanın varlığı bulunmaktadır. Bazı durumlarda ise, müdahale ani olmakla birlikte bundan kaynaklanan sonuç, belirli süre sonra ortaya çıkmaktadır. Örneğin, kene, yılan, arı soktuğunda, belirli bir süre sonra olumsuz etki kendisini gösterir. Bu gibi durumlarda da kazanın varlığının kabul edilmesi gerektiği haklı olarak belirtilmiştir. Ancak gerek olayın belirli süre devam etmesi gerekse zararın belirli süre sonra ortaya çıkması gibi hallerde, olay ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığının ispatı zorlaşabilir, **Atabek**, 41. Bundan başka ani nitelik, olayın beklenmedik veya umulmadık olduğunu da ifade etmektedir. Ani olmayan olaylardan kaçınmak mümkün olduğundan, bu olayların kaza olarak nitelendirilmesi mümkün değildir, **Başboğa Şahbaz**, 9.

⁶²⁶ *Zarar ve İlliyet Bağı* : Dıştan gelen ve istenmeyen, ani olay neticesinde kişinin vücut bütünlüğünün zarar görmesi gerekir. Başka bir deyişle, kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı şarttır, **Atabek**, 43; **Akın**, Maddi Tazminat, 23. Aşağıda zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklandığından, tekrara yer vermemek için burada değinilmemiştir

⁶²⁷ **Uluslan**, 71; **Tunçomağ**, 259; **Tuncay**, İş Kazasının Unsurları, 2; **Centel**, İş Kazası, 2; **Balcı**, 96;.

bütünlüğüne gelen ya da ölüme bağlı zararların tazmini amaçlandığından, bu hukuk dalı bakımından iş kazasının tanımlanmasında, dar anlamda kaza kavramının ve bunun unsurları önemlidir. Buna mukabil, doktrinde açıklandığı gibi “dar anlamda kaza” ve “sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası” kavramlarının unsurları açısından mutlak bir özdeşlikten bahsedilemez⁶²⁸. Gerçekten, dar anlamda kaza için belirtilen unsurların, sosyal güvenlik hukuku bakımından görünümüleri farklılık arz etmektedir. Hatta, bazı unsurların iş kazası bakımından aranmaması gerektiği dahi ileri sürülebilir. Aşağıda dar anlamda kaza kavramının sosyal güvenlik hukuku açısından görünümüleri incelenmiştir.

bb) Dar Anlamda Kaza Kavramının Unsurlarının Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından İş Kazası İçin Kabul Edilebilirliği Sorunu

aaa) Dıştan Gelen (Dışsal) Olay

İş kazası, dar anlamda kaza gibi dışsal etkenlerden kaynaklanabilir⁶²⁹. Dolayısıyla, işyerinde patlama, bir maddenin çarpması, düşmesi, zehirlenme gibi olaylar iş kazasından bahsedebilmek için gerekli dışsallık unsuruna örnek olarak sayılabilir⁶³⁰. Ancak sosyal güvenlik hukuku bakımından mutlaka dışsal etkinin bulunması gerektiği şeklinde sonuca ulaşılamaz. Zararın gerçek nedeni dışsallık olmadığı, kişinin bünyesindeki rahatsızlık olduğu hallerde dar veya geniş anlamda kaza söz konusu olamayacaksa da⁶³¹, sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazasından bahsedilebilecektir. Gerçekten, sosyal güvenlik hukuku bakımından dışsal etki -genel anlamda kazadan farklı olarak- her zaman belirgin biçimde ortaya çıkmayabilir ya da zararın oluşmasında çok büyük bir role sahip olmayabilir ve hatta hiç bulunmayabilir⁶³². Nitekim 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde, “iş kazası [...] sigortalıyı hemen veya

⁶²⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 331.

⁶²⁹ Atabek, 42; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 331; Tuncay/Ekmekçi, 286; Uşan, Değerlendirme, 392; Başboğa Şahbaz, 8.

⁶³⁰ Tuncay/Ekmekçi, 286; Sözer, 1896; Başboğa Şahbaz, 8.

⁶³¹ Atabek, 42; Örneğin, verem hastası bir işçide, basit bir iş herhangi bir hareket veya güç sarfı akciğer kanamasına neden olabilir. Bu kanamanın gerçek nedeni yapılan iş değil, bünyesel zayıflık yani içsel bir etkidir. Bu durumda, kazadan bahsedilemeyeceği haklı olarak belirtilmiştir. Ancak bu olayın SSK m.11’deki şartları taşıması halinde, iş kazasının söz konusu olabileceği ifade edilmiştir, bkz. Akın, Maddi Tazminat, 21. Yürürlükteki düzenleme bakımından ise, zararlandırıcı olayın 13. maddedeki şartları haiz olması gerekmektedir.

⁶³² Dışsal etkinin bulunmasına gerek olmadığı yönündeki görüşler için bkz. Taşkent, 1951; Sözer, 1896; Sözer, Sosyal Sigortalar, 294. Dışsal etkinin iş kazasında olması gerektiği belirtilmiştir, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 331.

sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olaydır” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin gereği olarak, maddede sayılan belirli durumlar içinde gerçekleşen “zararlandırıcı olay”, iş kazası olarak nitelendirilir. Daha farklı bir ifadeyle, vücuda zarar veren olayın Kanunda belirtilen hallerden biri içinde gerçekleşmiş olması, olayın iş kazası sayılması için gerekli ve yeterlidir⁶³³.

Benimsediğimiz bu anlayış doğrultusunda, Yargıtayın da kabul ettiği üzere, Kanunun 13. maddesinde sayılan hal ve durumlar mevcutken sigortalının *kronik kalp yetmezliğine bağlı* olarak kalp krizi geçirmesi, dışsallık unsuru olmasa bile iş kazası olarak sayılabilir⁶³⁴. Buna mukabil, öğretide *dışarıdan bir etken olmaksızın* kalp krizi geçirmenin kural olarak kaza olmadığı ve işyerinde gerçekleşmiş olsa dahi bu durumun iş kazası olarak kabulünün mümkün olmayacağı ileri sürülmüştür⁶³⁵. Hiç kuşkusuz, böyle bir durumda olay, dışsal etki bulunmadığından “dar anlamda kaza” kavramı içinde nitelenemez. Ancak kanımızca sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazasında, dışsal etki zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde çok büyük bir role sahip olmayabilir ve hatta hiç bulunmayabilir. Sigortalının içinde olan rahatsızlığın dışa yansımada, dışsal etken söz konusu ise, evleviyetle iş kazasından bahsedilebileceği konusunda ise şüphe duyulmamalıdır. Örneğin, işyerindeki sıcaklık, yük kaldırma, tartışma vb. dış etki kişideki kalp rahatsızlığını tetikleyerek ortaya çıkarmışsa, olay - diğer şartların da varlığı halinde- iş kazası olarak nitelenmelidir⁶³⁶. Nitekim Yargıtay 506 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu kararında, davacının işyerinde çuval

⁶³³ **Akın**, Maddi Tazminat, 24.

⁶³⁴ Y. 21. HD., 08.02.2011 t., E.2010/9728, K.2011/801, kararın değerlendirilmesi için bkz. **Saraç**, Kalp Krizi, 125; Yazara göre, “...kararda, işçinin kalp krizi sonucu işyerinde ölmesi şeklindeki iş kazasının iki farklı hukuki sonucundan, yani Sosyal Güvenlik Kurumu’nun edim yükümlülüğünü gerektiren ve işverenin hukuki sorumluluğunu gerektiren yönlerinden söz edilmiştir. Kalp krizi sonucu işyerinde ölmenin, olay tarihinde yürürlükte olan 506 sayılı Yasa m.11/A çerçevesinde sigortalı veya yakınlarına Kurumdan sigorta edimi talep hakkı veren nitelikte bir iş kazası olduğu konusunda bir tereddüt olmasa da, kararda belirtildiği gibi, bu iş kazasından dolayı işverenin hukuki sorumluluğunun doğması, iş kazasının meydana gelmesini engellemeye yönelik olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamış olmasına, yani iş kazası (olayda kalp krizi sonucu ölümü) ile alınmayan önlemle arasında uygun nedensellik bağının bulunmasına sıkı sıkıya bağlıdır.” YHGK, 13.10.2004 t., E.2004/21-529, K. 2004/527, kararın değerlendirilmesi için bkz. **Uşan**, Fatih: İşyerinde Geçirilen Kalp Krizi İş Kazası mıdır?, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 10, 2005, 119-126 ; Y. 10.HD., 05.07.2004 t., E.2004/4465, K.2004/6425; Y.21. HD., 12.04.2004 t., E.2004/501, K.2004/3531, kararlar için bkz. www.legalbank.net

⁶³⁵ **Caniklioğlu**, Değerlendirme I, 344. *Yazar*, işyerinin uygun olmayan koşulları nedeniyle işçinin aşırı zorlanması neticesinde kalp krizi geçirmesi durumunda ise, olayın iş kazası olarak sayılması gerektiğini belirtmiştir, 344; ayrıca bkz. **Uşan**, Değerlendirme, 390.

⁶³⁶ Bir varlığın, sert cismin, elektrik akımının, sıcaklığın, nemin vb. unsurların dışsal etkiyi sağlamaya yeterli sayılabileceği haklı olarak ifade edilmiştir, bkz. **Akın**, Maddi Tazminat, 21.

kaldırırken mevcut rahatsızlığının artmış olmasının, olayın kaza olarak nitelendirilmesine engel olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶³⁷.

Öğretide bir görüş tarafından dışsal etkinin, kaza ile hastalığın ayırımına yardımcı olduğu ileri sürülmüştür⁶³⁸. Gerçekten, bir çok durumda söz konusu unsur, ayrımı kolaylaştırmaktadır. Bu noktada sosyal güvenlik hukuku bakımından dışsal etkinin hiç aranmayacak olması, hastalık ve kaza kavramlarının karıştırılması sonucunu doğuracağı endişesini haklı olarak oluşturabilirse de, anilik unsuru iki kavramı birbirinden ayırmaktadır.

Konumuz açısından önemle vurgulamak gerekir ki, dışsal etkinin sigortalılar bakımından farklı değerlendirmeye tabi tutulmasını gerekli kılan yasal düzenlemenin olmaması, eşitlik ilkesi açısından da isabetli olmuştur. Buna göre dışsal etki, kısa vadeli sigorta kollarına tabi sigortalılar açısından aynı içeriğe sahiptir.

bbb) Ani Olay

Dar anlamda kazada olduğu gibi sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazasının varlığı için de sigortalıya zarar veren olay, ani ve çok kısa bir zaman zarfında meydana gelmelidir. Daha net bir ifadeyle sigortalı, ani veya kısa zamanda ortaya çıkan içsel veya dışsal olay neticesinde zarara uğramalıdır⁶³⁹. Ancak olayın ani niteliği, sosyal güvenlik hukuku açısından çok dar yorumlanmamalıdır. Başlangıcı ve sonu belli olan tek ve bir defalık oluş, ani olay olarak nitelenmelidir⁶⁴⁰. Dolayısıyla, olayın bir anda değil, bir bütün olarak bir defada doğması, anilik unsurunu ortadan kaldırmaz⁶⁴¹. Olayın bir defada bir bütün olarak doğmasına ilişkin olarak, zehirlenmeler örnek gösterilebilir. Bundan başka, yukarıda da ifade edildiği üzere, güneşin etkisiyle vücutta gelen arızalar da, olayın muayyen süre devam ettiğine örnek teşkil etmektedir.

⁶³⁷ Y. 10. HD., 27.01.2005 t., E. 2004/8211, K. 2005/307, www.legalbank.net

⁶³⁸ Atabek, 42.

⁶³⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 331; Balcı, 96. İş kazasında anilik unsurunun önemsiz sayılamayacağı belirtilmiştir, bkz. Akın, Maddi Tazminat, 22.

⁶⁴⁰ Ulsan, 72; Eren, Sorumluluk, 10. Atabek de, bazı hallerde müdahalenin muayyen süre devam ettiği durumlarda kazanın varlığından bahsedilebileceğini belirtmiştir, bkz. Atabek, 41.

⁶⁴¹ Akın, 22.

Dar yorum yapılmamasının bir gereği olarak, sosyal güvenlik hukuku bakımından bu unsurun beklenmeyen ya da umulmayan olayı ifade ettiği savunulamaz⁶⁴². Zira aşağıda ele alınacağı üzere, intihar gibi bazı olaylar bakımından aniliğin, beklenmeyen özelliği ortadan kalkmaktadır⁶⁴³. Zararın ortaya çıkışının ani nitelik taşıması ise gerekli değildir⁶⁴⁴. Gerçekten, 13. maddede “...sigortalıyı hemen veya **sonradan** bedenen ya da engelli hale getiren olaydır...” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme gereği, zarar hemen veya sonradan meydana gelebilir⁶⁴⁵.

Açıklananlar doğrultusunda misal olarak, işyerinde yenilen yemekten zehirlenen işçiler için kaza, yemek yedikleri sırada gerçekleşmiştir. İşyerinde yemekten zehirlenen bağımsız çalışan için de aynı durumu kabul etmek isabetli olacaktır. Ancak kazanın neticesi, zehirlenme belirtilerinin ortaya çıkması ile kendini göstermiştir⁶⁴⁶. Aynı şekilde, gazdan zehirlenme örneğinde de, dıştan gelen ve *muayyen süre devam eden* bir etken söz konusudur. Bu olay sonucu 3-4 saat sonra hayatın kaybedilmesi halinde, olay kaza niteliğini yitirmez. Bu unsur bakımından da hukuki statü temelinde herhangi bir farklılık yaratılmamıştır.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki anilik unsuru, sosyal güvenlik hukuku bakımından önemsiz sayılmamakla birlikte, sadece olayın kısa sürede ya da bir bütün olarak muayyen sürede oluşmasını ifade etmektedir. Esasen, aşağıda da belirtildiği üzere, olayın ani niteliği iş kazası kavramını, meslek hastalığı kavramından ayırt etmede kullanılmaktadır⁶⁴⁷. Anilik unsurunun görünümü de bağımlı ve bağımsız çalışanlar açısından farklı değildir.

⁶⁴² Olayın ani olması unsurunun dahi iş kazasında her zaman bulunmadığı ileri sürülmüştür, bkz. **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 295.

⁶⁴³ Anilik unsurunun iş kazasında her zaman bulunmadığı, örneğin sigortalının tetanos mikrobi alması sonucu ölmesi halinde, iş kazasından bahsedileceği ifade edilmiştir, bkz. **Sözer**, 1897. Kanımızca, anilik unsurunun iş kazasında hiç bulunmaması değil, daha sınırlı şekilde bulunması gerekmektedir. Aktarılan örnekte de tetanos mikrobunun kapılmasında anilik söz konusu olabilir.

⁶⁴⁴ **Uluslan**, 72; **Başboğa Şahbaz**, 10.

⁶⁴⁵ 506 sayılı Kanun zamanında da, iş kazası kavramı açıklanırken, sigortalıyı hemen veya sonradan bedensel zarara uğratan olaydan bahsedildiği ileri sürülerek, zararın kazadan hemen sonra oluşmasının gerekmediği, uygun illiyet bağı korunduğu sürece zararın daha sonra da ortaya çıkabileceği haklı olarak belirtilmiştir, bkz. **Akın**, Maddi Tazminat, 20.

⁶⁴⁶ **Uluslan**, 72, 73; **Balcı**, 95.

⁶⁴⁷ **Atabek**, 42; **Tuncay/Ekmekçi**, 284; **Sözer**, İş Kazası ve Meslek Hastalıkları, 412; **Akın**, Maddi Tazminat, 22; **Balcı**, 96.

ccc) İstenilmeyen Olay

İçsel ya da dışsal olayın, kazalanan kişi tarafından istenilmemiş olması dar anlamada kaza kavramının unsuru olarak kendini göstermektedir. Ancak bu unsurun sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası kavramının da unsuru olup olmadığı tartışmalıdır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, sigortalının kastının bulunması halinde iş kazasından bahsedilemez⁶⁴⁸. Diğer görüşe göre ise, sigortalının kendi kusuru sonucu uğradığı kaza da iş kazası sayılabilir⁶⁴⁹. Bu görüş tarafından -506 sayılı Kanunda olduğu gibi- 5510 sayılı Kanunda da, istenerek gerçekleştirilen bir olayın iş kazası sayılmasına engel düzenlemenin olmadığı ileri sürülmektedir⁶⁵⁰.

Gerçekten, Kanunun 22. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, geçici iş göremezlik ödeneğinin ya da sürekli iş göremezlik gelirin “...ağır kusuru yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan veya hastalanan sigortalının kusur derecesi esas alınarak üçte birine kadar Kurumca eksiltilebileceği”; aynı fıkranın (c) bendinde ise, “Kasdi bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan, hastalanan [...] sigortalıya yarısı tutarında” ödeneceği belirtilmiştir⁶⁵¹.

Kanundaki bu düzenleme nedeniyle, olayın istenmemiş olması yönündeki unsur, sosyal güvenlik hukuku açısından zararlandırıcı olayın iş kazası olarak nitelenmesinde önem taşımamaktadır. Daha net bir ifadeyle, söz konusu unsur, olayın iş kazası sayılıp sayılmamasında değil, sigortalıya yapılacak yardımların belirlenmesi bakımından önem taşır⁶⁵². Dolayısıyla “istememe” unsuru, yapılacak yardımların şartını oluşturur. Bu durumu, hukuki statü gözetmeksizin bütün sigortalılar için kabul etmek eşitlik ilkesi bakımından gereklidir.

⁶⁴⁸ Saymen/Ekonomi, 85; Tuncay/Ekmekçi, 287; Eren, Sorumluluk, 10; Uşan, Değerlendirmeler, 392; Cuhruk/Çolakoğlu/Bükey, 224.

⁶⁴⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 331; Şakar, 217; Sözer, 1896; Centel, İş Kazası, 2.

⁶⁵⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 331; Sözer, Sosyal Sigortalar, 294.

⁶⁵¹ 506 sayılı Kanunda sigortalının kastının bulunması halinde uygulanacak yaptım daha ağır nitelikteydi. Bahsi geçen Kanunun 110. maddesinde, kasti hareketinden dolayı iş kazasına uğrayan sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği ve sürekli iş göremezlik gelirin verilmeyeceği hükme bağlanmıştı.

⁶⁵² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 402. 5510 sayılı Kanunun 22. maddesi, 506 sayılı Kanunun 110. maddesi ile benzerlik göstermektedir. 506 sayılı Kanun döneminde de sigortalının kastının parasal yardımların kapsamını etkileyeceği ileri sürülmüştü, bkz. Atabek, 264; Akın, Maddi Tazminat, 22; Çenberci, 117; Yılmaz, 3.

ddd) Zararın Varlığı

Dar anlamda kaza kavramının unsurlarının iş kazası bağlamında kabul edilebilirliği tartışılabilirse de, “vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm” şeklinde tespit edilen zarar unsurunun, sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazasının da unsuru olduğuna kuşku duyulamaz⁶⁵³. Nitekim 13. maddede, hemen veya sonradan bedenen ya da engelli hale getiren olaydan bahsedilmek suretiyle, olay neticesinde ortaya çıkması gereken zarar unsurunun varlığı kesin bir dille ortaya konmuştur. Bu durum, çalışma şekli ne olursa olsun bütün sigortalılar için geçerlidir. Sigortalılar arasında ayırım yapılmasını gerekli kılan herhangi bir neden de olmadığından, bunlar için aynı esasın benimsenmiş olması, eşitlik ilkesi açısından uygun olmuştur.

Zararın, olaya bağlı olarak gerçekleşecek olması, illiyet bağının varlığını gerekli kılmaktadır. İlliyet bağı, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre gerçekleşen türden zararlı bir sonucu meydana getirmeye elverişli ya da böyle bir sonucun gerçekleştirilmesini kolaylaştıran sebeple sonuç arasındaki bağı ifade eder⁶⁵⁴.

Olay ile zarar arasında belirtilen şekilde bağın olması gerektiği konusunda şüphe bulunmamağaysa da, sosyal güvenlik hukukunda iş kazasında *yapılan işle kaza arasında bağın bulunup bulunmaması gerektiği* üzerinde durulmalıdır⁶⁵⁵. Dar anlamda kazadan farklı olarak, sosyal güvenlik hukukunda bu zararın kimin üzerinde meydana geldiği önem taşır. Dar anlamda kazadan bahsedebilmek için *herhangi bir kişinin* vücut bütünlüğünün ihlaline, dışsal, istenilmeyen, ani olay yol açmalıdır⁶⁵⁶. Buna karşılık, sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazasının ortaya çıkması içinse, vücut bütünlüğündeki zarar ya da ölüm herhangi bir kişi üzerinde değil, *sigortalı* üzerinde meydana gelmelidir⁶⁵⁷. Yürürlükteki düzenleme gereğince, m.4/I,(a) ve (b) bentleri

⁶⁵³ Saymen/Ekonomi, 86; Güzel/Okur/Caniklioglu, 337; Şakar, 218; Taşkent, 1966; Tuncay, İş Kazasının, Unsurları, 3; Tuncay/Ekmekçi, 273; Sözer, 1913; Eren, Sorumluluk, 7, 8; Akın, Maddi Tazminat, 38; Uşan, Değerlendirmeler, 392; Doğan Yenisey, Social Security, 54.

⁶⁵⁴ Eren, Sorumluluk, 10, 12.

⁶⁵⁵ Tuncay/Ekmekçi, 288.

⁶⁵⁶ Akın, Maddi Tazminat, 20.

⁶⁵⁷ Tuncay/Ekmekçi, 286; Akın, Maddi Tazminat, 38; Uşan, Değerlendirmeler, 392. Sigortalının vücut bütünlüğünün ihlalinin ne anlaşılması gerektiği aşağıda açıklanacağından, tekrara sebebiyet vermemek için burada değinilmemiştir. Yüksek Mahkeme de 506 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu kararında “...Zararlandırıcı sigorta olayının, iş kazası sayılması için, 1) sigorta olayına maruz kalan kişinin, Sosyal Sigortalar Kanununun 2'nci madde anlamında sigortalı olması, 2) sigorta olayının, maddede sayılı sınırlı olarak belirtilen hal ve durumlardan birinde meydana gelmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, sigorta olayının, iş kazası sayılabilmesi için iki koşulun

kapsamında sigortalı olanlarla, 5. maddede haklarında iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının uygulanacağı öngörülenler açısından vücut bütünlüğünün ihlali oluşmalıdır. Devlet memurları ve kamu görevlileri içinse DMK’da yer alan düzenlemeler yanında, 5510 sayılı Kanunun uzun vadeli sigortalar kısmında vazife malullülüğü kabul edildiğinden, bunların vücut bütünlüğünde –belirli koşullar altında gelen zararlar- vazife malullüğüne ilişkin düzenlemeler arasında değerlendirilir.

Zarardan etkilenecek kişiler bakımından söz konusu fark, zararın ortaya çıkacağı alanı da etkiler. Gerçekten iş kazası, kazaya uğrayanın mesleki faaliyet alanı içinde yer alır⁶⁵⁸. Dar anlamda kaza ise, kişinin özel hayatı içinde gerçekleşir. Dolayısıyla, sadece mesleki faaliyet içinde kalan zararlandırıcı olaylar, sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası sayılabilir. Bu noktada, hangi durumda gerçekleşen kazanın, yapılan işle bağlantısının mevcut olduğu, yani mesleki faaliyet içinde kaldığı belirlenmelidir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, olayın mesleki faaliyet içinde kalıp kalmadığının belirlenmesi sosyal güvenlik hukuku bakımından farklılık göstermektedir. Buna göre, olayın mesleki faaliyet içinde kaldığının kabulü için zararlandırıcı olay, 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde sayılan hal ve durumlar içinde yer almalıdır⁶⁵⁹. Başka bir ifadeyle, aniden veya çok kısa zaman zarfında meydana gelen zararlandırıcı olay, maddede belirtilen durumlarda ortaya çıkmalıdır. Kanun koyucu, bahsi geçen maddede sınırlı sayıda olmak üzere belirli karineler saptamıştır⁶⁶⁰. Kazanın maddede sayılan hal ve durumlara dahil olması halinde, yapılan işle kaza arasında illiyet bağının varlığını aramaya gerek yoktur⁶⁶¹. Daha net bir ifadeyle, bu durumda kazanın sigortalının mesleki faaliyet alanı içinde kaldığı sonucu, Kanun tarafından ortaya konmuş olup, ayrıca illiyet bağının

birlikte gerçekleşmesi zorunludur...” şeklindeki ifadelere yer vererek, sigortalı olma unsuruna vurgu yapmıştır, bkz. Y. 21.HD., 24.03.2011 t., E.2011/2499, K.2011/2764, bkz. www.legalbank.net, aynı yönde bkz. Y. 21.HD., 15.03.2011 t., E.2010/2191, K.2011/2262, www.legalbank.net

⁶⁵⁸ Tuncay/Ekmekçi, 286; Uşan, Değerlendirme, 392.

⁶⁵⁹ Güzel/Okur/Caniklioglu, 327; Tuncay/Ekmekçi, 267 vd.; Aslanköylü, SSK Yorumu, 410; Uşan, 173. Nitekim 5510 sayılı Kanunun madde gerekçesinde de yapılan iş ile meydana gelen bir kazanın arasındaki illiyet bağı kavramından yola çıkılarak hangi hallerin iş kazası sayılacağı belirtilmiştir, bkz. Şen, 298. 506 sayılı Kanun döneminde de kazanın iş kazası olarak nitelenebilmesi için maddede (m.11/A) sayılan hal ve durumlardan birinin içinde değerlendirilmesi gerektiğini de yukarıda belirtilmiştir, ayrıca bkz. Tuncay, İş Kazasının Unsurları, 3. Aynı doğrultuda olmak üzere, bkz. Sözer, 1898.

⁶⁶⁰ Tuncay/Ekmekçi, 290; Okur, Değerlendirme, 212; Akın, Maddi Tazminat, 25. 506 sayılı Kanun m. 11/A hükmünde sayılan karinelerin kesin olmadığı, aksinin ispatı mümkün olan nisbi karineler olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Tuncay, İş Kazasının Unsurları, 3. Bundan başka, öğretilde Taşkent, maddedeki hal ve durumların iş ile kaza arasında bir nedensellik bağı bulunmasına ilişkin karineler olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir, SSK m. 11/A’daki koşullardan birinin gerçekleşmesi, zararlı sonuç ile kaza olayı arasında illiyet bağı olması halinde olayın iş kazası olarak değerlendirilmesi için yeterlidir, Taşkent, 1955.

⁶⁶¹ Akın, Maddi Tazminat, 40.

varlığı aranmaz. Yoksa kazanın mutlaka yapılan işten kaynaklanması gerektiği şeklindeki bir illiyet bağı sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazasının belirlenmesi için aranmaz⁶⁶². Misal olarak, *işyerinde* top oynarken, çocuk emzirirken zararlandırıcı olayla karşılaşılması, normal şartlar altında mesleki faaliyet olarak değerlendirilemez. Ancak kanun koyucu kendisi bu illiyetin bu hallerde var olduğunu kabul etmiştir.

Mülga Kanun dönemindeki Yargıtay kararlarında da, iş kazasının -yürürlükteki Kanunun 13. maddesinin kaynağını oluşturan- SSK m. 11’de sayılan hallerden birine dahil olması gerektiği belirtilmiştir⁶⁶³. 506 sayılı Kanun döneminde verilmiş olan ve 5510 sayılı Kanunla iş kazası bakımından benzer düzenlemenin benimsenmiş olmasından dolayı geçerliliğini koruyan Hukuk Genel Kurulu kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “...bir kazanın hangi ve hal durumlarda iş kazası sayılacağı yer ve zaman koşullarıyla sınırlanarak belirtilmiştir. [...]iş kazası maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan herhangi birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır.”⁶⁶⁴. Buna göre, 506 sayılı Kanun döneminde kazanın SSK m.11, 5510 sayılı Kanunun ise, 13. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) bentlerinde sınırlı olarak belirlenmiş durumlardan birine dahil olması gerekir. Aksi halde sigortalının herhangi bir ani olay sonucu zarara uğraması, sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazasının varlığı için yeterli değildir⁶⁶⁵.

Zararlandırıcı olayın maddede sayılan hallere dahil olup olmamadığının belirlenmesinde, farklı bir deyişle işle kazanın mesleki faaliyet sınırlarına dahil olup olmasının ortaya konmasında, bazı durumlarda işverenin otoritesi altında bulunma

⁶⁶² Öğretide *Uşan* sigortalının gördüğü işle kaza olayı arasında bağlantı olması gerektiğini belirtmiştir. *Yazara* göre olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre meydana gelen kaza, sigortalının gördüğü işin sonucu olmalıdır, bkz. *Uşan*, Değerlendirmeler, 393.

⁶⁶³ Y. 10.HD., 29.03.1979 t., E. 1978/8413, K. 1979/2759, www.hukukturk.com. Bu anlayış doğrultusunda, 506 sayılı Kanun dikkate alındığında, zararlandırıcı olayın, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, çocuğa süt vermek için ayrılan zamanlarda veya işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirmeler esnasında gerçekleşmesi halinde iş kazasından bahsedilebilecektir. 506 sayılı Kanun açısından hangi hal ve durumlarda meydana gelen kazanın iş kazası sayılması gerektiğine ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 11. Bası, 291 vd.; *Tuncay*, İş Kazasının Unsurları, 3; *Tuncay/Ekmekçi*, Esaslar, 292 vd.; *Taşkent*, 1951 vd.; *Tunçomağ*, 259; *Sözer*, 1893 vd; *Aslanköylü*, SSK Yorumu, 201 vd.; *Ul*, 14.

⁶⁶⁴ YHGK., 13.10.2004 t., E. 2004/21-529, K. 2004/527, www.legalbank.net

⁶⁶⁵ *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 327; *Aslanköylü*, SSK Yorumu, 410.

ölçütünden hareket edilmektedir⁶⁶⁶. Başka bir deyişle, bir olayın maddede sayılan hal ve durumlara dahil olup olmadığı tartışmalı ise, işverenin otoritesi altında bulunma ölçütü esas alınır. Şüphesiz bu ölçüt, bağımsız çalışanlar için uygulanabilir nitelikte değildir. Buna göre sigortalı, işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu sırada bir kazaya uğramışsa, olay madde kapsamında kabul edilmelidir⁶⁶⁷. Ancak Yargıtayın -her zaman olmasa bile bazı kararlarında- belirttiğinin aksine, işverenin emir ve talimatı ölçüsüyle, maddede sayılan hal ve durumların ilişkilendirilmesi çok uygun değildir. Başka bir deyişle, Yüksek Mahkemenin 506 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararında, 11. maddede (5510 sayılı Kanunda m.13) sayılan halleri, işçinin işverenin otoritesi ve sorumluluğu altında bulunduğu durumlar olarak kabul etmesi her zaman için doğru kabul edilemez⁶⁶⁸. Aksi düşünce, madde sayılan hal ve durumların uygulanmasını kısıtlar. Başka bir deyişle, olayın maddede sayılan hallere dahil olduğu belirlendikten sonra, ayrıca sigortalının işverenin otoritesinde olup olmadığının tespitine gerek yoktur. Kısaca ifade etmek gerekirse, yukarıdaki kararda da ifade edildiği üzere, olay madde kapsamında ise, artık işverenin emir ve talimatı altında olup olmadığı tartışılmaksızın, iş kazası olarak değerlendirilmelidir. Buna mukabil, madde kapsamına girip girmediği şüpheli bir olay var ise, bu noktada söz konusu ölçüt mutlaka dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Aşağıda da ifade edildiği üzere, görev tanımında olmasa bile bakkala kendi iradesi ile giden ya da gönderilen işçi, zararlandırıcı olayla karşılaşır, bu durum işveren tarafından yürütülmekte olan iş olgusuna dahil edilmeli ve iş kazası olarak kabul edilmelidir.

cc) Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Kavramın Tanımı

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazasından bahsedebilmek için “kişi unsuru”, “olay unsuru”, “zarar unsuru” olmak üzere üç unsurun bulunması gerektiğini ileri sürmek mümkündür⁶⁶⁹. “Kişi unsuru” kazaya uğrayanın sigortalı olmasını, “olay unsuru” kazanın maddede sayılan haller arasında yer

⁶⁶⁶ Tuncay/Ekmekçi, 273.

⁶⁶⁷ Eren, 13; Güzel/Okur/Caniklioglu, 411. Bununla birlikte, olayları kendi içinde değerlendirerek bir sonuca ulaşmanın daha yerinde olacağı da ileri sürülmüştür, bkz. Elbir, 42.

⁶⁶⁸ Y. 10. HD., 05.07.2004 t., E. 2004/4465, K. 2004/6425, www.legalbank.net

⁶⁶⁹ Çenberci/Uygur, 333. Öğretide Alper iş kazasının unsurlarını, kişi unsuru, kazaya uğrama ve zarar görme unsuru, olay unsuru, kaza ile sigortalının uğradığı zarar arasındaki ilişki unsuru olarak belirtmiştir, bkz. Alper, Sosyal Sigortalar, 192 vd. Bundan başka, iş kazasının unsurlarının sigortalı olma, kaza geçirme, istenilmeyen, ani olay ve uygun illiyet bağı olarak da sayıldığı görülmektedir, bkz. Uşan, Değerlendirmeler, 392.

almasını ve zararlandırıcı olayın mesleki faaliyet içinde değerlendirilmesini, “zarar unsuru” ise olaya bağlı olarak sigortalının vücut bütünlüğünün ihlal edilmesini ifade eder. Bunların yanında, sigorta yardımlarının sağlanması için, yardımları sağlayacak kurumun bilgilendirilmesi/haberdar olması işin doğası gereğidir. Kuruma bildirim haber verme niteliğini haizdir⁶⁷⁰. Kanun koyucu, özellikle olay unsuru açısından sigortalılar arasında farklı düzenleme yapmıştır. Bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği, hukuki statünün ayrımı kılan haklı neden olup olmadığı unsurlar ele alınırken incelenecektir.

Sosyal güvenlik hukuku anlamındaki yapılacak iş kazası tanımının, tespit edilen üç unsuru içermesi yerinde olacaktır. Buna mukabil, öğretide kapsamı daha kısıtlı biçimde ve iş kazasından çok, dar anlamda kaza kavramının unsurları dikkate alınarak tanım yapıldığı görülmektedir. Gerçekten, öğretide iş kazası, “*sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olay*” olarak tanımlanmıştır⁶⁷¹. Esasen, kanunda sayılan hallerin varlığında sigortalının işverenin otoritesi altında olduğu kabul edilir. Ancak buna rağmen, aşağıda da ifade edileceği üzere, yürürlükteki düzenleme karşısında söz konusu tanım dar kapsamlı kalmaktadır. Bundan başka öğretide, iş kazasının, kanundaki düzenlemeye göre, birdenbire veya hiç değilse kısa bir zaman parçası içinde ortaya çıkan, kanunda belirtilen durumlarda meydana gelen ve sigortalıyı bedence veya ruhça zarara uğratan olay olduğu belirtilmiştir⁶⁷².

5510 sayılı Kanunda benimsenen sistem, iş kazası kavramının “bağımsız çalışanlar” da dikkate alınarak tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten, sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası hallerinin sayıldığı 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde, *herhangi bir işverenin otoritesi altında olmayan bağımsız çalışanların da işyerinde*

⁶⁷⁰ 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olduğu halde, 8. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen süre içerisinde bildirimde bulunmayanlara, bildirimde bulunulmayan sürede meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, analık halleri sonucu ilgililerin gelirler ve ödenekleri Kurumca ödenemeyecektir (SSGSSK m. 21/3). Dolayısıyla, bağımsız çalışanların belirli süre içinde zararlandırıcı olayı bildirmemesi halinde, geçici iş göremezlik ödeneğine bildirim tarihinden itibaren hak kazanacak olmaları karşısında, bildirim sadece bu yardım bakımından bağımsız çalışanlar için zorunlu unsur olarak kabul edilmelidir. Ancak iş kazası bakımından zorunlu unsur olarak nitelenemez.

⁶⁷¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 398; Tuncay/Ekmekçi, 286; Ayrıca bkz. Tunçomağ, 259; Eren, Sorumluluk, 5; Uluşan, 70; Uşan, 172; aynı yazar, Değerlendirme, 392; Çenberci/Uygur, 330; Yalçınduran, 153 vd.

⁶⁷² Taşkent, 1951. İş kazasının tanımı bakımından 4 görüş olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Atabek, 49, 50.

*bulundukları sırada ya da yürütmekte oldukları iş nedeniyle maruz kaldığı kaza, iş kazası olarak kabul edilmiştir*⁶⁷³. Dolayısıyla, yapılacak tanımda artık bu husus da göz önüne alınmalıdır. Aksi halde, bağımsız çalışanları tanımın dışında bırakmak, hem yürürlükteki düzenlemeye aykırı olacak hem de herhangi bir haklı gerekçe olmadan ayırım yapılması anlamına geleceğinden eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, dar anlamda kaza kavramının unsurlarının, her zaman sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazasının unsurları olarak mutlak biçimde kabul edilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁶⁷⁴. Ulaşılan bu sonuç neticesinde, sosyal güvenlik hukuku açısından kaza kavramının daha geniş nitelikte olduğu ve dar anlamda kazanın 13. maddedeki haller içinde gerçekleşmesi halinde, evleviyetle iş kazasından bahsedilebileceği düşüncesi benimsenmiştir⁶⁷⁵. Böylece, dar anlamda kaza kavramının unsurlarının tamamının, iş kazasının tanımlanmasında dikkate alınmaması da yerinde olur. Şüphesiz, genel anlamda kaza kavramı da, sosyal güvenlik hukuku bakımından farklı nitelik taşır. Nitekim öğretideki bir görüş, Sosyal Sigortalar Kanunu'ndaki iş kazasının, genel anlamda kaza kavramından farklı nitelikte olduğu yönündedir. Buna göre, borçlar hukuku kapsamında tanımlanan kaza, vücut bütünlüğünü bozan, dışarıdan gelen ve ani nitelikli istenilmeyen bir olayı ifade eder; diğer taraftan, Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında yer alan işçinin vücuduna zarar veren olayın, Kanunda belirtilen haller içinde gerçekleşmiş olması ise, sosyal güvenlik bakımından iş kazası sayılması için yeterlidir⁶⁷⁶.

Sonuç olarak, sosyal güvenlik hukukunda iş kazasının unsurları olarak tespit edilen “kişi”, “olay” ve “zarar” unsurlarının yapılacak tanım ile yansıtılması gerekir⁶⁷⁷. Buna göre, sosyal güvenlik hukuku açısından kavram, “*kanunda sınırlı şekilde belirtilen haller içinde gerçekleşmiş olan ve kısa vadeli sigorta kolları kapsamındaki sigortalının vücuduna zarar vererek, gelirinde kayba ve giderinde artışa neden olan olay*” şeklinde tanımlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

⁶⁷³ Güzel/Okur/Caniklioglu, 327.

⁶⁷⁴ bkz. §7, I, 1, b, bb.

⁶⁷⁵ Şakar, 217; Borçlar hukuku anlamındaki kazanın “borçlunun fiillerinden bağımsız, önceden öngörülmesi ve kendisinden kaçınılması olanaksız bir olayı” anlattığı belirtilmiştir, bkz. Tunçomağ, 259.

⁶⁷⁶ Centel, İş Kazası, 2; Akın, Maddi Tazminat, 24.

⁶⁷⁷ Unsurların açıkça ortaya konabilmesi açısından hükümdeki düzenleme yanında “Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Tebliği” (RG. 28.09.2008, 27011) ve “5510 sayılı Kanunun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Uygulamaları” Konulu “2008/108 sayılı Genelge” de dikkate alınmalıdır.

2. İş Kazası Kavramının Unsurları Bakımından Sigortalılar Arasında Yaratılan Farklılıklar

a) Kişi Unsuru: Kısa Vadeli Sigorta Kolları Kapsamında Sigortalı Olma

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde “...sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay” ifadesine yer verildiğinden, sigortalının zararlandırıcı olayla karşılaşması zorunludur. Zararlandırıcı olay ile karşılaşan kişinin sigortalı olmaması durumunda 5510 sayılı Kanun kapsamında iş kazasından bahsedilemeyecektir⁶⁷⁸. Bu bakımdan, Kanunun 6. maddesinde sigortalı sayılmayanlar arasında yer alan kişinin geçirdiği kaza iş kazası olarak kabul edilmeyecektir. Kanunun 3. maddesinde sigortalı ‘kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi’ biçiminde tanımlanmıştır. Kanun sistematığıne uygun biçimde sigortalı kavramını geniş biçimde değerlendirmiş ve sadece bağımlı çalışanları değil, bağımsız çalışanları da sigortalı kavramı kapsamına almıştır⁶⁷⁹.

İş kazası ve buna ilişkin yardımlar, kısa vadeli sigorta hükümleri kapsamında düzenlendiğinden, kazaya uğrayan sigortalının *kısa vadeli sigorta kolları* bakımından adına prim ödenmesi gereken veya adına kendisi prim ödeyen kişidir. Dolayısıyla, iş kazası, Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan sigortalılar ile 5. maddesinin (a), (b), (c), (e) ve (g) fıkralarında sayılan sigortalıların maruz kaldığı zararlandırıcı olaylar için gerçekleşebilecektir. Yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki, 5. maddede sayılan sigortalıların çalışma şekli, iş sözleşmesine tabi ya da bağımsız çalışma olarak nitelenemeyeceğinden, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının düzenlendiği bölümün başlığının “Hizmet Akdiyle ve Hesabına Bağımsız Çalışan Sigortalıların Tabi Olduğu Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri” olarak yer alması isabetli olmamıştır.

“Sigortalı sayılanlar” başlıklı 4. maddede sosyal sigortalıların kimler olduğu çalışma şekli temeline dayalı hukuki statüleri dikkate alınarak belirtilmiştir. Hukuki statüye göre

⁶⁷⁸ Alper, Sosyal Sigortalar, 192; Korkusuz/Uğur, 307.

⁶⁷⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 398-399; Korkusuz/Uğur, 305.

tabi olunan sosyal sigortanın tespiti bu Kanunla getirilmiş bir yenilik olmadığı gibi, Kanun yeni hukuki statü modelleri getirmemiş, eski sosyal sigorta kanunlarının kapsamında olanları aynı maddenin farklı bentlerinde düzenleyerek tek çatı esasını gerçekleştirmeye çalışmıştır. Gerçekten 506 sayılı Kanuna tabi olanlar m.4/I,(a), 1479 ve 2926 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılar m.4/I,(b), 5434 sayılı Kanun kapsamında olanlar ise m.4/I,(c) hükmü gereği sigortalı sayılmışlardır (5510 s.K. geç. m.1). Bundan başka 2925 sayılı Kanunun bazı hükümleri yürürlükte bırakılarak, bu Kanun gereğince sigortalı sayılanlar bazı koşullarla 5510 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. 5510 sayılı Kanunun ek 5. maddesi uyarınca, tarım ve orman işlerinde iş sözleşmesiyle süresiz biçimde çalışanlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları bakımından yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının uygulanacağı öngörülmüştür. Bunların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmeleri için bahsi geçen maddede aranan şartlar aşağıda eşitlik temelinde incelenmiştir.

Her ne kadar kişi bakımından kapsama ilişkin kanun koyucu, eşitlik ilkesine aykırı sınırlandırma öngörmemiş ve kural olarak iş sözleşmesi ile çalışan ya da bağımsız çalışan bütün sigortalıları kapsama almışsa da, aşağıda açıklanacak olay unsurunun uygulama alanının kişi bakımından sınırlandırılması, bu yaklaşımın öneminin yitirilmesine neden olmuştur. Başka bir deyişle, olay unsuruna ilişkin düzenleme, iş kazasının kapsamındaki bütün sigortalılar için aynı sınırlar içinde gerçekleşmesi olanağını ortadan kaldırmış ve eşitlik ilkesine aykırı durum yaratılmıştır.

b) Olay Unsuru: Sigortalıların Kanunda Belirtilen Hal ve Durumlar İçinde Kazaya Uğraması

aa) Sigortalının İşyerinde Bulunduğu Sırada Kazaya Uğraması

aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki düzenleme, 506 sayılı Kanun döneminde, 1479 sayılı Kanun kapsamında olan sigortalılar için de uygulanabilir nitelikteydi. Gerçekten, 1479 sayılı Kanunun üç maddesinde “iş kazası” ifadesine yer verilerek, bu sosyal riskin bağımsız çalışanlara sağlanan bazı sigorta

yardımlarına hak kazanma şartlarını etkilediği belirtilmişti. Söz konusu maddelerde geçen iş kazası kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusu ise, Kanunun 82. maddesinde yanıtlanmıştı. Anılan maddede, Kanunda geçen iş kazası teriminin kapsamının tayininde, 506 sayılı Kanun hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştı⁶⁸⁰. Dikkat edilirse, 1479 sayılı Kanunun 82. maddesinde, 506 sayılı Kanun hükümlerinin “aynen” değil, “kıyas” yoluyla uygulanacağı düzenlenmişti⁶⁸¹. Zira 1479 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalıların çalışma faaliyetlerinin farklı olması nedeniyle, kanun koyucu hükmün aynen uygulanmasını öngörmemişti⁶⁸². Ancak öğretilde, buradaki kıyasın mutlak anlam taşıdığı da ileri sürülmüştü⁶⁸³.

506 sayılı Kanunun 11/A,(a) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde bağımsız çalışan sigortalının işyerinde herhangi bir nedenle geçirdiği kaza, iş kazası sayılabilecekti⁶⁸⁴. Şu halde, bahsi geçen hükmün bağımsız çalışan sigortalılar için de uygulanmasını engelleyen bir durum söz konusu değildi. Nitekim, Yüksek Mahkeme bir kararında “...*murisin 03.02.2001 tarihinde nakliye işinde kullandığı ve eşi adına kayıtlı kamyonu işe gitmek için bindikten sonra kamyonundan yere düştüğü [...] somut olayda 506 sayılı Yasanın 11. maddesinin olaya kıyasen uygulanması zorunlu olduğundan, vergi, oda ve sicil kayıtlarına göre nakliyecilik işi yaptığı açık olan murisin olay günü işi nedeniyle kamyonu bindikten sonra düşmesiyle gelişen olay açıkça iş kazası olduğu...*” şeklinde sonuca ulaşarak, işin yapıldığı aracı, işyeri olarak kabul etmiş ve burada gerçekleşen kazayı iş kazası olarak nitelemiştir⁶⁸⁵.

Tarımda kendi adına ve hesabına çalışan sigortalıları kapsayan 2926 sayılı Kanunda ise iş kazası, “tarımsal faaliyetleri dolayısıyla zarara uğramaları” şeklinde belirlenmişti (m.3/g). Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında, 2926 sayılı Kanuna tabi zorunlu Bağ-Kur sigortalıları yönünden olayın iş kazası olarak kabulü için Kanunda yer alan iş kazası tanımındaki unsurların gerçekleşmesi, zarara uğratan olayın “tarımsal

⁶⁸⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 11. Bası, 675; Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, 519; Çenberci/Uygur, 327; Akın, Sigorta Yardımları, 135.

⁶⁸¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 11. Bası, 675; Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, 519; Çenberci/Uygur, 327.

⁶⁸² Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, 520.

⁶⁸³ Çenberci/Uygur, 327.

⁶⁸⁴ Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, 520; Çenberci/Uygur, 327; Turan, 122.

⁶⁸⁵ Y. 21. HD., 22.01.2009 t., E. 2008/1727, K. 2009/563, www.legalbank.net

faaliyet dolayısıyla” ortaya çıkması, “dolayısıyla” kelimesinin ise, “sebebiyle, yüzünden” anlamlarını içerdiği, tarımsal faaliyet yüzünden zararlandırıcı olayın oluşması gerektiği görüşünü isabetli biçimde kabul etmiştir⁶⁸⁶. Bir başka deyişle, tarımda bağımsız çalışanlar ile diğer bağımsız çalışanlar ve iş sözleşmesine tabi çalışanlar açısından işyerinde gerçekleşen zararlandırıcı olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi noktasında yeknesaklık bulunmamaktaydı. Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanundan önce –tarımda bağımsız çalışanlar hariç olmak üzere- bağımsız çalışan sigortalıların işyerinde geçirmiş olduğu kazalar 1479 sayılı Kanunun 82. maddesi gereği iş kazası sayılabiliyordu⁶⁸⁷. Bağımsız çalışanlar arasında işyerinde gerçekleşen kazanın farklı nitelenmesini haklı kılan objektif bir neden ise bulunmamaktaydı.

Yürürlükteki düzenlemeden önce, *aynı işi iş sözleşmesine tabi biçimde yapmasına rağmen*, sigortalılar bakımından norm birliğinin sağlanamadığı bir durum da bulunmaktaydı. Tarım işlerinde iş sözleşmesi ile *süreksiz* olarak çalışanların sosyal güvenliğinin sağlandığı 2925 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılar için sadece sigortalının işyerinde bulunduğu sırada ve işi ile ilgili olarak meydana gelen olaylar, iş kazası olarak sayılmıştı⁶⁸⁸. Zira Kanunda açıkça “*Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada ve işi ile ilgili olarak meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça zarara uğratan olay*” ifadelerine yer verilmişti (m.3/1). Dolayısıyla, *tarım işinde iş sözleşmesiyle süreksiz biçimde çalışanlar* için “işyerinde bulunma ölçütü” yeterli değildi. İşyerinde bulunduğu sırada, işten dolayı kazanın gerçekleşmesi gerekliydi. Maddedeki “ve” bağlacı, iki durumun birlikte ortaya çıkmasının zorunlu olduğu sonucunu doğuruyordu. Oysa aynı işi, kamu sektöründe ücretle yapan sigortalı – işin sürekli ya da süreksiz olması önem arz etmeksizin- 506 sayılı Kanun kapsamında sayıldığından (506 s.K. m.3/I,A), bunların işyerinde karşılaştığı zararlandırıcı olay – zarar ile yapılan iş arasında bağlantı kanun gereği var sayılarak (506 s.K. m.11/A,a)- iş

⁶⁸⁶ YHGK., 14.10.2009 t., E. 2009/10-374, K. 2009/431, aynı yönde bkz. Y. 10.HD., 21.12.2009 t., E. 2008/15850, K. 2009/18966, www.legalbank.net

⁶⁸⁷ **Tuncay/Ekmekçi**, Esaslar, 520; **Çenberci/Uygur**, 327; **Turan**, 122.

⁶⁸⁸ İşle ilgili olaylardan kastedilen tarımsal faaliyetlerdir. Buna mukabil, 2925 sayılı Kanunda kavram tanımlanmadığı gibi, 5510 sayılı Kanunda sadece bağımsız çalışanlar için açıklanmıştır. Kanunun m.3/19 hükmünde yapılan tanım, 2926 sayılı Kanundaki düzenlemeye benzemektedir. Öğretide, tarım ve orman işlerinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda 506 sayılı Kanun dönemine ilişkin 1977 tarihli genelgesinin de dikkate alınması mümkün olduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu genelgede (RG.28.10.1977, 16098), “orman ve tarım işleri deyimi arazide, deniz, göl ve nehirlerde ekim, dikim, bakım ve yetiştirme yolu ile bitki, orman, hayvan, balık ve bunların mahsullerinin istihsalini ifade eder.” bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 266. Esasen söz konusu tanım, 5510 sayılı Kanundaki tanımdan çok farklı değildir.

kazası olarak nitelenmekteydi. Benzer şekilde, iş sözleşmesine tabi olarak *sürekli* nitelikteki bir tarım işinde çalışan sigortalı da, 506 sayılı Kanun kapsamında bulunduğundan (506 s.K. m.3/I,A,b), işyerinde geçirdiği kaza, iş kazası olarak değerlendiriliyordu.

Kısaca ifade etmek gerekirse, 506 sayılı Kanun kapsamındakiler için anılan Kanun kapsamındaki tarım işinde çalışanlar da dahil olmak üzere, “işyerinde bulunma ölçütü” yeterliydi. Ancak aynı iş olmasına karşın, tarım işi bakımından hem çalışılan sektöre göre hem de işin niteliği gereği otuz günden az sürüp sürmemesine göre farklı anlayışlar benimsenmişti. Yasama organı sınıflandırma hak ve yetkisine sahip olmakla beraber, bu yetkinin sınırsız biçimde tanınmamış olması, eşitlik ilkesi ile sınırlandırılmış olması karşısında, benzer durumda olan sigortalıların farklı hükümlere tabi kılınması haklılaştırılmalıydı. Yaptıkları iş ve çalışma koşulları bakımından aynı durumda olanlar arasında, işin süresi ve özellikle çalışılan sektör, işyerinde gerçekleşen kazanın iş kazası olarak nitelendirilmesi noktasında, ayrımı haklı kılan sebep teşkil etmediğinden yürürlükten önceki düzenlemede eşitlik ilkesine aykırı durum söz konusuydu.

bbb) Unsurun Kişi Bakımdan Uygulama Alanı

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, 5510 sayılı Kanunun m.13/I,(a) bendinde “*Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada...*” meydana gelen ve kendisini bedenen veya ruhen özre uğratan olayla karşılaşması iş kazası olarak kabul edilmiştir⁶⁸⁹.

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin (a) bendinde “sigortalı” ifadesi kullanıldığından, kısa vadeli sigorta hükümlerinden yararlanacak olan sigortalılar arasında işyerinde gerçekleşen kaza bakımından fark yaratılmamıştır⁶⁹⁰. Başka bir deyişle, Kanundaki açık düzenleme karşısında, belirtilen bendin uygulama alanı bulabilmesi için sigortalının

⁶⁸⁹ Ayrıca bkz. KVSUT. m. 6. 5510 sayılı Kanunun ilk halinde ve 506 sayılı Kanunda da aynı düzenleme söz konusuydu. Tasarıda ise, isabetsiz şekilde düzenleme farklı şekilde yer almaktaydı. Tasarının 14. maddesine göre, “*Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada işini yaparken veya sigortalının işyerinde ayrılan alanlarda ihtiyaçlarını karşılamak için bulunduğu sırada*” meydana gelen ve sigortalıyı zarara uğratan olay iş kazası sayılmaktaydı. Buna ilişkin açıklamalar için bkz. **Caniklioğlu**, Tasarı, 55 vd.; **Akın**, İş Kazasının Tanımı, 1.

⁶⁹⁰ KVSUT. m.6’da işyerinde gerçekleşen kazanın 5510 sayılı Kanun m.4/I, (a) ve (b) kapsamındaki sigortalılar için iş kazası niteliğinde olacağı ayrı ayrı ve açıkça belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce, 5510 sayılı Kanunun ilk halinde, söz konusu düzenleme devlet memurları ve kamu görevlileri için de geçerliydi, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 70; **Akın**, İş Kazasının Tanımı, 2.

hukuki statüsü bir önem arz etmez⁶⁹¹. Böylece, iş sözleşmesine göre çalışan ya da kendi nam ve hesabına çalışan sigortalının hangi nedenle olursa olsun işyerinde bulunduğu sırada, herhangi bir nedenden dolayı zararlandırıcı olay ile karşılaşması, başka herhangi bir koşul aranmaksızın iş kazası olarak nitelendirilir⁶⁹². İşyerinde gerçekleşen kaza bakımından iş sözleşmesine bağlı çalışan sigortalılarla, bağımsız çalışan sigortalılar arasında fark yaratılmamış olması, eşitlik ilkesi açısından isabetli olmuştur. Buna karşılık, devlet memurlarının ve kamu görevlilerinin görevi sırasında veya görevinden dolayı kazaya uğraması halinde iyileşince kadar izinli sayılacağı DMK m.105 hükmünde belirtilmiştir⁶⁹³. Her ne kadar memurlar için DMK’da yer alan düzenlemenin *görevi sırasında veya görevinden dolayı kazaya uğraması* ifadeleri nedeniyle kısıtlı olduğu düşünülebilirse de, memurlar herhangi bir zararlandırıcı olaya bağlı olarak da rapor aldıklarında DMK m.105 gereğince özlük hakları belirli süre devam eder. Bahsi geçen düzenleme, memur ve kamu görevlilerinin özlük haklarının devam etmesini sağladığı için, konu üzerinde aşağıda sigorta yardımları anlatılırken durulmuştur.

Mevcut düzenlemede, *tarımda bağımsız çalışanlar* yönünden farklı anlayış benimsenmemiştir. Bunlar, m.4/I,(b),4 hükmü gereğince sigortalı sayıldıklarından, artık işyerinde geçirdikleri kazalar iş kazası olarak sayılacaktır. Ayrıca, 5510 sayılı Kanunun

⁶⁹¹ Şakar, 217; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 64; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 18; Aslanköylü, SSK Yorumu, 410.

⁶⁹² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 332; Şakar, 217; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 18; Doğan Yenisey, Social Security, 96.

⁶⁹³ DMK m.105 hükmü şu şekildedir: “Memura, aylık ve özlük hakları korunarak, verilecek raporda gösterilecek lüzum üzerine, kanser, verem ve akıl hastalığı gibi uzun süreli bir tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığı hâlinde onsekiz aya kadar, diğer hastalık hâllerinde ise oniki aya kadar izin verilir.

Memurun, hastalığı sebebiyle yataklı tedavi kurumunda yatarak gördüğü tedavi süreleri, hastalık iznine ait sürenin hesabında dikkate alınır.

Bu maddede yazılı azamî süreler kadar izin verilen memurun, bu iznin sonunda işe başlayabilmesi için, iyileştigi dair raporu (yurt dışındaki memurlar için mahallî usûle göre verilecek raporu) ibraz etmesi zorunludur. İzin süresinin sonunda, hastalığının devam ettiği resmî sağlık kurulu raporu ile tespit edilen memurun izni, birinci fıkrada belirtilen süreler kadar uzatılır, bu sürenin sonunda da iyileşemeyen memur hakkında emeklilik hükümleri uygulanır. Bunlardan gerekli sağlık şartlarını yeniden kazandıkları resmî sağlık kurullarınca tespit edilen ve emeklilik hakkını elde etmemiş olanlar, yeniden memuriyete dönmek istemeleri hâlinde, niteliklerine uygun kadrolara öncelikle atanırlar.

Görevi sırasında veya görevinden dolayı bir kazaya veya saldırıya uğrayan veya bir meslek hastalığına tutulan memur, iyileşinceye kadar izinli sayılır.

Hastalık raporlarının hangi hallerde, hangi hekimler veya sağlık kurulları tarafından verileceği ve süreleri ile bu konuya ilişkin diğer hususlar, Sağlık, Maliye ve Dışişleri Bakanlıkları ile Sosyal Güvenlik Kurumunun görüşleri alınarak Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir.

Ayrıca, memurun bakmakla yükümlü olduğu veya memur refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hâllerinde, bu hâllerin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, aylık ve özlük hakları korunarak, üç aya kadar izin verilir. Gerekğinde bu süre bir katına kadar uzatılır.”

geçici 1. maddesi gereği, 2926 sayılı Kanuna tabi olanlar, 5510 sayılı Kanun m.4/I,(b) kapsamında sigortalı olmaya devam edeceklerinden, bunların da işyerinde geçirdikleri kazalar –sigortalı oldukları tarih nedeniyle ayırım yapılmaksızın- iş kazası olarak nitelenecektir. Ancak, yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler kapsam dışı bırakılmıştır (5510 s.K.m.6/1).

Yürürlükteki düzenlemede Kanunun ek 5. maddesinde, tarım veya orman işlerinde iş sözleşmesiyle *süreksiz* çalışanların *talepte bulundukları* tarihten itibaren sigortalı sayılacağı ve haklarında iş kazası ile meslek hastalığı sigortasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edildiğinden, bunların eskiden olduğu gibi sadece tarımsal faaliyetleri nedeniyle zarara uğradıkları olaylar değil, işyerinde herhangi bir nedenle karşılaştıkları zararlandırıcı olaylar da iş kazası olarak nitelendirilir. Bu şekilde tarım işinde çalışanlar bakımından işin niteliği esas alınmadan eşitliğin sağlanması son derece isabetli olmuştur.

Belirtmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 2925 sayılı Kanuna tabi olanların, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi çerçevesinde sigortalı sayılacakları hükme bağlandığından, sadece Kanunun yürürlüğünden sonra ek 5. madde nedeniyle sigortalı olan süreksiz işte iş sözleşmesiyle çalışan tarım işçileri değil, öncesinde de aynı kapsamda sigortalı olanlar da aynı esaslara tabidir (5510 s.K. geç. m.1). Böylece kanun koyucunun farklı tarihlerde sigortalı olan tarım işinde iş sözleşmesiyle süreksiz çalışanlar arasında ayırım yapmaması eşitlik ilkesi bakımından yerindedir.

İncelediğimiz olay unsuru -açıkça düzenlenme hariç olmak üzere- tarım dışındaki bağımsız çalışanlar açısından bir yenilik ifade etmese de, eşitlik ilkesine uygun olan düzenlemenin kıyas yoluyla değil, açıkça öngörülme suretiyle devam ettirilmesi bakımından doğru bir yaklaşımdır. Diğer taraftan, tarımda bağımsız çalışan sigortalılar için düzenleme yeniliği ifade etmekte ve bunların sigortalı olma tarihi esas alınmadan, diğer bağımsız çalışanlarla aynı duruma getirilmiş olması düzenlemenin önemli yönünü oluşturmaktadır. Aynı şekilde tarımda iş sözleşmesiyle sürekli ya da süreksiz biçimde

veya kamuda ya da özel sektörde çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın sigortalıların işyerinde karşılaştıkları zararlandırıcı olaylar iş kazası olarak nitelendirilmiştir.

ccc) Unsurun Yer Bakımından Uygulama Alanı

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin (a) bendinde yer alan hükmün, uygulama alanının kişiler açısından kapsamı belirlendikten sonra, düzenlemenin yer bakımından uygulama alanı eşitlik ilkesi bakımından incelenmelidir. Anılan bent kapsamında olayın iş kazası sayılabilmesi ve buna bağlı olarak Kurumun yardım yapabilmesi için sigortalının *işyerinde bulunduğu sırada* kazaya uğraması gereklidir ve yeterlidir⁶⁹⁴. Vurgulamak gerekir ki, olayın “dar anlamda kaza” olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi önemli değildir⁶⁹⁵. Önemli olan, kısa vadeli sigorta kolu kapsamındaki sigortalının *işyerinde* zararlandırıcı olayla karşılaşmasıdır. Bu noktada, “işyeri” kavramından ne anlaşılması gerektiği önem taşımaktadır. 5510 sayılı Kanunun 11. maddesinde “*sigortalı sayılanların maddi olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerler*” ifadesine yer verilmiştir⁶⁹⁶. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “*İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır*” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu tanımın da ortaya koyduğu gibi sigortalılar hakkında farklı işyeri kavramı benimsenmemiştir⁶⁹⁷. Şüphesiz bu yaklaşım eşitlik ilkesi açısından yerinde olmuştur.

⁶⁹⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 331; Şakar, 217; Aslanköylü, SSK Yorumu, 410; Uşan, 172. 506 sayılı Kanun döneminde de –kapsama alınan sigortalılar hariç- aynı düzenleme söz konusu olduğundan, halen geçerliliğini koruyan açıklamalar için bkz. Tunçomağ, 260; Taşkent, 1956; Sözer, 1898; Akın, Maddi Tazminat, 27; Aslanköylü, SSK Yorumu, 203

⁶⁹⁵ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 65

⁶⁹⁶ İşyeri kavramında ilişkin olarak bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 196 vd.; Taşkent, 1956; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 45vd.; Süzek, 173 vd.; Yenisey, 9 vd.; Uşan, 129 vd.; Alper, Sosyal Sigortalar, 128.

⁶⁹⁷ 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu anlamında işyeri, sigortalının zorunlu sigortalı olmasına sebebiyet veren faaliyetini sürdürmekte olduğu yer olarak tanımlanmıştır. Bağımsız çalışanın dükkanı, atölyesi, bürosu, muayenehanesi, yazıhanesi, iş aracı gibi yerler 1479 sayılı Kanun bakımından işyeri olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, işin niteliği ve yürütümü açısından anılan yerlere bağlı bulunan yerlerin de işyeri kavramına dahil edilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştü, bkz. Akın, Sigorta Yardımları, 135; Çenberci/Uygur, 328; Turan, 122. Söz konusu yaklaşımın, 506 sayılı Kanunun 5. maddesindeki “işyeri” tanımına uygun olduğunu belirtmek gerekir. 506 sayılı Kanunun 11/A, (a) düzenlemesinin bağımlı ve bağımsız çalışanlar için uygulanabilirliği karşısında, işyeri kavramından farklı anlayışın benimsenmemesi yerinde olmuştur. 2925 sayılı Kanunun 3. maddesinde de işyeri, “sigortalının işlerini yaptıkları yerler” olarak tanımlanmıştır. Farklı bir deyişle, bunlar için de kavram açısından aynı açıklama yapılmıştır. Ancak anılan Kanun kapsamında olanlar için, iş kazasının farklı anlam ifade etmesi, işyeri tanımında aynı anlayışının benimsenmesini önemsiz kılmıştır.

Görüldüğü üzere, yürürlükteki düzenleme ile sosyal güvenlik hukuku bakımından işyeri -4857 sayılı İş Kanununda yer aldığı gibi- asıl işyerini, işin niteliği ve yürütümü açısından asıl işyerine bağlı bulunan yerleri, eklenti ve araçları içeren bir bütündür⁶⁹⁸. Ancak İş Kanunundan farklı olarak, 5510 sayılı Kanunda iş organizasyonu kavramına değinilmemiştir. İş organizasyonunun somutlaştırılıp SGK'ya bildirilmesi zor olduğundan, bu ifadenin kullanılmaması isabetli olmuştur. Öğretide, maddenin birinci fıkrasındaki ifadenin, iş organizasyonuna yönelik olduğu ve 5510 sayılı Kanun uygulamasında da iş organizasyonu kavramının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁶⁹⁹.

5510 sayılı Kanundan önce, 506 sayılı Kanunun “işyeri”ni düzenleyen 5. maddesinde işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerler de işyerinden sayılmış olduğundan, 5510 sayılı Kanun döneminde de geçerliliğini koruyan bir kararda, YHGK, 506 sayılı Kanun döneminde somut olayın özelliğini esas alarak “dere”yi işyeri olarak kabul etmiştir. Kararda, “...Somut olayda işverenin işyerinde çalışan ve geceleri de işyerinde kalan sigortalılar için özel yıkanma yerleri hazırlamadığı, bu nedenle kazalı sigortalının zorunlu olarak işyerinde bulunan dereye girerek yıkandığı, bu nedenle konunun 11. ve 5. maddeleri kapsamında iş kazası olduğu ve çalışma saati dışında sigortalının yıkanmış olmasının sonuca etkili bulunmadığı gözetilmeden yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” şeklindeki ifadelerle yer verilmiştir⁷⁰⁰. Somut olay bakımından, “dere”, işyeri ile faydalı bütünlük oluşturması nedeniyle, kararın isabet taşıdığı düşüncesindeyiz⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 197; Tuncay/Ekmekçi, 268 vd. Yüksek Mahkeme de 506 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararında “...davalı işverenin işçilerinden Şerafettin Zeytin'in bulunduğu yer, işin niteliği gereği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yemek-uyku ve dinlenme yeri olan karavan da işyerinden sayılır...” sonucuna ulaşmıştır. Karardan anlaşıldığı üzere, karavan, davalı işverene ait şantiyeye kuş uçuşu 10 metre mesafede bulunan Köy Hizmetlerinde yer almaktadır, Y. 10.HD., 18.03.2004 t., E. 2004/28, K. 2004/2048, www.legalbank.net

⁶⁹⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 197; Doğan Yenisey, Social Security, 46.

⁷⁰⁰ YHGK., 06.07.2005 t., E. 2005/10-444, K. 2005/449, www.legalbank.net

⁷⁰¹ Yargıtay başka bir kararında ise, somut olayın özelliğini dikkate alarak daha dar yorum yapmış ve işçinin kısa mesafe uzaklıkta bulunmasına rağmen, zararlandırıcı olayı iş kazası olarak saymamıştır. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir : “...Davacı murisi-sigortalı, öğle saatlerinde bir garson arkadaşından 10 dakika kendi yerine bakmasını istemiş, dönmemesi üzerine yapılan aramalarda, gemiden 120 metre uzakta ve halka açık, tören alanı olarak kullanılan ve demir parmaklıklarla çevrili yerde giysileri, birkaç metre ileride, denizde ise cesedi bulunmuştur. Olayın meydana geldiği yer Kabotaj Bayramlarında tören alanı olarak kullanılmakta olup, diğer günlerde halka açık gezinti yeri olarak değerlendirilmektedir. İşyeri olarak kullanılan geminin bağlı bulunduğu bölgenin çok ilerisinde, işin niteliği ve yürütümü bakımından “işyerine bağlı” ve “eklenti” niteliğiyle “işyerinden sayılır” yerler kapsamında

İşçinin işyerinde bulunduğu sırada işverenin otoritesi altında bulunup bulunmadığı önem taşımaz⁷⁰². Daha net bir ifadeyle açıklamak gerekirse, yukarıda da izah ettiğimiz üzere, olayın 13. madde kapsamına girdiği konusunda şüphe yoksa, artık sigortalının işverenin otoritesi altında olup olmadığı değerlendirilmez⁷⁰³. Düzenlemenin kesin anlatımı ve işverenin otoritesi altında bulunmasının önemli olmaması karşısında, sigortalının mesai saatleri dışında işyerinde bulunduğu sırada kaza geçirmesi de, madde kapsamında değerlendirilmelidir⁷⁰⁴. Bundan başka olayın, iş kazası sayılması için işyeri koşulları nedeniyle veya işverenin iş güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle meydana gelmesi de gerekmez⁷⁰⁵. Söz konusu bu durum, iş hukuku bakımından iş kazasının ve işverenin sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem taşır, sosyal güvenlik hukukunda iş kazasının varlığının belirlenmesi noktasında ise önem taşımaz⁷⁰⁶. Bu doğrultuda ifade etmek gerekir ki, işverenin rızası dışında işyerinde bulunma durumunda gerçekleşen kazalar da, sosyal güvenlik hukuku açısından iş kazası sayılmalıdır⁷⁰⁷. Kanunda benimsenen bu anlayışın, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 121 numaralı Tavsiye kararının 5. maddesinde önerilen tanımdan daha geniş nitelikte

olmadığı, o işle güdülen amacın daha iyi biçimde gerçekleşmesi konusunda sözü edilen yerin işyeri ile faydalı bir bütünlük oluşturmadığı görülmektedir." YHKG., 05.10.2005 t., E. 2005/10-496, K. 2005/565, www.legalbank.net

⁷⁰² İşçinin işverenin otoritesi altında olmasının önemli olmadığı Atabek tarafından açıkça şu şekilde ifade edilmiştir: "işçi işyerine ayak bastığı andan, işyerini terk edeceği ana kadar, çalışır durumda olsun olmasın, işverenin otoritesi altında olup olmadığı münakaşa dahi edilmeden ve bu husun araştırılmasına mahal vermeden korunmaktadır." bkz. **Atabek**, 52; **Ulsan**, 76; **Üçışık**, 99; **Caniklioglu**, Yeni Mevzuat, 65; *aynı yazar*, Kısa Vadeli Sigortalar, 68; **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 18.

⁷⁰³ bkz. §7, I, 1, b, cc.

⁷⁰⁴ **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 18. Bununla birlikte iş kazasının çalışma süresi içinde meydana gelmiş olmasının gerekli olduğu ileri sürülmüştür, bkz. **Sözer**, Sosyal sigortalar, 302. Bu yöndeki bir kararda Yargıtay, "...kazanın işverenin otoritesi altında meydana gelmediği, günlük çalışma saati sona erdikten sonra işin görülmesi ile ilgili olmayan bir nedenle cereyan eden olayın iş kazası olarak nitelendirilmemesi gerekir" şeklinde sonuca ulaşmıştır, bkz. Y. 10.HD., 22.11.2001 t., E.2001/5874, K. 2001/8059, www.hukukturk.com

⁷⁰⁵ **Balci**, 99; **Güneş**, 23.

⁷⁰⁶ Belirtmek gerekir ki, sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazası, iş hukukundaki iş kazasından da farklıdır. Sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası olarak nitelenebilecek olay, iş hukuku açısından aynı niteliği haiz olmayabilir. İçerik yönünden farklı olan kavramlar, kendilerine bağlanan hukuki sonuçlar açısından da farklılık göstermektedir. Gerçekten, sosyal güvenlik hukukunda iş kazasının varlığı halinde, kurumun yardım sağlaması bakımından sorumluluğu gündeme gelecek; iş hukukunda ise işverenin sorumluluğu söz konusu olmayabilecektir, bkz. **Sözer**, 1893, 1894. Buna ilişkin olarak Yüksek Mahkeme "...*olayın sadece iş kazası sayılması işverenin sorumluluğu için yeterli sebep teşkil etmez [...] Bu olayın işverenin eylemi veya iş şartları nedeniyle meydana geldiğini söyleyebilmek mümkün olmaz.*" Y. 9. HD., 08.04.1992, E. /2500, K. /3929, bkz. www.hukukturk.com. Bu noktada işveren bakımından iş kazasının tanımı önemlidir, bkz. **Sözer**, İş Kazası ve Meslek Hastalıkları, 411. Öğretide hukukumuzda sosyal sigortalar hukuku ve iş hukuku anlamında iki ayrı iş kazası türünün bulunmadığı, sosyal sigortalara tabi olmayan bir işçinin uğradığı kazanın iş kazası olup olmadığının da SSK m. 11 hükmüne göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. **Tuncay**, İş Kazasının Unsurları, 3.

⁷⁰⁷ Öğretide, işyerinde meydana gelse dahi, grev sırasında grevcinin geçirdiği kazanın iş kazası sayılmayacağı ileri sürülmüştür, **Arash**, 41; **Tunçomağ**, Sosyal Sigortalar, 260. Aynı şekilde yıllık ücretli iznini kullandığı sırada, bir şekilde işyerinde bulunan sigortalının uğradığı kazanın da, eğer sigortalı ücretini almak üzere gelmediyse veya işveren tarafından çağrılmadıysa, iş kazası olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir, bkz. **Tunçomağ**, Sosyal Sigortalar, 260.

olduğu belirtilmelidir. Gerçekten, bahsi geçen maddede üye devletlerin, *çalışma saatleri içinde* işyerinde veya yakınında ya da işçinin istihdam dışında sayılamayacağı herhangi bir yerde oluşan kazaların, nedenlerine bakılmaksızın iş kazası sayılması gerektiği tavsiye edilmektedir⁷⁰⁸.

İfade etmek gerekir ki işyeri, herhangi bir işyeri olarak değil, sigortalının yapmakla yükümlü olduğu işini ifa ettiği yer olarak değerlendirilmelidir. Buna göre, sigortalının başka bir işyerinde bulunduğu sırada kaza geçirmesi -diğer bentlerdeki hallerin de bulunmaması durumunda- iş kazası olarak nitelendirilemez. Diğer taraftan Kurum, 2008/108 sayılı Genelge ile maden işletmeleri, karayolları, demir yolları gibi işletmelerde çalışanların, esas işini gördüğü yerden tamamen ayrı bir bölgede ve işin yürütümü ile ilgili olmaksızın bulunduğu sırada geçirdikleri kazanın, olayın sadece işyeri sınırları içinde meydana gelmesinden dolayı iş kazası sayılmasına imkan bulunmayacağını belirtmiştir. Kurum, açıkça *işyeri sınırları içinde meydana gelen kazadan* bahsetmesine rağmen, maden işletmeleri, kara yolları ve demir yolları gibi işletmelerde çalışanlar açısından kazayı iş kazası olarak kabul etmeyerek, haklı olmayan bir ayırım yapmıştır. Genelgedeki bu düzenleme, hem Kanuna hem de eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira işyeri sınırları içerisinde gerçekleşen zararlandırıcı olayın, herhangi bir koşul aranmadan iş kazası sayılması gerektiği açıkça Kanunda düzenlenmiştir. Buna karşılık, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sigortalının başka bir işyerinde, emir ve talimatın gereği olmadan ya da yapılan işle ilgisi olmadan, bulunduğu sırada gerçekleşen zararlandırıcı olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi zaten mümkün değildir.

Kanundaki düzenlemeye uygun olarak, 2008/108 sayılı Genelgede örnekler verilmiştir. Buna göre, *sigortalıların* avluda yürürken düşmesi, dinlenme saatinde top oynarken ayağının burkulması, işyerinde intihar etmesi, ücretli izinli bulunduğu sırada çalıştığı işyerindeki arkadaşlarını ziyaret ettiği sırada kaza geçirmesi iş kazasıdır^{709,710}. Yüksek

⁷⁰⁸ Aynı maddenin “b” bendinde iş saatlerinden önce ya da sonra makul bir zaman dilimi içerisinde araçların ve giysilerin taşınması, temizlenmesi, hazırlanması, korunması, toplanması ve saklanması sırasında meydana gelen kazaların da iş kazası sayılması gerektiği önerilmiştir, bkz. **Başterzi**, Değerlendirme, 290.

⁷⁰⁹ Ayrıca örneğin, sigortalı işyerinde belirlenen alanlarda dinlenirken, uyurken, tuvalet ihtiyacını karşılarken veya yemek yerken kazaya uğramışsa kazaya neden olan olay, iş kazası sayılır, bkz. **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 410; Başka örnekler için bkz. **Şakar**, 217.

Mahkeme de bu anlayış doğrultusunda, işyerinde çalışırken dışarıdan atılan bir kurşunla ölen işçinin durumunu, 506 sayılı Kanun anlamında iş kazası olarak değerlendirmiştir⁷¹¹. Aynı şekilde gerçekleşen zararlandırıcı olayın bağımsız çalışanlar için de aynı niteliği haiz olduğuna kuşku duymamak gerekir. Meydana gelen aynı nitelikteki zararlandırıcı olayın ayrı hukuki statüdekiler için farklı değerlendirilmesine imkan tanınmaması isabetlidir.

Genelgede işyerinde geçirdiği kalp krizi veya başka bir hastalık nedeniyle vefat eden sigortalının ölümünün iş kazası olarak kabulüne imkan bulunmadığı ifade edilmiştir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, intihar iş kazası olarak değerlendirilmiştir. Esasen her iki olay da zararlandırıcı sonuçları dikkate alındığında aynı niteliğe sahiptir. Aynı niteliğe sahip bu olaylar, kanımızca eşitlik ilkesi bakımından kıyaslanabilir niteliktedir. Örneğin aynı işyerinde kalp krizi geçiren bir kimsenin durumu 13. madde kapsamında değerlendirilemeyecekken, intihar eden sigortalının durumu ise söz konusu madde kapsamına dahil edilebilecektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, sosyal güvenlik hukuku açısından kaza kavramından anlaşılması gereken; maddede sayılan hal ve durumda gerçekleşen “zararlandırıcı olay” olduğundan, sigortalıların işyerinde bulundukları sırada her ne nedenle olursa olsun karşılaştıkları zararlandırıcı olaylar, yürütülen işle bağlantısı olup olmadığına bakılmaksızın, iş kazası sayılır⁷¹². Daha farklı bir ifadeyle, vücuda zarar veren olayın Kanunda belirtilen hallerden biri içinde gerçekleşmiş olması, olayın iş kazası sayılması için gerekli ve yeterlidir⁷¹³. Bu bakımdan, intihar gibi, kalp krizi de zararlandırıcı olay kavramı içinde değerlendirilmelidir. Öyle ki, intiharın iş kazası olarak kabul edildiği bir durumda, sigortalının hiç arzu etmediği bir olay nedeniyle yaşamını yitirmesi hali, öncelikli olarak iş kazası olarak yorumlanmalıdır. Aynı niteliği sahip olaylarla karşılaşan sigortalılar bakımından farklı hukuki sonuçların kabul edilmesi eşitlik ilkesi karşısında kabul edilemez. Diğer taraftan, her şeyden önce Genelgede benimsenen anlayış, Kanundaki

⁷¹⁰ Y. 10. HD., 05.07.2004, E. 2004/4465, K. 2004/6425, bkz. www.hukukturk.com. Bununla birlikte intihar olayının da iş kazası sayılmaması gerektiği öğretilde belirtilmektedir, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 294.

⁷¹¹ Y. 10.HD., 04.02.1980 t., E. 76/6407, K. 80/624, Kararın metni ve incelenmesi için bkz. **Centel**, İş Kazası, 1 vd.

⁷¹² bkz. §7, I, 1, b, cc. **Şakar**, 217; **Taşkent**, 1955, 1956; **Sözer**, 1902; **Akın**, Maddi Tazminat, 27; **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 18; aksi yönde görüş de ileri sürülmüştür, bkz. **Cuhruk/Çolakoğlu/Bükey**, 226.

⁷¹³ **Akın**, Maddi Tazminat, 24.

düzenlemeyle çeliştiğinden, kalp krizinin iş kazası sayılmadığı şeklindeki düzenleme esas alınamaz.

bb) Sigortalının Yürütülmekte Olan İş Nedeniyle veya Yürütmekte Olduğu İş Nedeniyle Kazaya Uğraması

aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum

5510 sayılı Kanundan önce söz konusu olay unsurunun kişi bakımından kapsamına ilişkin –tarımda çalışanlar hariç olmak üzere- eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu değildi. Yukarıda da belirtildiği üzere, 1479 sayılı Kanunun 82. maddesi ile yapılan yollama neticesinde, iş kazasının tespitinde 506 sayılı Kanunun 11. maddesi kıyasen uygulanmaktaydı⁷¹⁴. Söz konusu maddenin (b) bendinde *işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla* gerçekleşen kazaların, iş kazası sayılabileceği öngörülmüştü. Anılan bent kıyasen uygulandığında, Bağ-Kur sigortalısının kendisinin işveren olacağı ve kendisinin yürüttüğü iş gezici olarak icra edildiğinde, söz konusu sigortalının faaliyetini sürdürdüğü zamanlarda ve yerlerde uğradığı kazaların iş kazası sayılacağı öğretide ileri sürülmüştü⁷¹⁵. Ancak anılan hükmün kıyasen uygulanması neticesinde bağımsız çalışanın gezici olarak icra ettiği işler yanında, gezici olarak icra etmediği ancak yürüttüğü işin gereği olarak işyeri dışına çıkması halinde uğradığı kazanın da iş kazası olarak nitelenmesine engel bir durum bulunmamaktaydı⁷¹⁶. Başka bir ifadeyle, bağımsız çalışan sigortalının yürüttüğü iş nedeniyle işyeri dışındayken kaza geçirmesi -506 sayılı Kanunun ilgili hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle- iş kazası olarak nitelenebilmekteydi.

2925 sayılı Kanunda ise, iş kazasının mutlaka işyerinde ve sigortalının işi ilgili olarak gerçekleşmesi arandığından, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce iş sözleşmesine tabi olarak tarım işinde süresiz çalışanlar için işyeri dışında bulunulduğu sırada herhangi bir nedenle uğranılan kazanın iş kazası olarak sayılması mümkün değildi. Tarımda kendi adına ve hesabına çalışanlar için ise, kazanın işyerinde gerçekleşmiş olması 2926 sayılı Kanunda mutlak biçimde aranmıyordu. Ancak yukarıda Yargıtay

⁷¹⁴ bkz. §7, I, 2, b, bb, aaa.

⁷¹⁵ Akın, Sigorta Yardımları, 135, 136.

⁷¹⁶ Tuncay/Ekmekçi, 1. Bası, 520; Çenberci/Uygur, 327; Turan, 122.

kararlarıyla ortaya konduğu üzere, tarımsal faaliyetler nedeniyle zararlandırıcı olayın meydana gelmiş olması, kesin biçimde aranıyordu. Dolayısıyla, işyeri dışındayken gerçekleşen kazanın nedeninin mutlaka tarımsal faaliyet olması lazımdı. Sonuç olarak, bunlar için de işyeri dışında herhangi bir nedenle gerçekleşen kazanın iş kazası olarak kabulü mümkün değildi. Kısaca ifade etmek gerekirse incelediğimiz unsur bakımından farklı hukuki statüdekiler arasında ya da aynı işi yapanlar arasında norm birliği bulunmamaktaydı.

bbb) Unsurun Kişi Bakımından Uygulama Alanı

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin (b) bendine göre, “*İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle*” meydana gelen ve sigortalıyı bedenen ve ruhen zarara uğratan olay da iş kazasıdır⁷¹⁷. Hükümde geçen “işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle” ifadesi iş sözleşmesine göre çalışanları ya da iş sözleşmesi olmasa bile m.5 gereği sigortalı olanları, “yürütmekte olduğu iş nedeniyle” ifadesi ise, bağımsız çalışanları kapsamaktadır⁷¹⁸. Böylece, yukarıda açıklanan (a) bendinde olduğu gibi, maddenin (b) bendinde de düzenlenen hal bakımından sigortalılar açısından herhangi bir fark öngörülmemiş olması, eşitlik ilkesi açısından yerinde olmuştur. Önemle ifade etmek gerekir ki, tarımda çalışanlar yönünden de, incelediğimiz unsur, sigortalı olunan tarihe bakılmaksızın uygulanma kabiliyetini haizdir. DMK m.105 hükmünde, devlet memurunun görevinden dolayı bir kazaya uğraması halinde iyileşinceye kadar izinli sayılacağı ifade edilmişse de, yukarıda da izah edildiği üzere, anılan madde devlet memurunun herhangi bir nedenle kaza geçirmesi ve buna bağlı olarak rapor alması durumunda da özlük haklarının verilmesini gerekli kıldığından kazanın nedeni hakların elde edilmesi bakımından önem taşımamaktadır.

⁷¹⁷ Ayrıca bkz. KVSKUT m. 6. 506 sayılı Kanunda “işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla” sigortalının zararlandırıcı olaya maruz kalması iş kazası olarak kabul edilmişti. 506 sayılı Kanun dönemindeki açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 11. Bası, 293; **Tuncay/Ekmekçi**, 305; **Taşkent**, 1958 vd.; **Sözer**, 1904 vd.; **Akın**, Maddi Tazminat, 30 vd.

⁷¹⁸ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 333; **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 65; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 410-411. Nitekim, KVSKUT. m. 6’da da açıkça “işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla” ifadesinin 5510 sayılı Kanun m.4/I, (a), “yürütmekte olduğu iş nedeniyle” ifadesinin ise m.4/I, (b) kapsamındaki sigortalıları ifade ettiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanundaki hüküm, şüpheye yer bırakmayacak şekilde bağımsız çalışanları da kapsayacak biçimde düzenlendiğinden, eşitlik ilkesine uygun olan bu yaklaşım, açıkça ifade edilmek suretiyle yeni Kanun ile de devam ettirilmektedir. Bundan başka, yürürlükteki düzenlemeyle, iş kazası hallerinin tarımda çalışanlar için de genişletilmesi ve bu konuda yeknesaklığın sağlanması eşitlik ilkesi bakımından isabetli olmuştur.

ccc) Unsurun Yer Bakımından Uygulama Alanı

Kişi ister m. 4/I,(a), isterse m.4/I,(b) kapsamındaki sigortalı olsun, yürütülen/yürütülmekte olan iş nedeniyle *işyeri dışında* bulunduğu sırada kaza geçirirse, olay iş kazası olarak kabul edilir⁷¹⁹. Esasen hükümde açıkça kazanın işyeri dışında gerçekleşmesi gerektiği hususuna vurgu yapılmamıştır. Ancak (a) ve (b) bentleri birlikte değerlendirildiğinde, (b) bendindeki düzenlemenin işyeri dışında gerçekleşen kazaları kapsamı halinde, anlam ifade edeceği ortaya çıkmaktadır⁷²⁰. Zira işyerinde gerçekleşen kazalar, her koşulda maddenin (a) bendi gereği zaten iş kazası olarak nitelendirilir. Bunun için aynı maddenin başka bir bendinde tekrar düzenleme yapıldığı düşünülemez. Nitekim, Kanunun ilk halinde “*işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya görevi nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş veya çalışma konusu nedeniyle işyeri dışında*” ifadelerine açıkça yer verilerek, bu durum kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde vurgulanmıştı⁷²¹. Ayrıca, işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana gelen kazaların, işyeri dışında gerçekleşen kazalarla ilgili olduğunun kabulü, İşK. m.66/I-b hükmü ile de uyumludur. Gerçekten, bahsi geçen maddede, “işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen sürelerin” çalışma süresinden sayılacağı belirtilmiştir.

İncelemekte olduğumuz (b) bendindeki düzenlemenin lafzı dikkate alındığında, (a) bendindeki düzenlemeden farklı olarak, yapılan işle kaza arasında illiyet bağının

⁷¹⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 334; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 19; Balcı, 99.

⁷²⁰ Canbolat, Sigorta Hükümleri, 18; Balcı, 99.

⁷²¹ Kanunun ilk halindeki düzenlemenin gereksiz tekrarlarla oldukça karışık bir hale getirildiği, bendin hemen arkasına ilave edilen “işyeri dışında” ibaresi ile de Türkçenin kötü kullanıldığı belirtilmiştir, bkz. Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 65; aynı yazar, Kısa Vadeli Sigortalar, 70. Tasarıda da yer alan ve Kanunun ilk halindekiyle aynı düzenlemeye yönelik açıklamalar için bkz. Caniklioğlu, Tasarı, 57 vd.; Akın, İş Kazasının Tanımı, 3.

arandığı şeklinde yanıltıcı bir sonuç çıkmaktadır. Gerçekten hükümde, iş sözleşmesine göre çalışan sigortalının *yürütülmekte olan iş nedeniyle*, bağımsız çalışan sigortalının ise *yürütmekte olduğu iş nedeniyle* zarara uğramasından bahsedilmiştir. Oysa, önemli olan sigortalının yürütmekte olduğu ya da yürütülen iş nedeniyle işyeri dışında bulunmasıdır⁷²². Daha net bir ifadeyle, sigortalının işveren tarafından yürütülmekte olan veya bağımsız çalışan sigortalının yürütmekte olduğu iş nedeniyle hareket etmesi önem taşır⁷²³. Sonuç olarak kaza, herhangi bir nedenle ve fakat sigortalının yürütülmekte olan ya da yürüttüğü iş nedeniyle işyeri dışında bulunduğu sırada gerçekleşmelidir⁷²⁴. Örneğin muhasebe bürosunda, muhasebeci olarak bağımsız çalışan bir kimse, mükellefin hesaplarını kontrol için giderken kaza geçirirse, olay iş kazası olarak nitelenir. Aynı şekilde iş sözleşmesine göre çalışan muhasebe elemanı aynı ya da benzer kazalarla karşı karşıya kalsa, m.13/I,(b) hükmü gereği kaza, iş kazasıdır. Bu şekilde aynı ve benzer durumda olanlar için aynı zararlandırıcı olayın farklı nitelendirilmesi, AY m.10 hükmüne aykırı olurdu. Yargıtay 506 sayılı Kanun döneminde verdiği kararında, işveren tarafından verilen talimatla mermer işlerinin ölçüsünü almak üzere görevlendirilen işçinin, bu işin bitimi sonucu işyerine gelirken kaza geçirmesi olayını iş kazası saymıştır⁷²⁵. Kuşkusuz, yürürlükteki düzenleme açısından da aynı sonuca ulaşılacaktır.

2008/108 sayılı Genelgede de belirtildiği üzere, kasaphane işyeri işleten sigortalının getirilen etleri almak için *işyeri dışına çıktığında* bir aracın kendisine çarpması, marangoz atölyesi işleten sigortalının *işyeri dışında* mutfak dolabı monte ederken ayağına parçalardan birinin düşmesi sonucu yaralanması gibi kazalar iş kazası sayılacaktır. Şüphesiz, verilen örneklerde çalışanın m.4/I,(a) kapsamında sigortalı olması, olayın iş kazası olarak nitelendirilmesine engel değildir. Zira kanun koyucu sigortalılar arasında bu konuda farklı bir anlayış benimsememiştir. Beyaz eşya tamir servisinde iş sözleşmesine göre çalışan ya da aynı serviste bağımsız çalışan sigortalı buzdolabı tamiri için gittiği evde, sarsıntı sonucu buzdolabının üzerine düşmesi iş

⁷²² İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla işyerinin dışına çıkan işçinin herhangi bir nedenle kazaya uğraması durumunda, kazanın iş kazası olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz. **Atabek**, 62; **Güneş**, 26.

⁷²³ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 334.

⁷²⁴ **Sözer**, 407 vd.; **Caniklioglu**, Yeni Mevzuat, 66; **Akın**, Maddi Tazminat, 30; **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 19; **Uşan**, 172 ; **Bostancı**, 39-41; **Başboğa Şahbaz**, 24.

⁷²⁵ Y. 21.HD., 25.04.2001 t., E. 2001/3111, K. 2001/3240, www.legalbank.net

kazası olarak kabul edilir. Son durumda, zaten yapılan işle kaza arasında doğrudan neden-sonuç ilişkisi olduğu ortadadır. Bu bakımdan bunların iş kazası olarak değerlendirilmesine şüphe duymamak gerekir. Ancak yeniden ifade etmek gerekirse, böyle bir illiyet bağı olmasaydı dahi, olay 13. madde kapsamında olduğu sürece, mesleki faaliyet içinde kaldığı kabul edilmeli ve iş kazası olarak nitelendirilmelidir.

Sonuç olarak, “işyerinde gerçekleşen kaza” her koşulda yukarıda açıklan (a) bendi gereği, “yürütülen iş nedeniyle işyeri dışında bulunulduğu sırada herhangi bir nedenle uğranılan kaza” ise, açıkladığımız (b) bendi gereği, kısa vadeli sigorta hükümleri kapsamındaki sigortalıların tamamı için iş kazası sayılacaktır.

İncelediğimiz iki bent açısından eşitlik ilkesine aykırı herhangi bir durum söz konusu değildir. Düzenlemeler bu yönüyle isabet taşımaktadır. Buna mukabil, oluşturulan çeşitli gruplara ilişkin kuralların eşit şekilde düzenlenmesinin bunları eşit duruma getirmediği belirtilmiş ve işin özelliğinin ve işin niteliğinin dikkate alınması gerektiği de vurgulanmıştır⁷²⁶. Bizce de birinci bölümde de açıkça ifade ettiğimiz üzere, eşitlik ilkesi mutlak anlamda aynı davranmayı gerekli kılmadığından, işin niteliği vb. herhangi bir haklı neden olduğu sürece sigortalılar için farklı düzenlemeler yapılabilir. Ancak yukarıda ortaya koyduğumuz hususlarda, çalışma şekli ya da işin niteliği ayrımı haklı kılan objektif neden oluşturamayacağından, kanun koyucunun farklı düzenleme yapmaması yerindedir.

Eşitlik ilkesine uygun yapılmış olan söz konusu düzenleme, diğer taraftan şüphesiz yargının işini zorlaştıracak niteliktedir. Gerçekten, işyeri dışında kazaya uğrayan bağımsız çalışan sigortalı, sigorta yardımlarına hak kazanmak adına, kazanın yürüttüğü işle ilgili olduğunu iddia edebilir. Bu noktada, kazanın yürütülen işle ya da çalışma konusu nedeniyle olup olmadığı yargı tarafından çözümlenmeye çalışılacaktır⁷²⁷. Aynı sorunun, aynı zorluk derecesinde bağımlı çalışan sigortalılar için de geçerli olduğunu

⁷²⁶ Nitekim bu nedenle 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu’nda iş kazası kavramının tanımlanmadığı ve Sosyal Sigortalar Kanunu’na atıf yapılarak, iş kazası kavramının bağımsız çalışanlar için de kıyasen uygulanmasının öngörüldüğü belirtilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 71.

⁷²⁷ Konunun kolay çözümlenemeyeceği, titiz bir inceleme yapılması gerektiği, sigortalının kazaya uğradığı yer ya da güzergah üzerinde bulunan müşteri ile ticari ilişkisinin bulunup bulunmadığı, daha önce yapılan yazışmalar, telefon görüşmeleri, tanık beyanları gibi bir çok hususun araştırılması gerektiği belirtilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 71; *aynı yazar*, Yeni Mevzuat, 66.

savunmak ise, mümkün değildir. Zira işveren tarafından görevlendirilme olgusu, ispat açısından kolaylık sağlamaktadır⁷²⁸. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, benzer kolaylığın bağımsız çalışanlar için olmaması, düzenlemenin yersiz olduğu anlamına gelmez. Başka bir deyişle söz konusu durum, ayrımı haklı kılan bir neden olarak değerlendirilemez ve bağımsız çalışanların kapsam dışında bırakılmasını sağlamaz.

İspat bakımından m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalılar için söz konusu olan kolaylık, bendin uygulanma alanının bağımlı çalışanlar için daha geniş olması sonucunu doğurur. Farklı bir ifadeyle, bağımlı çalışanlar için geçerli olan “işverenin emir ve talimatı altında olma” kriteri, bendin kapsamına daha fazla zararlandırıcı olayın girmesine sebebiyet verir. Gerçekten, görev tanımında olmasa bile işverenden aldığı talimatı yerine getirirken kaza geçiren kişinin durumu, madde kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim 506 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak Yüksek Mahkeme bir kararında, *“...olayın iş saatleri içinde ve davacının işyerinde içecekleri çay için Bakkala malzeme almak üzere giderken meydana geldiği, böyle bir göreve gitmesine işyeri yetkilisinin karşı çıkmadığı anlaşılmaktadır [...] Trafik kazasının, dolaylı da olsa işveren tarafından yürütülen iş dolayısıyla meydana geldiği ve bu nedenle 506 Sayılı Kanun 11/b maddesine göre iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”* şeklinde ifadelere yer vermiştir⁷²⁹. Görüldüğü üzere, somut olayda açık bir talimat olmamasına rağmen, işçinin bakkala giderken işveren tarafından ses çıkartılmaması dahi, işverenin zımni talimatı olarak yorumlanmıştır⁷³⁰. Karar isabet taşımaktadır. Buna mukabil, bağımsız çalışanın aynı durumda geçirdiği kazanın, iş kazası olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira kazanın kendileri için çalışma konusu ile ilgili olduğu savunulamaz. Buna mukabil, bağımsız çalışan çalışma konusu bir işle ilgili olarak, nalbura giderken zararlandırıcı olayla karşılaşsa, bu durum iş kazası olarak değerlendirilir. Bu farklı değerlendirme sigortalının faaliyetinin niteliğinden kaynaklandığı için aynı durumdaki bağımsız çalışanlar açısından eşitlik ilkesine aykırı olmadığı düşüncesindeyiz.

⁷²⁸ Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 71.

⁷²⁹ Y. 10. HD., 21.03.2002 t., E. 2002/1891, K. 2002/2479, www.legalbank.net

⁷³⁰ Yargıtay, başka bir kararında ise, açıkça işverenin işe ilişkin olarak verdiği talimatın yerine getirilmesi, işin yürütülmesi sırasında işçinin iş kazasına uğradığı sonucuna ulaşmıştır, Y. 10. HD., E. 1984/4946, K. 1984/5746, www.legalbank.net

**cc) Sigortalının İşveren Tarafından Görevli Olarak Başka Bir Yere
Gönderilmesi Nedeniyle Asıl İşini Yapmaksızın Geçen Zamanda
Kazaya Uğraması**

aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum

1479 sayılı Kanun döneminde, öğretide tartışmalı olmakla birlikte, 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (c) bendinin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle de olsa, bağımsız çalışanların benzer durumda geçirdiği kazalar iş kazası sayılabilmekteydi. Bir görüş tarafından, 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (c) bendindeki düzenlemenin bu hükümde geçen süjelerin Bağ-Kur Kanunu açısından aynı kişi olmasından dolayı, Bağ-Kur sigortalılarına tam anlamıyla uyarlanamayacağı belirtilmişti⁷³¹. Diğer taraftan başka bir görüş tarafından, hükmün bağımsız çalışanlar için de uygulanabilir olduğu ileri sürülmüştü⁷³². Anılan bentte “sigortalı” ve “işveren” kavramlarına yer verilmesi hükmün bağımsız çalışanlar için uygulanamayacağı yönündeki yorumun yapılmasına sebebiyet vermiştir. Oysa, 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (b) bendinde yer alan işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalının kazaya uğraması halinde de, 1479 sayılı Kanun için süjelerin aynı olduğundan bahsedilebilir. Aslında Bağ-Kur Kanunu açısından çoğu durumda, bağımsız çalışan sigortalı üzerinde işçi ve işveren olarak iki süjenin birleştikinden bahsetmek yanlış olmaz. Dolayısıyla, kanaatimizce 1479 sayılı Kanun döneminde yürütülen iş nedeniyle geçirilen kazalar kıyasen bağımsız çalışanlar için de iş kazası olarak kabul edilmekteyken, aynı şekilde 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (c) bendinde öngörülen hal de, kıyas yoluyla bağımsız çalışanlar bakımından da iş kazası sayılmalıydı. Kaldı ki Yargıtay kararları ile de kabul edilen sigortalı lehine yorum ilkesi de bunu gerektirmekteydi⁷³³. Bu ilkeye göre, kanuni düzenlemelerin yeteri kadar açık olmadığı veya metnin farklı biçimlerde yoruma elverişli olduğu hallerde, sigortalı lehine yorum tercih edilmelidir⁷³⁴. Farklı bir deyişle,

⁷³¹ Akın, Sigorta Yardımları, 136.

⁷³² Çenberci/Uygur, 327; Turan, 122, 123.

⁷³³ YHGK, 03.10.2007 t., E.2007/10-675, K.2007/722; Y.10.HD., 13.10.2004 t., E.2004/4836, K.2004/9206; Y.10.HD., 11.04.1988 t., E.1988/2165, K.1988/2355, kararlar için bkz. www.legalbank.net

⁷³⁴ Ertan, 247.

sosyal güvenlik kanunlarında bulunan boşluklar, hakim tarafından hukuk yaratmak suretiyle doldurulurken, bu ilke göz önünde bulundurulmalıdır⁷³⁵.

Nitekim, Yüksek mahkemenin son kararlarına bakıldığında herhangi bir dışlama ya da sınırlama yapılmadan genel ifadelerle 506 sayılı Kanunun ilgili hükmünün bağımsız çalışanlar için de uygulanması gerektiğinin vurgulandığı açıkça görülmektedir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 22.01.2009 tarihli kararında “...**506 Sayılı Yasanın 11. maddesinde iş kazası sayılan her olay Bağ-Kur sigortalıları açısından da iş kazası olarak değerlendirilecektir.** 506 Sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca “iş kazası” sigortalının iş yerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla, sigortalının işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalının işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere topluca götürülüp getirilmesi sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır.” şeklindeki ifadelerle yer vererek, 506 sayılı Kanundaki bütün hallerin bağımsız çalışanlar için de uygulanabileceğini açıkça belirtmiştir⁷³⁶.

Yüksek Mahkeme tarafından 11. maddedeki olayların bilinçli biçimde sayılmadığı düşünülebilir. Ancak kararda açıkça 506 sayılı Kanunun 11. maddesinde sayılan *her olayın* bağımsız çalışanlar için de iş kazası olarak nitelendirilmesi gerektiğine vurgu yapılması, saymanın bilinçli olduğu izlenimini yaratmaktadır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de bir kararında “İş kazasını; anılan Yasanın 82.maddesi hükmü de gözetilmek suretiyle 506 Sayılı Kanunun hükümleri kıyasen uygulanarak tanımlamak gerekir. Buna göre, iş kazası; sigortalının işyerinde bulunduğu sırada ve yaptığı iş dolayısıyla ya da işyerine gidip gelirken meydana gelen ve sigortalıyı bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır.” şeklinde sonuca ulaşmıştır⁷³⁷. Hatta Yargıtayın geniş yorum yaptığı ve 2926 sayılı Kanuna tabi olanlar için bile 506 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde vermiş olduğu kararında açıkça “...506 sayılı Yasa’nın 11.

⁷³⁵ Ertan, 247.

⁷³⁶ Y. 21. HD., 22.01.2009 t., E. 2008/1727, K. 2009/563, www.legalbank.net

⁷³⁷ Y. 10. HD., 10.05.2007 t., E. 2006/18045, K. 2007/7179, www.legalbank.net

maddesinde iş kazası sayılan her olay Bağ-Kur sigortalıları açısından da iş kazası olarak değerlendirilecektir...” şeklindeki ifadelerle yer vermiştir⁷³⁸.

Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanundan önce –uygunluğu ölçüsünde dahi olsa- 1479 sayılı Kanun kapsamındaki bağımsız çalışanlar anılan bent kapsamındaydı. Bu durum farklı hukuki statüde olanların benzer durumda karşılaştıkları zararlandırıcı olayın aynı şekilde nitelendirilmesi gereğini doğurduğundan eşitlik ilkesi bakımından isabet taşımaktaydı. Zira “farklı hukuki statü”, aynı durumda karşılaşılan zararlandırıcı olayların farklı değerlendirilmesini haklı kılan bir neden olarak kabul edilemez.

Yargıtayın yukarıda belirtmiş olduğumuz kararında, “tarımda bağımsız çalışanlar” için de 506 sayılı Kanunun iş kazasına ilişkin hükümlerinin uygulaması gerektiği yönündeki görüşüne ise katılmıyoruz. Yüksek Mahkeme söz konusu kararda “2926 sayılı Yasanın Ek 3. maddesi yollaması ile 1479 sayılı Yasa’nın 82. maddesinde, 506 sayılı Yasa’ya atıf yapılarak, “iş kazası” teriminin kapsamının tayininde 506 sayılı Kanun hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı bildirilmiştir.” sonucuna ulaşmıştır. Oysa, 2926 sayılı Kanunun ek 3. maddesinde, 1479 sayılı Kanunun 82. maddesine atıf yoktur⁷³⁹. Buna mukabil anılan maddede, 1479 sayılı Kanunda iş kazası ifadesinin geçtiği 29., 41. ve ek 13. madde hükümlerine atıf yapılmıştır. Bilindiği üzere, bahsi geçen maddelerde yer alan iş kazası ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği, 506 sayılı Kanuna göre belirleneceği ifade edilmiştir (1479 s.K. m.82). Kararda açıklık olmamakla birlikte, 2926 sayılı Kanunla bu maddelere yapılan yollama nedeniyle, Yüksek Mahkeme tarafından 82. maddenin uygulama alanı bulacağına kanaat getirilmiş olunabilir. Ancak, söz konusu maddelerdeki “iş kazası” ifadesinden neyin anlaşılacağı, özel nitelikte kanun olma özelliğini haiz 2926 sayılı Kanunda açıkça belirtildiğinden, kavramın anlamının tayininde başka kanun esas alınamaz. Nitekim, Yargıtayın 10. Hukuk Dairesi ise, vermiş olduğu bir kararda iş kazasının, 2926 sayılı Kanunun 3/g maddesi gereğince

⁷³⁸ Y. 21.HD., 19.04.2010 t., E. 2009/6620, K. 2010/4441, www.legalbank.net

⁷³⁹ Kararda bahsi geçen ek 3. madde şu şekildedir: “1479 sayılı Kanunun birinci kısmında yer alan 20 inci madde, ikinci kısım ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci bölümde yer alan maddelerin tamamı, altıncı bölümde yer alan 56 ncı madde dahil 74 üncü maddeye kadar olan maddelerin tamamı ile 76, 78 ve 79 uncu maddeleri, yedinci bölümde yer alan 80 inci maddesi, ek 9, ek 12, ek 13, ek 14, ek 15, ek 16, ek 17, ek 18, ek 19, ve ek 22 nci maddeleri, geçici 10 ve 11 inci maddeleri, 2926 sayılı Kanuna tabi sigortalılar hakkında da uygulanır.”

tespit edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁷⁴⁰. Kısaca ifade etmek gerekirse, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlarda, belirtilen karinenin (olay unsurunun) uygulama olanağı bulunmamaktaydı. Böylece tarım işi bakımından farklı uygulama söz konusuydu. Kanımızca, işin niteliği bu ayrımı gerekli kılar nitelikte değildir. Nitekim, aşağıda da ifade edileceği üzere, yürürlükteki düzenlemede iş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından tarım işi istisna tutulmamıştır.

bbb) Unsurun Kişi Bakımından Uygulama Alanı

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen durumlar bakımından önemli benzerlikler olmasına rağmen, kapsama alınan sigortalılar bakımından fark yaratılmıştır. Hükümde *işverene bağlı olarak çalışan sigortalıdan bahsedildiğinden*, belirtilen unsur sadece m.4/I,(a) kapsamında sigortalı olanlar için uygulama alanı bulabilir⁷⁴¹. İşverenin, “4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” şeklinde tanımlandığı 12. madde karşısında, bağımsız çalışanların –bağımlı çalışanlar gibi- 13. maddenin (c) bendi kapsamında olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Nitekim, KVSKUT m.6’da da 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalılar için yalnızca iki halin iş kazası sayılabileceği belirtilmiştir⁷⁴². Buna mukabil, öğretide *Sözer* tarafından işçiler için geçerli olan “görevli olarak başka yere gönderme” karinesinin, 13. maddenin (b) bendinde yer alan “yürütülen iş” kavramının içinde mevcut olduğu, zira “görevli olarak başka yere gitme” durumunda ortaya çıkan zararlandırıcı olaya karşı sigortalının korunması için, mutlaka bir işverenin ve onun talimatının varlığının aramanın bağımsız çalışanların mesleki özelliklerinin dikkate alınmaması anlamına geldiği ileri sürülmüştür⁷⁴³. Kısacası, *Sözer*, “yürütülen iş” kavramının birinci, ikinci ve

⁷⁴⁰ Y.10.HD., 21.12.2009 t., E. 2008/15850, K. 2009/18966, aynı yöndeki HGK kararı için bkz. YHGK., 14.10.2009 t., E. 2009/10-374, K. 2009/431, www.legalbank.net

⁷⁴¹ Bağımsız çalışanları kapsam dışında bırakmak için “bir işverene bağlı olarak çalışan” deyiminin kullanıldığı belirtilmiştir, bkz. **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 20. Kanunun bazı hükümlerinin AYM tarafından iptal edilmesinden önce, Kanunun 13. maddesinin (c), (d) ve (e) bentlerinin sadece iş sözleşmesine göre çalışanlar ile statü hukukuna göre çalışan memur ve kamu görevlileri hakkında geçerli olacağı, bağımsız çalışanlar içinse uygulanamayacağı haklı olarak belirtilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 63.

⁷⁴² Tebliğin adı geçen maddesinde “Kanunun dördüncü maddesi birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışan sigortalının ise; 1) İşyerinde bulunduğu sırada, 2) Yürütmekte olduğu iş nedeniyle işyeri dışında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüne uğratan olaydır.” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.

⁷⁴³ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 320.

üçüncü karineleri içerdiğini belirtmiştir. Gerçekten, haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, söz konusu düzenlemeyle birçok bağımsız çalışan mesleki risklere karşı korumasız bırakılmıştır. Ancak kanun koyucu, (c) bendinde sadece işçiler için karine öngörerek, bunun (b) bendinde belirtilenden farklı olduğunu benimsediğini göstermiştir. Aksi halde, yani işçiler için 13. maddenin (b) bendinde belirtilen karinenin de, (c) bendinde belirtilen karineyi kapsadığı sonucuna ulaşılması durumunda, (c) bendindeki düzenleme anlamını yitirir. Kanımızca, bir karinenin diğerini kapsamamasından bahsedilecekse bile, (c) bendinde yapılan düzenleme daha geniş niteliği haiz olduğu için, bunun (b) bendindeki düzenlemeyi kapsadığı savunulabilir ki, bu da çok isabetli olmaz.

Kanun koyucu, düzenlemenin bağımsız çalışanları kapsamamasına ilişkin benimsediği anlayışı eşitlik ilkesi gereği haklılaştırmalıdır. Gerçekten farklı hukuki statüde olsalar da sigortalıların benzer durumda geçirdiği kazaların farklı nitelendirilmesi haklılaştırılmalıdır. Ticaretin ve buna bağlı iş ilişkilerinin uluslararası boyut kazanması karşısında, işçiler yurt içinde veya yurt dışında işveren tarafından görevlendirilmekte ve başka yerlerde işlerini yürütmeye devam etmektedir⁷⁴⁴. Söz konusu işçiler bu şekilde görevlendirildiklerinde işverenin otoritesi altında sayılmalıdır. Bu bakımdan, 506 sayılı Kanunda olduğu gibi, işçilerin sosyal güvenlik şemsiyesi altında tutulmaya devam edilmesi yerinde olmuştur. Ancak görev nedeniyle yurt içinde ya da yurt dışında başka bir yere gidilmesi, ticaretin uluslararası boyut kazandığı dünyada sadece işçiler için değil, bağımsız çalışanlar için de gerekliliktir. Dolayısıyla, bu konumdaki bağımsız çalışanlar da sosyal korumaya ihtiyaç duyarlar. Sosyal korumanın belirtilen durumdaki bağımsız çalışanlar için hastalık sigortası çerçevesinde sağladığı da ileri sürülemez. Zira aşağıda da izah edileceği üzere, hastalık sigortasından bağımsız çalışanlara ödenek verilmesi kabul edilmemiştir. Ayrıca, bahsi geçen sigortadan sürekli iş göremezlik geliri de bağlanması mümkün değildir. Bu bakımdan, bağımsız çalışanların, aynı ya da benzer durumdaki m.4/I,(a)'ya tabi olanlar gibi iş kazasına karşı korunmaya ihtiyacı vardır.

İş sözleşmesine göre çalışanlar gibi bağımsız çalışanların da incelediğimiz bent kapsamına alınması, hükmün uygulama alanının amacından farklı olarak genişletilmesine sebebiyet vereceği endişesini haklı olarak akla getirebilir. Farklı bir

⁷⁴⁴ Başboğa Şahbaz, 25.

deyişle, bağımsız çalışanların yürüttükleri işin niteliği gereği, kendilerinin anılan bendin kapsamına alınmadığı iddia edilebilir. Gerçekten, bağımsız çalışanın faaliyet konuları ya da yürüttükleri iş nedeniyle işyeri dışında bulunup bulunmadığının tespiti son derece zordur. Özellikle şirketlerin faaliyet alanları belirlenirken çok geniş ifadelerin kullanılması⁷⁴⁵, söz konusu tespite yönelik endişeyi arttırabilir. Ancak bu zorluk, yürütülmekte olan iş nedeniyle işyeri dışında bulunduğu sırada bağımsız çalışanların geçirdiği kazalar için de söz konusudur⁷⁴⁶. Öyle ki yukarıda da belirtildiği üzere, (b) ve (c) bentlerinin ortak özelliği, sigortalının yürüttüğü/yürütülen ya da görevlendirilen iş nedeniyle işyeri dışında bulunmasıdır⁷⁴⁷. Kurumun ve yargı organlarının, yürütülmekte olan iş nedeniyle bağımsız çalışanın dışarıda bulunup bulunmadığı konusunda (b) bendi gereği yapmaları gereken incelemenin benzerinin, (c) bendi için de yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Daha net bir deyişle, sigortalının işyeri dışında bulunma nedeni (b) bendi kapsamına giren olaylar için tespit edilebiliyorsa, söz konusu tespitin aynısı (c) bendine giren olaylar bakımından da yapılabilir. İşin niteliğinin ya da kapsama girecek olan bağımsız çalışanların tespitinin zorluğunun –(b) bendi için- sigortalılar arasında ayırım yapılması bakımından haklı neden oluşturmadığı kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Aynı anlayış, (c) bendi için de benimsenmelidir. Aksi halde, öğretide de ileri sürüldüğü üzere, ispat güçlüğü ve kötüye kullanma ihtimali gibi gerekçelerle bu hakkın bağımsız çalışanlara tanınmaması makul ve adil olmayan bir ayırım yapılması sonucunu doğurur⁷⁴⁸. Öyle ki, bağımsız çalışanlar primlerini ödemiş olmasına ve prim ve prime ilişkin hiç borcu olmamasına karşın hak kaybına uğrarlar⁷⁴⁹. Söz konusu bendin kapsamının genişletilmemesi durumunda, hem bağımsız çalışan sigortalılar hem de bağımlı ve bağımsız çalışan sigortalılar arasında eşitliğe aykırı düzenlemenin varlığı devam edecektir⁷⁵⁰.

Sonuç olarak kanun koyucu ispat bakımından yaşanacak güçlüğü ve denetim de yaşanan eksikliği düşünerek, bağımsız çalışanları kapsama almamıştır. Kurumun gerçek dışı

⁷⁴⁵ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 66.

⁷⁴⁶ Caniklioğlu, Yeni mevzuat, 67.

⁷⁴⁷ bkz. §7, I, 2, b, bb ve cc.

⁷⁴⁸ Sözer, Sosyal Sigortalar, 320.

⁷⁴⁹ Sözer, Sosyal Sigortalar, 320.

⁷⁵⁰ 5510 sayılı Kanun kapsamında bağımsız çalışan sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı güvencesine kavuştukları, ancak güvencenin diğer sigortalılarla eşitlik içinde sağlandığının kabulünün zor olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür, bkz. Şakar, 218.

beyanlarla kandırılması ve buna bağılı olarak sigortalılara yersiz yardım yapmasını önlemek şüphesiz meşru bir amaçtır. Ancak bu amacı gerçekleştirmek adına bağımsız çalışanları incelediğimiz bendin kapsamı dışına alan düzenleme elverişli bir araç değildir. Kanun koyucu yapacağı başka düzenlemelerle öngördüğü meşru amacı gerçekleştirebileceğinden ve araç ile amaç arasında orantı olmadığından düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır.

Yürürlükteki düzenlemede, tarım işinde iş sözleşmesine tabi olarak süreksiz biçimde çalışan sigortalılar, talep ettiklerinde ek 5. madde gereği iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanacakları için söz konusu karine onlar için de uygulanacaktır. Aynı şekilde, Kanunun yürürlüğünden önce 2925 sayılı Kanuna tabi olarak çalışması bulunanlar da, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince sigortalı olacaklarından, bunlar da anılan bent kapsamındadır. Aynı işi yapanlar arasında, sigortalı olunan tarih esas alınarak ayırım yapılmaması isabetlidir. Buna mukabil, aynı tarımsal işi yapan farklı hukuki statüde bulunan sigortalılar arasındaki ayırım haklı olmadığından eşitlik ilkesine aykırıdır.

ccc) Unsurun Yer Bakımdan Uygulama Alanı

Sigortalının işyeri dışında bulunduğu sırada *yürütülen* iş ya da *yürüttüğü* iş nedeniyle hareket etmediği ve zararlandırıcı olayın da işten kaynaklanmadığı hallerde, bu durumun nasıl değerlendirilmesi gerektiği önemli bir sorundur. Söz konusu durum, 506 sayılı Kanunda olduğu gibi, yürürlükteki düzenlemede de açıklığa kavuşturulmuştur. 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin (c) bendine göre, “*Bir işverene bağılı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda*” meydana gelen ve sigortalıyı bedenen ve ruhen zarara uğratan olay, iş kazasıdır⁷⁵¹. İncelediğimiz durum, (b) bendindeki düzenlemeyle bazı noktalarda benzerlik göstermektedir. Her şeyden önce, her iki durumda da sigortalı işyeri dışında bulunmalıdır. Ancak (b) bendinde kaza herhangi bir

⁷⁵¹ Kanunun ilk halinde de aynı düzenleme yer almaktaydı. Ancak “bir işverene bağılı olarak çalışan” ifadesi, o dönem için AYM’nin iptal kararı olmadığından, Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine girenleri de kapsıyordu. Nitekim, Kanunun ilk halinde işveren “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” şeklinde tanımlanmıştı (m. 12). Kanunun ilk hali için yapılan açıklamalara bkz. **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 62 vd. Tasarıdaki düzenleme için yapılan benzer açıklamalara bkz. **Akın**, İş Kazasının Tanımı, 3.

sebeple, fakat yürütülen/yürütülmekte olan iş nedeniyle hareket edildiği sırada gerçekleşmelidir. İncelediğimiz (c) bendinde ise, görevlendirilmiş olan sigortalının işyeri dışında herhangi bir nedenle hareket ederken, herhangi bir nedenle uğradığı kaza söz konusudur⁷⁵². Bundan başka, öğretide işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle zarara uğrama halinin sigortalının gününbirlik olarak işyeri sınırları dışına çıktığı halleri kapsarken⁷⁵³, (c) bendindeki durumun birden fazla gün için dışarıda görevlendirmeyi ifade ettiği ileri sürülmüştür⁷⁵⁴.

Yüksek Mahkeme de 506 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında sigortalının işyeri dışında herhangi bir nedenle hareket etmesi sırasında karşılaştığı zararlandırııcı olaya ilişkin hususu, şu şekilde ortaya koymuştur: “...Türkiye’den yüklenen yükü yurt dışında yerine ulaştırmak üzere 03.10.2006 tarihinde Arnavutluğun Tiran şehrinde gece molası verip sabahleyin yola çıkmak üzere konakladıkları otel odasında kendi başına istirahatata çekildiği sırada 01:30 sıralarında kalp krizi geçirip öldüğü, olayın sözü edilen madde gereği davalılar SGK ve işveren yönünden iş kazası sayılması gerekirken, Mahkemece, olayın SGK yönünden iş kazası olarak kabul edilmekle beraber iş ile ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle işveren yönünden iş kazası olarak kabul edilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”⁷⁵⁵. Karardan anlaşıldığı üzere, ilk derece mahkemesi karara konu olayı SGK açısından iş kazası saymış ve karar bu yönüyle Yargıtay tarafından isabetli bulunmuştur. Mahkemelerin bu yaklaşımı çalışmamızda benimsediğimiz anlayışa uygundur. Diğer taraftan ilk derece mahkemesi, işle kaza arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle davayı işveren yönünden reddederken, Yargıtay isabetsiz biçimde, ölüm olayının neden kaynaklandığı üzerinde durmamıştır.

⁷⁵² 506 sayılı Kanun döneminde de iki hüküm arasındaki farklılığa değinilmiştir. 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (c) bendinin özellikle işyerinin dışında uzun süre çalışmak üzere görevlendirilen sigortalılar hakkında söz konusu olacağı, sigortalının yurt içinde veya yurt dışında görevini ifa ederken boş zamanlarının olacağı ve bu zamanların değerlendirileceği konusunda şüphenin bulunmadığı belirtilerek, çalıştığı zamanlarda kazanın meydana gelmesi halinde (b) bendi gereği, çalışmadığı zamanlarda kazanın oluşması halinde ise (c) bendi gereği korumanın sağlanacağı ileri sürülmüştür. bkz. **Atabek**, 64. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, sigortalı çalışmasa dahi yürütmekte ya da yürütülen iş nedeniyle hareket ettiği durumlarda da zararlandırııcı olay, (b) bendi gereği iş kazası sayılabilmelidir.

⁷⁵³ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 319.

⁷⁵⁴ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 304.

⁷⁵⁵ Y. 21. HD., 26.04.2010 t., E. 2009/6341, K. 2010/4785, www.legalbank.net

Karara konu olayın işveren yönünden Yargıtay tarafından iş kazası olarak nitelendirilmesi yerinde bir değerlendirme değildir. Gerçekten, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası olarak nitelenebilecek olay, iş hukuku açısından aynı niteliği haiz olmayabilir⁷⁵⁶. İçerik yönünden farklı olan kavramlar, kendilerine bağlanan hukuki sonuçlar açısından da farklılık göstermektedir. Sosyal güvenlik hukukunda iş kazasının varlığı halinde, Kurumun yardım sağlaması bakımından sorumluluğu gündeme gelecek; iş hukukunda ise işverenin sorumluluğu söz konusu olmayabilecektir. Olayın sadece iş kazası sayılması işverenin sorumluluğu için yeterli sebep teşkil etmemektedir. Zararlandırııcı olayın işverenin eylemi veya iş şartları nedeniyle meydana geldiği durumlarda, iş hukuku anlamında iş kazasından bahsedilebilmeli ve işverenin tazminat sorumluluğu gündeme gelmelidir.

Konumuz bakımından önemli olan, aynı ya da benzer durumda bulunan, ancak asıl işini yapmadıkları zaman zarfında farklı davranan işçiler bakımından nasıl bir sonuca ulaşılabileceği ile ilgilidir. Örneğin aynı işyerinde çalışan iki işçinin şehir dışında aynı yere görevlendirdikleri bir durumda, işçilerden birinin kaldığı otelde, diğlerinin ise eğlenmek için gittiği bir yerde aşırı alkol alması ve oteline dönüşte trafik kazası geçirmek suretiyle zararlandırııcı olayla karşılaşması halinde olayların nasıl değerlendirilmesi gerektiği açıklanmalıdır. Örneğimizde bulunan kişiler benzer olduğundan ve olaya bağlanan hukuki sonuçlar önemli niteliği haiz olduğundan, yani ulaşılabilecek farklar önemsiz derecede olmadığından eşitlik ilkesi bakımından kıyaslama yapılabilir. Zararlandırııcı olayı benzer durumdaki sigortalılardan biri için iş kazası olarak kabul edip, diğeri içinse etmemek yönünde benimsenen farklı anlayış, haklılaştırılmadığı sürece eşitlik ilkesine aykırılık olur.

Yürürlükteki düzenlemede de 506 sayılı Kanunda olduğu gibi, asıl işini yapmaksızın geçen zaman ifadesine yer verilmiş, ancak bu zamanın nasıl değerlendirileceği konusunda herhangi bir ayırım ya da açıklama yapılmamıştır⁷⁵⁷. Hükümdeki açık düzenleme karşısında, belirtilen şekilde görevlendirilen işçinin asıl işini yapmaksızın

⁷⁵⁶ bkz. §7, I, 1, b, cc.

⁷⁵⁷ Yılmaz, 2.

geçen zamanı nasıl kullandığı önemli değildir⁷⁵⁸. Ancak sigortalının boş zamanlarını normal bir yaşantı içinde geçirmek zorunda olduğunun kabul edilmesi yerinde olur⁷⁵⁹. Buna göre, sigortalı haklı bir nedeni olmaksızın zararlandırıcı olayla karşılaşma yönündeki rizikosunu artırmamalı, rizikodan mümkün olduğu ölçüde kaçınmalıdır⁷⁶⁰. Söz konusu hallerin dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde, düzenlemeyle sağlanmak istenen amacın dışına çıkılacaktır. Bu bakımdan, hayatın olağan akışına göre ve genel yaşam deneyimlerine göre normal yaşantı içerisinde olmak şartıyla, sigortalının yolda geçirdiği sürelerde veya konaklama süresince geçirdiği kazalar da iş kazası olarak nitelenmelidir⁷⁶¹.

Sonuç olarak, sigortalının görev nedeniyle işyerinden ayrıldığı andan, işyerine döndüğü ana kadar geçen sürede karşılaştığı zararlandırıcı olaylar -hayatın olağan akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre makul görüldüğü sürece- kanun kapsamında kabul edilmelidir⁷⁶². Bu bakımdan, yukarıda verilen örnekte “sigortalıların hayatın olağan akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre yaptığı davranış” zararlandırıcı olayın farklı değerlendirilmesi açısından ayrımı haklı kılan bir nedendir. Bu bakış açısı altında işveren tarafından görevlendirilen aynı işyerinde çalışan sigortalılardan birinin kaldığı otelde karşılaştığı zararlandırıcı olayı iş kazası olarak kabul etmek; ancak haklı bir

⁷⁵⁸ **Alper**, Sosyal Sigortalar, 194; **Korkusuz/Uğur**, 308; **Güneş**, 29.

⁷⁵⁹ Ancak bu ifadenin mutlak şekilde anlaşılmaması gerekmektedir. Buna göre “işçiye verilen ödevin inkıtasız devam etmesi gerekmekte ve iş yaşamının genel akımı bunu gerektirmekte ise, sigortalı işini durdurup eğlenmeye gidecek olur veya başka iş ifa ederse, bu süre zarfında husule gelen kazanın iş kazası olmadığı kabul edilmelidir.” **Atabek**, 63. Benzer yönde, boşta geçen zamanın, hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine göre makul görülebilen zaman olduğu, asıl işini yapmaksızın geçen zamanın, objektif ölçülere göre hoşgörüle karşılanabilecek zaman dilimi olduğu, bu ölçülere uygun olarak geçirilen zamanda oluşan kazanın iş kazası sayılması gerektiği belirtilmiştir, bkz. **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 425. Bu görüşe göre, yaşamın olağan akışına göre normal karşılanmayacak davranışlar bulunulduğunda, işverenin otoritesinin kalktığından söz edilebilecek ve olay iş kazası olarak kabul edilemeyecektir. Örneğin, sigortalı, görevlendirildiği işini ifa etmek üzere işyerini terk ettikten sonra hiçbir neden olmaksızın kahveye girerse, kahvede geçirdiği zaman içinde meydana gelecek zararlandırıcı olay, iş kazası sayılamayacaktır; Buna karşın, aynı sigortalı görevlendirildiği işi yapmaya gittiği yerde mola verip kahveye girmesi doğal olduğu takdirde, geçirdiği kaza iş kazası olacaktır, bkz. **Atabek**, 63.

⁷⁶⁰ Özellikle sigortalının başka bir kimsenin menfaatine çalışmaması gerektiği belirtilmiştir, bkz. **Atabek**, 64. Bundan başka Yargıtayın bir kararı rizikonun artırılmaması yönündeki anlayışı özetler niteliktedir: “...kimi kişilerle birlikte tamamen eğlenmek ve gezmek amacıyla Çorum’a geldikleri, gece eğlence sonucu ve aşırı alkollü vaziyette bu kere Samsun istikametine doğru gidilirken, önde bulunan kamyonu arkadan çarpmak suretiyle kaza yaptıkları anlaşılmıştır. Bu tür özel amaçlı eğlence ve seyahatler sonucu meydana gelen olayların iş kazası olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.” Y. 21. HD., 29.04.2002 t., E. 2002/2036, K. 2002/3525, www.legalbank.net

⁷⁶¹ **Alper**, Sosyal Sigortalar, 194; **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 20; **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 75; **Yılmaz**, 2; **Güneş**, 30.

⁷⁶² **Atabek**, 64; **Sözer**, 1906. Yüksek Mahkeme, sigortalının, işveren davalı oğlu yanında çalıştığı ve olay günü dükkanda kullanılacak malzemeleri almak üzere görevlendirildiği ve gerekli alış-veriş yapmasını müteakip uğradığı yol üzerinde bulunan babasına ait başka dükkanda silahlı tecavüze uğrayarak öldüğü olayı, hoşgörü sınırları içerisinde kabul edilebilecek bir zaman kesiti içinde vukuu bulunduğu gerekçesiyle iş kazası saymıştır, YHGK., 05.06.1996 t., E. 1996/10-228, K. 1996/454, www.legalbank.net

neden olmaksızın riski artıran ve riskten kaçınmayan diğer sigortalının geçirdiği kazayı ise iş kazası saymamak eşitlik ilkesine aykırı değildir.

dd) Sigortalı Kadının Çocuğuna Süt Vermek İçin Ayrılan Zamanda Kazaya Uğraması

aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum

5510 sayılı Kanundan önce 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (d) bendinde yer alan emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda gerçekleşen kazaların iş kazası sayılabileceğine ilişkin düzenlemenin⁷⁶³, 1479 sayılı Kanuna zorunlu olarak tabi kadın sigortalılar için de kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu öğretide haklı olarak belirtilmişti⁷⁶⁴. Gerçekten, anılan hükümde yürürlükteki düzenlemeden farklı olarak, sadece bağımlı çalışanların bir kısmı için söz konusu olabilecek “iş mevzuatına göre süt izni” gibi bir ifadeye yer verilmemişti⁷⁶⁵. Bağımsız çalışan emzikli kadın sigortalının da çocuğuna süt vermek için zaman ayıracağı konusunda da şüphe olmayacağından, hükmün kıyasen uygulanması mümkündür.

2925 ve 2926 sayılı Kanunlarda ise, benzer bir düzenleme olmadığı gibi, kıyasen uygulama suretiyle anılan Kanunların kapsamındaki sigortalıların açıklanan karineden yararlandırılması da mümkün değildi. Bahsi geçen Kanunlardaki iş kazası tanımı dikkate alındığında, hiçbir koşul altında, çocuğunu emziren süreksiz tarım işinde iş sözleşmesine tabi olarak çalışan ya da kendi adına ve hesabına tarım işinde bağımsız çalışan sigortalının geçirdiği kaza iş kazası olarak sayılamazdı. Bu farklılığın haklı nedeni olmadığı aşağıda yürürlükteki düzenleme açıklanırken ortaya konmuştur.

⁷⁶³ 506 sayılı Kanuna tabi emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda geçirdiği kazanın iş kazası sayılacağına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 11. Bası, 295; **Taşkent**, 1962; **Sözer**, 1907; **Akın**, Maddi Tazminat, 33; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 206. 5510 sayılı Kanunun tasarısında da “emzikli kadın” ifadesi bulunmaktaydı.

⁷⁶⁴ **Çenberci/Uygur**, 327-328; İsteğe bağlı sigortalı olan ev kadınlarının icra etmekte oldukları iş nedeniyle değil, bizzatıhi sıfatları itibarıyla sigortalı olduğu belirtilmiştir, bkz. **Akın**, Sigorta Yardımları, 136. Belirtilen düzenlemenin bağımsız çalışan sigortalılar açısından hemen hemen ortadan kalktığı ileri sürülmüştür, bkz. **Turan**, 123.

⁷⁶⁵ 5510 sayılı Kanunda “süt izni”, 506 sayılı Kanunda ise “emzikli kadın” ifadesinin yer almasının nedeni yürürlükteki iş Kanunlarında kullanılan ifadelerin sosyal güvenlik kanunlarına yansımadır. Gerçekten 1475 sayılı Kanunun 62. ve 81. maddelerinde “emzikli kadın”, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 74. maddesinde ise, “süt izni” ifadesine yer verilmiştir. Buna mukabil, 506 sayılı Kanunda “iş mevzuatına göre” ifadesi yer almamaktaydı.

bbb) Unsurun Kişi Bakımından Uygulama Alanı

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin (d) bendinde, İş Kanununda tanınmış olan süt izni ile doğrudan bağlantılı bir hak sunularak⁷⁶⁶, m.4/I,(a) kapsamındaki emziren kadın sigortalının *iş mevzuatı* gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanda kazaya uğraması hali, iş kazası olarak kabul edilmiştir⁷⁶⁷. Esasen, 5510 sayılı Kanunun ilk halinde, *emziren kadın sigortalının*, çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda kazaya uğramasından bahsedilerek, İş Kanunu'ndaki süt izni ile doğrudan bir bağlantı kurulmamıştı. Daha farklı bir ifadeyle, Kanunun ilk halinde, çalışma ilişkisinin niteliği dikkate alınmadan genel bir düzenleme yapılmıştı. Zira açıkça, “işveren tarafından izin verilmiş olması” ya da “iş mevzuatına göre iznin kullanılması” gerektiği belirtilmemişti.

Yürürlükteki düzenlemede, açıkça hükmün kapsamı bakımından sigortalılar arasında fark yaratılmıştır. Buna göre, bağımsız çalışan kadın benzer ya da aynı durumda kazaya uğrarsa, olay iş kazası sayılamaz ve dolayısıyla Kanunda öngörülen sigorta yardımlarından da yararlanamaz⁷⁶⁸. Esasen ayırım, bu noktada da sadece farklı hukuki statü ile sınırlı değildir. Başka bir ifadeyle, ayırım sadece bağımlı ve bağımsız çalışanlar arasında yapılmamıştır. Zira yürürlükteki düzenleme açısından da hiç kuşku yok ki, bağımsız çalışan bir kadın sigortalı, çocuğunu *işyerinde* emzirdiği sırada kaza geçirirse, olay m.13/I,(a) hükmü gereği -işyerinde gerçekleştiğinden- iş kazası olarak nitelendirilir. Buna mukabil, bağımsız çalışanın evinde çocuğunu emzirirken geçirdiği kaza, iş kazası olarak nitelenemeyeceğinden, aynı hukuki statüdeki kişiler arasında da ayırım yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

Aynı hukuki statüde bulunan, başka bir ifadeyle aynı kapsamda sigortalı olanlar arasında yapılan ayırım belirtilenle de sınırlı değildir. Gerçekten fark, sadece bağımlı ve bağımsız çalışanlar ya da bağımsız çalışanların kendi arasında değil, m.4/I,(a) çerçevesinde sigortalı olanlar arasında da yaratılmıştır. Zira düzenlemede açıkça “...4 üncü maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş

⁷⁶⁶ Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 72.

⁷⁶⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 335; Şakar, 218; Aslanköylü, SSK Yorumu, 411; Uşan, 171; Pakin Akın, 38; Ernam, 141.

⁷⁶⁸ Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 72, 63; Akın, İş Kazası, 193. 657 sayılı DMK'nın 104/ D hükmünde “Kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde birbuçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır.” şeklindeki düzenleme yer almaktadır.

mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda...” ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla, her şeyden önce kadın sigortalıya, *iş mevzuatı gereğince* süt izni verilmiş olmalıdır. Ancak Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince sigortalı olan her kadın, 4857 sayılı İş Kanununa tabi çalışmamaktadır. Dolayısıyla, bağımlı çalışan her sigortalı kadın değil, 4857 İş Kanunu kapsamında çalışan her kadın 13. maddenin (d) bendi kapsamında değerlendirilebilir.

Çalışmamızda benimsediğimiz anlayış çerçevesinde, İş Kanunu kapsamındaki kadın sigortalının çocuğunu emzirmek için ayırdığı zamanda meydana gelen kazanın, bağımsız çalışan ya da İş Kanununa tabi olmayan, ancak m.4/I,(a) hükmüne göre sigortalı olan kadının aynı durumda uğradığı kazadan daha etkili veya önemli zarar verdiğini savunmak mümkün değildir. Daha net bir ifadeyle, çalışanların hukuki statülerinin farklı olması, kazanın sigortalılar üzerinde oluşturacağı zararın da farklı olacağı anlamına gelmez. Diğer taraftan zarar farklı olmamasına rağmen, kapsam dışında bırakılanlar aşağıda açıklanacak olan sigorta yardımlarına hak kazanamayacaktır. Dolayısıyla, söz konusu sigortalılar eşitlik ilkesi bakımından kıyaslanabilecek durumdadır. Kanun koyucu ayrımı haklılaştıramadığı sürece, düzenleme AY m.10 hükmüne aykırı kabul edilmelidir.

İş Kanunu’nun 66. maddesinin (e) bendinde, çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtecekleri sürelerin çalışma süresinden sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan süt izni sırasında işverenin otoritesinin devam edeceği anlayışı benimsenmiştir. Böyle bir anlayışın kabul edilmesi, süt izni sırasında gerçekleşen kazanın iş kazası olarak nitelenmesini gerekli kılar. Başka bir deyişle, 5510 sayılı Kanundaki düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki düzenlemeyle uyumludur. Açıklanan bu durum, 4857 sayılı İş Kanuna tabi kadın işçilerin süt izni sırasında karşılaştıkları zararlandırıcı olayı iş kazası olarak nitelemek için haklı bir nedendir. Ancak söz konusu neden ayrımı haklı kılmaz. Farklı bir ifadeyle, ortaya koyduğumuz gerekçe sadece İş Kanunu kapsamındaki kadın işçiler için düzenleme yapılmasını haklı kılmaz. Kanun koyucu, İş Kanununa tabi olmayan kadınlar bakımından neden böyle bir düzenleme yapılmadığını haklılaştırmalıdır.

Denetim zorluğunun haklı gerekçe oluşturduğu, bağımsız çalışanın süt izninde olduğunun belirlenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Ancak kanımızca, bu düşünce isabetli değildir. Gerçekten, işçinin süt izninde olduğunu iddia ettiği zaman bakımından da bunun işveren tarafından denetlenmesi son derece zordur. İşçiler izin saatlerini işverene bildirmekte ve bildirdikleri saatlerde süt izninde olduğu işverenlerince kabul edilmektedir. İşçinin gerçekten süt iznini kullanıp kullanmadığı işveren tarafından çoğu zaman denetlenememektedir. Bu bakımdan, işçiler bakımından sadece ispat kolaylığı bulunmaktadır.

Bizce, bağımsız çalışanların SGK'ya önceden bildirecekleri saatleri esas almak kaydıyla, işçilerin durumuna benzer bir hal yaratılmalıdır. Nitekim, sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerine ilişkin yönetmelik taslağının 38. maddesinde bağımsız çalışanların kuruma verecekleri dilekçe ile emzirme iznini hangi saatler arasında kullanacağını bildirmesi ve bu saatler içinde meydana gelen kazanın iş kazası sayılması gerektiği belirtilmişti⁷⁶⁹. Böyle bir durumda, bağımsız çalışanlarca bildirilen saat aralığı bakımından, SGK tarafından bunların süt izninde olduğu kabul edilmelidir. Önemle ifade etmek gerekir ki, bağımsız çalışanların faaliyetleri yerine getirme noktasında gerçek anlamda “bağımsız” olduğu ve istedikleri saatlerde süt iznine çıkabileceği de düşünülemez. Örneğin, eczacı istediği zaman eczanesini açıp açmamakta ya da açsa bile işe gidip gitmeme konusunda “bağımsız” değildir. Kendilerinin sürekli biçimde eczanede olmasının sağlanması bakımından bağlı bulundukları meslek odalarının, sağlık müdürlüğüne denetimler yapılmaktadır. Dolayısıyla, istedikleri zaman işyerlerini bırakıp gidemezler. Muhtar da istediği zaman işyerini açıp açmama noktasında serbest değildir. Aynı durum şirket ortağı açısından da geçerlidir. Bir şirket ortağı, salt bu özelliği nedeniyle işini istediği zaman terk etmek hak ve yetkisine fiilen sahip olmayabilir. Kuşkusuz, bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ortaya koyduğumuz bu durum, bir yönüyle işçilerin bağımlılığına benzemektedir. Nitekim önemle ifade etmek gerekir ki, iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de, söz konu faaliyetlerini gerçekleştirirken tam olarak bağımsız olamayacağından Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca, Kanunun ikinci

⁷⁶⁹ Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 72.

ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılmıştır (STİSK m.2/4). Dolayısıyla, işyerini istedikleri zaman terk etme noktasında işçiler kadar bağımlı durumda olan bağımsız çalışanlara da bu hak verilmelidir. Aynı bakış açısı altında ifade etmek gerekir ki, bu hak sadece iş mevzuatı gereğince işçi sayılanlara verilmemelidir. İş sözleşmesine tabi olarak çalışan ve dolayısıyla m.4/I,(a) çerçevesinde sigortalı olan herkes için sağlanmalıdır. Ancak bunlar için bu hak verilmesi bile m.4/I,(a) kapsamında sigortalı olan diğer kadın işçiler şartların varlığı halinde hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilirler. Fakat, bahsi geçen sigortadan sürekli iş göremezlik geliri öngörülmediğinden kendileri bu gelirden, ölüm geliri de kabul edilmediğinden hak sahipleri ölüm gelirinden yararlanmaz.

Yürürlükteki düzenlemede diğer bağımsız çalışanlar bakımından olduğu gibi, tarımda bağımsız çalışan sigortalılar için de karine (m.13/I,d) kabul edilmemiştir. Aynı şekilde 5510 sayılı Kanunun ek 5. maddesi gereği, sigortalı olmak için talepte bulunan kişi, 50'den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerinde veya işletmelerinde çalışıyorsa, İş Kanunu m.4 uyarınca bu işçiler İş Kanunu kapsamında olmayacağından, 4857 sayılı İş Kanunu gereğince kullanması gereken süt izni de mümkün değildir. Dolayısıyla, bu kişiler anılan unsur bakımından kapsamda değildir. Ancak 50 ya da daha fazla işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanlar ise, İş Kanunu kapsamında olduğundan, incelenen unsur kendileri için uygulanma kabiliyetini haizdir. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, iş sözleşmesiyle çalışan herkes için aynı olanak eşitlik ilkesi uyarınca sağlanmalıdır.

ccc) Unsurun Yer Bakımından Uygulama Alanı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesi uyarınca, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam 1,5 saat süt izni verilir⁷⁷⁰. Kadın sigortalı, süt izni sırasında serbest olup süt iznini işyeri dışında da kullanabilir⁷⁷¹. Süt izni sırasında kadın sigortalı *işyerinde* zararlandırıcı olaya maruz kalırsa, 13. maddenin (a) bendi

⁷⁷⁰ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 72.

⁷⁷¹ **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 21. Süt izninin günlük olarak verilmesi gerektiği, 1,5 saatlik süt izninin öğleden önce ve sonra olmak üzere ikiye bölünerek de kullanılabileceği, uygulamada haftanın bir günü işe gelmemek şeklinde kullanılmasının kanuna uygun olmadığı belirtilmiştir, bkz. **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 21.

gereği olay, iş kazası olarak nitelenir. Ancak bunun dışındaki hallerde, olayın nasıl niteleneceği belirlenmelidir.

İş Kanunu gereğince emzirme izninin mutlaka işyerinde kullanılması gerekmediğinden, kazanın işyeri sınırları içinde meydana gelmesi şart değildir. Ayrıca, (d) bendindeki düzenlemenin kesin ifadesi dikkate alındığında, kazanın emzirme anında olup olmamasının da önemi yoktur; önemli olan, kazanın süt vermek için ayrılan zamanda ortaya çıkmasıdır⁷⁷². Nitekim, Yargıtay da bir kararında emzirme izni sonrası işyerine gelmekte olan işçinin karşıdan karşıya geçerken geçirmiş olduğu kazayı iş kazası saymıştır⁷⁷³. Bu doğrultuda, kadın sigortalının süt izni sırasında çocuğunu emzirme dışında normal bir yaşantı içerisinde kalan alışveriş yapmak, yemek pişirmek gibi diğer faaliyetleri sırasında geçireceği kazalar da iş kazasıdır⁷⁷⁴.

ee) Sigortalının İşverence Sağlanan Araçla İşin Yapıldığı Yere Gidiş ve Gelişi Sırasında Kazaya Uğraması

aaa) Yürürlükteki Düzenlemeden Önceki Durum

1479 sayılı Kanun döneminde, 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (e) bendinin salt lafzi yorumu, karinenin kıyasen uygulanmasını mümkün kılmamaktaydı. Nitekim, 506 sayılı Kanunda toplu taşımanın sosyal yardım olarak öngörüldüğü ilgili hükmün, bağımsız çalışanlar için uygulanmasının söz konusu olamayacağı belirtilmişti⁷⁷⁵. Gerçekten, “toplu taşımanın” bağımsız çalışanlar için gerçekleşmesi mümkün değildir⁷⁷⁶. Dikkat edilirse, (e) bendinin bağımsız çalışanlar için uygulanamama nedeni süjelerin aynı olması değil, Kanunda öngörüldüğü şekliyle “toplu taşımanın” bağımsız çalışanlar için gerçekleşmeyecek olmasıdır. Sonuç olarak, hükmün bu şekildeki lafzi yorumu belirtilen halin bağımsız çalışanlar için uygulanmasını önlemekteydi. Esasen sadece lafzi yorum, hükmün bağımlı çalışan sigortalılar için de uygulanmasını imkansız kılmasa bile zorlaştırmaktaydı ve çok sınırlamaktaydı. Ancak aşağıda da izah edileceği üzere, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında amaca göre yorum yapmış ve tıbbi

⁷⁷² Alper, Sosyal Sigortalar, 194; Akın, Maddi Tazminat, 34; Uşan, 171; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 21; Güneş, 31.

⁷⁷³ YHGK., 10.06.1983 t., E. 328, K. 652, bkz. Çenberci, 121.

⁷⁷⁴ Canbolat, Sigorta Hükümleri, 21.

⁷⁷⁵ Çenberci/Uygur, 329; Akın, Sigorta Yardımları, 136; Turan, 123.

⁷⁷⁶ Akın, Sigorta Yardımları, 136.

mümessil olarak çalışan sigortalının kendisine tahsis edilen araçla işten evine doğru giderken geçirdiği kazayı iş kazası olarak nitelendirerek, “toplu taşıma” ölçütüne mutlak şekilde bağlı kalmamıştır⁷⁷⁷. Söz konusu yaklaşım doğrultusunda hareket edildiğinde, hükmün bağımsız çalışanlara da uygulanabilmesine engel bir durum yoktu. Nitekim, Yüksek Mahkemenin herhangi bir dışlama ya da sınırlama yapmadan genel ifadelerle 506 sayılı Kanunun ilgili hükmünün bağımsız çalışanlar için de uygulanabilirliğini vurguladığı görülmektedir⁷⁷⁸. 2925 ve 2926 sayılı Kanunlarda ise, benzer karine yer almamaktaydı.

bbb) İşverence Sağlama Ölçütünün Farklı Hukuki Statüdekiler Arasında Yarattığı Eşitsizlik

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin (e) bendinde “*Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan*” olayın da iş kazası sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bağımsız çalışan sigortalılar, maddede “işveren” ifadesine yer verildiğinden incelenen bent (m.13/I,e) kapsamında değerlendirilemez. Gerçekten, işverence sağlanan taşıt ifadesinin kullanılmasının sonucu olarak, bağımsız çalışan bir kimsenin aracıyla işine gidiş gelişi sırasında kazaya uğraması iş kazası olarak nitelendirilemez ve bağımsız çalışan daha sonra açıklanacak olan yardımlardan yararlanamaz⁷⁷⁹.

Bağımsız çalışanlar bakımından kabul edilen durumun eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Zira sigortalıların işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında meydana gelen zararlandırıcı olay, iş kazası

⁷⁷⁷ Aşağıda da görüleceği üzere, 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin (e) bendinde, sigortalıların işverence sağlanan bir araç ile işin yapıldığı yere giderken oluşan kazalar da iş kazası sayılmıştır. 506 sayılı Kanun döneminde Yargıtay uygulaması bir kenara bırakılırsa, Kanunda işverence sağlanan bir araçla *topluca* işe gidiş ve geliş esnasında meydana gelen kazalar iş kazası olarak sayılmıştır. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce 506 sayılı Kanun döneminde meydana gelen bir kazanın iş kazası olarak nitelenip nitelenemeyeceği konusunda, 5510 sayılı Kanunda yer alan hükümden hareketle “topluca getirilip götürülme” yönünde bir araştırmaya gerek olmadığını savunmanın doğru olmadığı *Uşan* tarafından ileri sürülmüştür. *Yazara* göre, olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Kanun hükmü esas alınmalıdır, bu noktada yargılamanın devam etmesinin de önemi bulunmamaktadır, *Uşan*, Değerlendirmeler, 341, 342. Gerçekten, Kanunda geçiş hükümleriyle açık bir düzenleme de olmadığı sürece, “her kanun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanır” kuralı gereğince, 5510 sayılı Kanunun geçmişteki olaylara uygulanması kabul edilemez. Ancak ifade etmek gerekir ki, devam eden bir duruma ilişkin olarak yeni kanunun tanıdığı bir haktan söz etmek doğru olur, bkz. **Ekmekçi**, Değerlendirme, 325.

⁷⁷⁸ Y. 21. HD., 22.01.2009 t., E. 2008/1727, K. 2009/563, bkz. www.legalbank.net; Y. 10. HD., 10.05.2007 t., E. 2006/18045, K. 2007/7179, bkz. www.legalbank.net.

⁷⁷⁹ **Caniklioglu**, Yeni Mevzuat, 66; **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 22; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 412.

sayılırken; işyerine gitme saikiyle hareket eden bağımsız çalışanın aynı ya da benzer durumda karşılaştığı zararlandırııcı olay ise aynı niteliği haiz olmamaktadır. Söz konusu ayırım haklılaştırılması gerekmektedir.

Bağımsız çalışanın gerçek saikinın belirlenmesi son derece zordur. Bu tespitin yapılması için her şeyden önce bağımsız çalışanın kaza yerinde olma nedeninin işyerine gitmek olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak bağımsız çalışanın sadece işyerine gitme niyetinde olduğunun belirlenmesiyle de yetinilmemelidir. Zira sadece bununla yetinmek, hükmün uygulama alanının denetimin yapılmasını imkansızlaştıracak biçimde genişletilmesine yol açar. Dolayısıyla, bağımsız çalışan sigortalının mutad güzergahında olup olmadığı araştırılmalıdır. Mutad güzergahında olmadığı durumlarda ise, bu güzergahtan ayrılmasını haklı kılan zorunlu nedenlerin varlığı irdelenmelidir. Nitekim, tasarıda herhangi bir ayırma gitmeden maddenin (e) bendinde “*sigortalıların, işe başlama ve ayrılma saatleri dikkate alınarak, mutad güzergahında işe gidişgelişi sırasında meydana gelen*” kaza, iş kazası sayılmıştır. Yasalaşan metinde, belirtilen sigortalılar bakımından ayırım yapılmıştır⁷⁸⁰. Tasarıdaki düzenlemeye olduğu gibi hukuki statü ya da sigortalıların işi gidiş geliş şekli dikkate alınmadan düzenlemenin yapılması eşitlik ilkesi bakımından gereklidir.

Yürürlükteki hükümle beraber, süresiz tarım işinde iş sözleşmesine tabi çalışan sigortalılar da kapsama alınmışlardır (Ek m.5). Tarım işinde bağımsız çalışanlar ise diğer bağımsız çalışanlar gibi kapsamda değildir. Örneğin, bir çiftçi tarlasında çalıştıracağı iki işçi ile beraber yola çıksa ve zararlandırııcı olayla karşılaşsa, işçiler iş kazası sigortasından öngörülen yardımlardan yararlanabilecek, ancak çiftçi yararlanamayacaktır. Aynı işi yapan ancak farklı hukuki statüde olanlar arasındaki bu ayırım eşitlik ilkesi açısından makul değildir.

Bu noktada, bağımsız çalışanın kaza geçirdiği aracın kendileri için işyeri sayılması suretiyle eşitsizliğin önüne geçmenin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanununda yer alan işyeri tanımına benzer tanım, SSGSSK’da benimsenmiştir. Araçların işyeri sayılması bakımından bunların sabit veya

⁷⁸⁰ Tasarıdaki düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. **Caniklioglu**, Tasarı, 58 vd.; **Akın**, İş Kazasının Tanımı, 3; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 412.

hareketli olmalarının önemi bulunmamaktadır⁷⁸¹. Aynı şekilde aracın işyerinin coğrafi sınırları içinde de bulunmasına gerek yoktur⁷⁸². Ayrıca araçların mutlaka işyerinde görülen işin yürütümü ile doğrudan bir ilişkisinin bulunması aranmamakta; işyerinde yürütülen faaliyete doğrudan ve dolaylı olarak katkıda bulunan her türlü araç işyerinden sayılabilmektedir⁷⁸³. Salt işyerine gelmek için kullanılan aracın işin yürütümü için dolaylı olarak bile olsa katkı sağladığı düşünülebilir. Nitekim, Yargıtay bir kararında servis aracını işyerinden saymıştır. Kararda “...davacının mesai bitimi evine bırakılma sırasında işyeri servis aracında başka bir işçi ile tartışmaya girdiği, karşılıklı hakaret ve darp eylemlerinin gerçekleştiği sabit olup, esasen bu olgu uyuşmazlık dışıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi gereği servis aracı işyeri organizasyonu içinde sayılmaktadır. Servis aracı içinde gerçekleştirilen bu karşılıklı eylemler, işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek bir nitelikte olup, iş ilişkisini etkilemektedir. Olaydan sonra darp nedeni ile rapor alınarak işe gelmeme, karşılıklı şikayetler bunun somut göstergeleridir. İş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenler bulunmaktadır.” şeklindeki ifadeler yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, işçilerin işlerine ve evlerine ulaşma amacını gerçekleştiren aracın işyeri sayılmasıyla, salt bu husun işyerindeki faaliyeti dolaylı olarak etkilediği kabul edilmiştir⁷⁸⁴. Nasıl ki, işyerinde olumsuzluklara yol açması noktasında servis aracı, kararda işyeri olarak kabul edilmişse, sosyal güvenlik açısından aynı aracın işyeri sayılmasına engel bir durum yoktur. Ancak bu açıklananlar iş sözleşmesine tabi çalışanlar için geçerli olup, bağımsız çalışanlar için uygulanabilir nitelikte değildir. Bu bakımdan kanun koyucu tarafından (e) benindeki düzenlemenin kapsamı genişletilmek suretiyle eşitsizlik giderilebilir.

ccc) İşverence Sağlanma Ölçütünün Aynı Hukuki Statüdekiler Arasında Yaratdığı Eşitsizlik

İncelediğimiz bendin kapsamı bakımından yaratılan farklılık, sadece farklı hukuki statüde olan sigortalılar arasında değildir. Gerçekten, m.4/I,(a) hükmü gereğince sigortalı olan herkesin işe gidiş ve gelişi sırasında uğradığı kaza, bent kapsamında değerlendirilemez. Hükmün uygulama alanı bulması için taşıt işverence sağlanmalıdır.

⁷⁸¹ Doğan Yenisey, 30.

⁷⁸² Doğan Yenisey, 30, 31.

⁷⁸³ Doğan Yenisey, 30.

⁷⁸⁴ Aynı yöndeki görüş için bkz. Alper, Sosyal Sigortalar, 195.

Dolayısıyla, m.4/I,(a) çerçevesinde sigortalı olanların “kendi özel araçları” ile ya da “toplu taşıma araçları” ile işe gidiş gelişleri sırasında uğradıkları kazalar, iş kazası olarak nitelenemez⁷⁸⁵.

Sigortalının kendi özel araçlarının ya da toplu taşıma araçlarının işverence sağlanma ölçütüne dahil olmadığı konusunda şüphe yoktur. Ancak bu belirleme her zaman kolay yapılamaz. Dolayısıyla, bir aracın ne zaman işverence sağlanmış kabul edileceği açıklanmalıdır. Bu açıklama yapılırken eşitlik ilkesinin göz önünde bulundurulması ulaşılabilecek sonuçlar açısından önemlidir. Örneğin, işverence sağlanan *aracın mülkiyetinin işverende olması* ya da *üçüncü kişide olması* yaşanan olayın, iş kazası olarak nitelenmesine engel olup olmadığı irdelenmelidir. Öğretide, aracın mülkiyetinin işverende bulunmasının şart olmadığı haklı olarak belirtilmiştir⁷⁸⁶. Buna göre, aracın işverenin zilyetliğinde bulunması yeterli olduğundan, kiralanmış araçlarla yapılan taşımalar da düzenleme kapsamına dahil edilmelidir⁷⁸⁷. Kanımızca, sırf aracın mülkiyetinin işverene ait olup olmamasına dayanılarak, kaza geçiren sigortalılar arasında ayırım yapılması, eşitlik ilkesine aykırı olur. Gerçekten aynı işyerinde çalışan, aynı işverence sağlanan araçlarla işe gidip gelen, ancak bu iki araçtan birinin mülkiyetinin işverene ait olmaması nedeniyle, söz konusu araçla yaşanan zararlandırıcı olayı iş kazası olarak nitelendirmemek, mülkiyeti işverene ait olan araçtaki zararlandırıcı olayı ise iş kazası kabul etmek, aynı durumda olanlar arasında haklı olmayan nedene dayalı ayırım yapıldığı sonucunu doğurur. Şüphesiz işverenleri ve işyerleri farklı olan iki işçi de işverence sağlanan araçla kaza geçirmeleri bakımından aynı durumda olduğundan farklı sonuca ulaşamaz. Kısacası, aracın mülkiyetinin işverende olup olmasına göre yapılan ayırım haklı nedene dayanmaz, önemli olan aracın işverence sağlanmasıdır.

Mülkiyetin işverene değil de, işçiye ait olması halinde ya da zilyetliğin de işverende olmaması durumunda kazanın nasıl değerlendirilmesi gerektiği eşitlik ilkesi açısından ortaya konmalıdır. Örneğin aynı işyerinde, aynı işveren otoritesinde çalışan m.4/I,(a)’ya tabi iki sigortalıdan birinin kendi aracıyla, diğerinin işverence tahsis edilen bir araçla işe

⁷⁸⁵ Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 74; aynı yazar, Yeni Mevzuat, 68.

⁷⁸⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 336; Sözer, Sosyal sigortalar, 307; Alper, Sosyal Sigortalar, 195; Korkusuz/Uğur, 309; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 68; aynı yazar, Kısa Vadeli Sigortalar, 74; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 22.

⁷⁸⁷ Sözer, Sosyal Sigortalar, 307.

gelirken birbirleriyle çarpıştıkları bir olayda, olayın aynı hukuki statüdeki ve aynı zararlı sonuçla karşılaşan sigortalılar için nasıl değerdendirilmesi gerektiğı eşitlik ilkesi bakımından önemlidir. Aracı işverence tahsis edilen sigortalı için söz konusu olayın, m.13/I,(e) hükmü gereğı iş kazası olarak niteleneceğı konusunda şüphe yoktur. Buna karşılık, aracın maliki olan diğerd sigortalı için olayın 5510 sayılı Kanun çerçevesinde iş kazası olarak sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanunun sadece lafzıyla bağılı kalınması bu sorunun olumsuz yanıtlanması sebebiyet verir ve hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlara ulaşılmasına neden olur. Zira böyle bir durumda, zararlandırıcı olay kendisi için iş kazası sayılmayan sigortalı, şartları haiz olması durumunda hastalık sigortasından ödeneğed hak kazanır ancak sürekli iş göremezlik gelirine hiçbir koşul altında hak kazanamaz. Dolayısıyla, maddenin lafzı yanında Kanunun amacı da dikkate alınmalıdır⁷⁸⁸. Öğretide isabetli olarak, sigortalının mülkiyeti kendisine ait bir aracın benzin ve diğerd zorunlu ihtiyaçlarının işverence karşılanması şartıyla ve hem işed gidiş hem de diğerd görevleri için kullanması konusunda bir anlaşma yapılmış olması halinde, bu araçta meydana gelen kazaların da iş kazası sayılması gerektiğı; buna mukabil, sigortalılara yol parası verilmesi gibi durumların işverence sağlanan araç ibaresine dahil edilemeyeceğı belirtilmiştir⁷⁸⁹. Sonuç olarak, yakıt ve diğerd zorunlu masrafların işverence karşılanması halinde, işverence sağlanan aracın varlığı kabul edilmelidir. Ulaşılan bu sonuç bizce de isabetlidir.

Açıklananlar doğrudusunda ifade etmek gerekir ki, aracın “işverence sağlama” ölçütü dahilinde bulunmadığı durumlarda, yani sigortalının kendi aracıyla ya da toplu taşımayla işed giden sigortalının karşılaştığı zararlandırıcı olay, m.13/I,(e) hükmüne göre iş kazası olarak kabul edilemez. Başka bir deyişle, sigortalıya işvereninin mülkiyetinde ya da zilyetliğinde olan bir araç sağlanmadığı veya yakıt ve benzeri masrafları işverence karşılanan sigortalıya ait ya da onun zilyetliğinde olan bir araç olmadığı sürece, zararlandırıcı olay iş kazası olarak değerdendirilemez. Zira bu gibi hallerde, yorumlanmayı gerektiren bir hüküm olmadığından amaca göre yorumdan hareketle aksi

⁷⁸⁸ Nitekim 506 sayılı Kanun döneminde benzer yaklaşım “toplu taşıma” ifadesi için sergilenmişti. Gerçekten, anılan Kanun dönemindeki salt lafzi yorum, hükmün bağımlı çalışan sigortalılar için de uygulanmasını çok sınırlamaktaydı. Bu bakımdan, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında amaca göre yorum yapmış ve tıbbi mümessil olarak çalışan sigortalının kendisine tahsis edilen araçla işten evine doğru giderken geçirdiğı kazayı iş kazası olarak niteleyerek, aracın işverence sağlanmasını yeterli saymış ve “toplu taşıma” ölçütüne mutlak şekilde bağılı kalmamıştır, Y. 10.HD., 03.02.1986 t., E. 1985/6312, K. 1986/462, bkz. www.legalbank.net

⁷⁸⁹ Canikloğlu, Yeni Mevzuat, 68; aynı yazar, Kısa Vadeli Sigortalar, 74.

sonuca ulaşılmaz. Farklı bir deyişle, kanun maddelerinde kullanılan ifadelerden kanun koyucunun amacı açıkça anlaşılıyorsa, bu amacın dışına çıkılarak yorum yoluyla başka bir sonuca varmak mümkün olmadığından işverence sağlanmayan araç olmadığı sürece, olay iş kazası olarak kabul edilemez. Ayrıca, maddedeki hal ve durumların sınırlı sayılması karşısında, incelenen bentteki düzenlemenin daha fazla genişletici yorum yapmak suretiyle uygulanmasına itinayla yaklaşılmalıdır. Sonuç olarak, (e) bendindeki düzenlemenin uygulama alanı yorum yapmak suretiyle daha fazla genişletilmemeli ve işverence sağlanmayan araçlar kapsama alınmamalıdır. Kaçınılmaz olan bu sonuç, şüphesiz aynı konumdaki sigortalılar arasında dahi, haklı olmayan ayrımın yaratılmasına sebebiyet verir⁷⁹⁰.

Gerçekten yukarıda açıklanan Yargıtayın kararına konu olan olayda, işveren tarafından verilen talimatla mermer işlerinin ölçüsünü almak üzere görevlendirilen işçinin, bu işin bitimi sonucu işyerine gelirken kaza geçirmesi olayı -işveren tarafından yürütülmekte olunan iş karinesi dikkate alınarak- iş kazası sayılmıştır⁷⁹¹. Karar, 506 sayılı Kanun döneminde verilmiştir. Şüphesiz 5510 sayılı Kanun döneminde de aracın işverence sağlanıp sağlanmadığına bakılmaksızın, olay m.13,(b) düzenlemesi gereği iş kazası olarak kabul edilir. Aynı şekilde, işverene bağlı olarak çalışan sigortalının görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda kazaya uğraması dahi iş kazasıdır (m.13/I,c). Ancak aynı işçi, sabah işyerine gelirken kaza geçirirse, aracın işverence sağlanıp sağlanmadığı tartışması yapılacaktır ki, aynı olay ve aynı kişiler arasında ortaya çıkan bu eşitsizliği kabul etmek uygun değildir⁷⁹². Sigortalının işverence sağlanmayan bir araçla işyerine giderken

⁷⁹⁰ Nitekim, 506 sayılı Kanun döneminde sigortalının kendi sağladığı araçla tek başına işyerine gidip gelirken uğradığı kazanın da hakkaniyet gereği (e) bendine dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir, **Cuhruk/Çolakoglu/Bükey**, 229.

⁷⁹¹ Y. 21. HD., 25.04.2001 t., E. 2001/3111, K. 2001/3240, www.legalbank.net

⁷⁹² Açıklananlardan başka, 506 sayılı Kanun döneminde Yargıtay tarafından iş kazası olarak değerlendirilen “işveren tarafından belirlenen durakta servis aracını beklerken üçüncü şahsa ait aracın çarpması sonucu oluşan zararlandırıcı sigorta olayının”, 5510 sayılı Kanunda nasıl kabul edilmesi gerektiği üzerinde de durulmalıdır, bkz. Y. 21. HD., 14.05.1996 t., E. 1996/2674, K. 1996/2738, www.legalbank.net. Başka bir ifadeyle, işverence sağlandığı konusunda şüphe bulunmayan ve evinin önünde park halinde duran araca giderken karşılaşılan zararlandırıcı olayın nasıl değerlendirilmesi gerektiği açıklanmalıdır. Salt aracın içinde geçirilen kazaların kapsama alınması hem eşitlik ilkesi hem de sosyal adalet düşüncesiyle bağdaşmaz. Ancak bunun sınırının belirlenmesi önemlidir. Gerçekten, bu anlayışın çok geniş yorumlanması, birçok olayın m.13/I,(e) kapsamında olmasına sebebiyet verir ki, böyle bir sonuç kabul edilemez. Bu bakımdan, dürüstlük kuralı gereği makul sayılabilecek bir süreç içinde uğradığı zararlandırıcı olaylar iş kazası sayılmalıdır. Son olarak işverence sağlanma ölçütüne ilişkin ifade edelim ki, 506 sayılı Kanunun 11. maddesinin (e) bendindeki iş kazası kavramı genişletilerek, sadece toplu olarak işin yapıldığı yere götürülme anındaki değil, bireysel götürülüp getirilme anındaki kazalar da, iş kazası kabul edilmiştir. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 336; **Şakar**, 218; **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 67; **Akın**, İş Kazası, 193; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 412; **Uşan**, 171.

karşılaştığı zararlandırııcı olayın 13. maddenin (b) bendine dahil edilmek suretiyle eşitsizliğin önüne geçilip geçilmeyeceği değerlendirilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, madde kapsamına dahil edilmesi konusunda şüphe duyulan durumlarda, sigortalının işverenin otoritesi altında olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ancak ne var ki, henüz mesai saatinin başlamadığı bir dönemde sigortalının işverenin otoritesine girdiğini kabul etmek zordur. Sigortalı işverenin otoritesine yani işe gitme saikiyle hareket etmiş ancak henüz bu durum gerçekleşmemiştir. Aksi düşünce hükmün uygulama alanının çok genişlemesine sebebiyet verir. Öyle ki sabah işe gitme amacıyla evinde hazırlanırken geçirdiği kazalar dahi iş kazası sayılır ki, bu yaklaşım doğru olmaz. Bu bakımdan, işverence sağlanmayan araçla işe gelirken sigortalının zararlandırııcı olayla karşılaşması m.13/I,(b) çerçevesinde değerlendirilemez.

Burada genellikle trafik kazalarının söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. **Tunçomağ**, 261. Belirtmek gerekir ki, hükmün kesin anlatımı karşısında sadece trafik kazaları değil, bunun dışındaki kazalar da teminat altına alınmıştır, bkz. **Atabek**, 66; **Ersan**, 50; **Akın**, Maddi Tazminat, 35; **Başboğa Şahbaz**, 28. Ayrıca, hükümde geçen “sırasında” sözcüğünün daraltıcı değil, genişletici yoruma tabi tutulması gerektiği ve sigortalıların araca bindikleri ve indikleri zaman kesitiyle sınırlı biçimde anlaşılması gerektiği 506 sayılı Kanundaki düzenleme için ileri sürülmüştür, bkz. **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 428. Somut olaya göre konunun farklı değerlendirilebileceği de belirtilmiştir, bkz. **Atabek**, 66. Bu yönüyle düzenleme, hem Yargıtay içtihadına (Y. 10.HD., 19.06.1992 t., E.1991/15658, K.1992/6893, www.hukukturk.com, Aynı yönde bkz. Y. 10.HD., 03.02.1996 t., E.1985/6312, K.1986/462, www.hukukturk.com. Aksi yöndeki görüş ve Yargıtay kararı incelemesi için bkz. **Centel**, Karar İncelemesi, 123 vd.; **Tuncay**, İş Kazası, 18 vd.) hem de bir yönüyle eşitlik ilkesine uygun hale getirilmiştir. Gerçekten, mülga Kanun döneminde olduğu gibi sadece toplu götürmeler iş kazası olarak kabul edilseydi, hukuki statü ve doğacak zararlar bakımından aynı ya da benzer durumda olan, ancak bireysel getirilip götürülen sigortalının işyerine giderken geçirdiği kaza, iş kazası sayılmayacaktı. Önceki düzenlemenin uygulamada adaletsizliklere neden olduğu belirtilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 72. Bundan başka, işçinin işverence tahsis edilmiş araçla işyerine getirilip götürülürken tek başına ya da toplu olarak geçirdiği kazalar arasında fark gözetilmesinin işçiler arasında kanun hükmüyle eşitsizlik yaratıldığı belirtilmiştir, bkz. **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 427; **Başboğa Şahbaz**, 29. Nitekim, Yargıtay da eski Kanun döneminde bu konuya dikkat çekmiş ve bir kararında “...*toplu ve münferit taşımalar arasında bir ayrım gözetilemeyeceği, böyle bir ayrımın sosyal güvenlik ilkelerine ters düşeceği, münferit taşımaların dışlanmasının adalete uygun olmayacağı, çoğun içinde azında bulunacağı*” ifadelerine yer vererek, düzenlemenin haksız ayrım teşkil ettiğini belirtmiştir (Y. 10.HD., 19.06.1992 t., E.1991/15658, K.1992/6893, www.hukukturk.com., Aynı yönde bkz. Y. 10.HD., 03.02.1996 t., E.1985/6312, K.1986/462, www.hukukturk.com. Yargıtayın görüşü öğretide de paylaşılmaktaydı. Buna göre, sigortalının kendi sağladığı araçla tek başına işyerine gidip gelirken uğradığı zararın bile hakkaniyet gereği “e” bendine dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmüştü, bkz. **Cuhruk/Çolakoğlu/Bükey**, 229. Ancak Kanunun mutlak ifadesi karşısında bu görüşün ve Yargıtay’ın görüşünün aksi de savunulmuştur. Yargıtayın, toplu sözcüğünün bireysel taşımaları da kapsayacağı görüşüyle, açık kanun metnini aşmak istediği, bunun SSK m. 11/A hükmünde benimsenen sınırlı sayı ilkesine aykırılık taşıdığı belirtilmiştir, **Centel**, Karar İncelemesi, 125-126. Nitekim Yargıtayın bazı kararlarında toplu taşıma ölçütünü esas almıştır, Y. 21. HD., 12.07.2011 t., E. 2010/14098, K. 2011/6281, www.legalbank.net. Buna mukabil, YHGK davacının kendisine ait motosikletle işyerine gelirken, karayolunda bir başka araçla çarpışması sonucu meydana gelen zararlandırııcı olayı, iş kazası olarak değerlendirmemiştir, YHGK., 04.11.1998 t., E. 1998/21-767, K. 1998/787, www.legalbank.net. Anılan olayın 5510 sayılı Kanun döneminde yaşanması durumunda, motosikletin işverence sağlanıp sağlanmadığı üzerinde durularak, sonuca varılmalıdır. Eksik kapsamlı düzenlemenin genişletilmesiyle 5510 sayılı Kanunla bu sorunun aşıldığı savunulabilir. 5510 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanundaki ayrımın ortadan kaldırıldığı belirtilerek, yürürlükteki düzenleme gereği artık sigortalının işverence sağlanan herhangi bir taşıtla evinden işine gitmek ya da işinden çıkıp evine gelmek üzere yolda geçirdiği sürelerde meydana gelen kazaların da iş kazası sayılacağı belirtilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 73.

Aynı hukuki statüde bulunanlar arasında yaratılan eşitsizlik sadece m.4/I,(a) kapsamındakiler için değildir. Gerçekten eşitsizlik sadece m.4/I,(a)'ya tabi sigortalılar arasında değil, aynı maddenin (b) bendine tabi sigortalılar arasında da yapılmıştır. Yukarıda da izah edildiği üzere, 13. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi gereği, bağımsız çalışanın yürütmekte olduğu iş nedeniyle hareket ettiği durumlarda meydana gelen zararlandırıcı olay, doğrudan işle bağlantısı olmasa bile iş kazasıdır⁷⁹³. Bu gibi durumlar için de yani olayın m.13/I,(b) kapsamına dahil edilmesi gereken noktada da bağımsız çalışanın saikinın nasıl ispat edileceği önemli bir sorundur. Fakat kanun koyucu bu soruna rağmen, (b) bendinde bağımsız çalışanları kapsama almıştır. Misal olarak işyerinden *iş görme niyetiyle* ayrılan ve müşterisinin evine giderken, herhangi bir nedenle bağımsız çalışanın geçirdiği kaza, iş kazasıdır. Ancak evinden işyerine *iş görme niyetiyle* giderken aynı sigortalının karşılaştığı zararlandırıcı olay ise iş kazası değildir. Aynı kapsamdaki ve aynı niyetle hareket eden sigortalılar arasında aynı ya da benzer olaylara karşı aynı esaslar kabul edilmeliydi. Önemle ifade etmek gerekir ki, bağımsız çalışanlar için hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği ve herhangi bir sigortalıya yönelik sürekli iş göremezlik geliri ya da bunların hak sahipleri için ölüm geliri kabul edilmediğinden, eşitliğe aykırılığın sonuçları önemli niteliktedir.

Bu bakımdan, aynı zararlandırıcı olayın benzer sigortalılar arasında farklı değerlendirilmesine neden olan “aracın işverence sağlanıp sağlanmaması” ölçütü makul değildir. Tasarıda olduğu şekilde “*sigortalıların*, işe başlama ve ayrılma saatleri dikkate alınarak, *mutad güzergahında* işe gidişgelişi sırasında meydana gelen” kaza, iş kazası sayılmalıdır.

ddd) Sigortalının Güzergahının Önemi

İncelediğimiz hükmün uygulanmasının sınırsız biçimde genişletilmesinin önüne geçilmelidir. Öğretide sigortalının kazaya uğradığı yerin, evi ile işyeri arasında olağan olan bir güzergahta bulunmaması halinde, bu kazanın iş kazası sayılmaması yerine durumun ayrıca değerlendirilmesi gerektiği, özellikle Kanunda bir güzergahtan söz edilmemesi karşısında, durumu olağan güzergaha bağlamanın yerinde olmadığı, ayrıca

⁷⁹³ bkz. §7, I, 2, b, bb.

günlük hayatın ihtiyaçları ve bazı zorunluluklar nedeniyle sigortalının olağan güzergahını değiştirmesinin her zaman mümkün olduğu; bu bakımdan bir kaza ya da yol çalışması nedeniyle sigortalının olağan güzergahının değiştirmesinin her zaman mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁷⁹⁴. Gerçekten hükümde mutad güzergahta olma zorunluluğuna yer verilmemiş olsa da, önemle belirtmek gerekir ki, yukarıda m.13/I,(b) ve (c) bentleri incelenirken de açıklandığı üzere, sigortalı kaza riskini artırmamalıdır.

Nitekim, sigortalının işe gidiş-geliş sırasında uğradığı kazaların iş kazası olarak kabul edildiği Alman Hukukunda evden işe giderken ya da işten eve dönerken gerçekleşen tüm zararlandırıcı olaylar iş kazası sayılmamaktadır. Buna göre, sigortalının her zaman kullandığı yoldan, *özel bir işini yapmak amacıyla* ayrıldığı sırada meydana gelen zararlandırıcı olaylar iş kazası olarak kabul edilmemektedir⁷⁹⁵. Misal olarak, Alman Hukukunda, sigortalının özel aracı ile işe giderken benzin almak amacıyla uğradığı benzin istasyonunda meydana gelen kaza, iş kazası olarak değerlendirilmemiştir. Öğretide, bu konuda bir ayırım yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, sigortalının yolun üzerinde bulunan benzin istasyonuna uğrayarak benzin alması sırasında meydana gelen kaza, iş kazası sayılmalıdır. Ancak sigortalının benzin almak amacıyla olağan yolundan ayrılıp bir başka yere gitmesi halinde, bu sırada gerçekleşen kazanın -olayın özelliği daha farklı bir sonuca ulaşmayı gerekli kılmadığı sürece- iş kazası sayılmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁹⁶. Kanunda yer alan bir istisna nedeniyle, Alman Hukukunda sigortalının çocuğunu bir bakıcı ya da kreşe bıraktığı sırada ya da birlikte işe gidip geldiği kişileri evinden almak veya bırakmak için olağan yolundan ayrıldığı sırada meydana gelen kazalar iş kazası sayılmaktadır⁷⁹⁷. Hukukumuz bakımından da, işe giderken çocuğun bir kreşe bırakılması amacıyla güzergahın

⁷⁹⁴ **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 75. Bazı zorunluluklar nedeniyle, sigortalının mutad güzergahını değiştirmesi mümkün olup, bu gibi zamanlarda meydana gelen zararlandırıcı olayların, sigortalının olağan güzergahında olup olmadığı ya da olağan güzergahın değiştirilmesini gerektiren zorunlu nedenlerin neler olduğunun uygulamada zamanla ortaya çıkacağı öğretide ileri sürülmüştür, **Caniklioğlu**, Tasarı, 60.

⁷⁹⁵ Kressel, Eckard/Wollenschlaeger, Michael: Leitfaden zum Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Berlin 1996, 263; Baltes, Joachim/Rogowski, Alfons: Sozialrecht, Köln 1986, 258; Schulin, Bertram: Faelle zum Sozialrecht, München 1987, 188 (**Caniklioğlu**, Tasarı, 60'dan naklen).

⁷⁹⁶ **Caniklioğlu**, Tasarı, 60.

⁷⁹⁷ **Eichenhofer**, 224-225, Rn. 404 (**Caniklioğlu**, Tasarı, 61'den naklen)

değiştirilmesi, güzergahın zorunlu olarak değiştirildiği haller kapsamında değerlendirilmelidir⁷⁹⁸.

Fransız Hukukunda da sigortalının evinden işine ve işinden de evine giderken meydana gelen kazalar kural olarak iş kazası sayılmaktadır. Fransız Yüksek Mahkemesi 2001 yılında, olağan güzergahın mutlaka en kısa yol olması gerekmediğine, farklı bir özel amaca hizmet etmediği sürece trafik yoğunluğu nedeniyle sigortalının daha az risk taşıyan başka bir yolu tercih etmesini ve yolu bu şekilde uzatmasının kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Diğer taraftan, iş ev arası olağan güzergahtan doktora gitmek için ayrılan sigortalının uğradığı kazanın, güzergahtan ayrılma tamamen özel bir amaç taşıdığı ve günlük hayatın olağan ihtiyaçları çerçevesinde kabul edilemeyeceği gerekçesiyle iş kazası sayılmayacağı sonucuna varılmıştır. Ancak başka bir kararında ise, bel fıtığı nedeniyle ağrısı olan sigortalının işin bitmesinin hemen akabinde fizik tedavi uzmanına gitmesi ve bu güzergahta kazanın oluşması durumunda, durumun zorunluluktan kaynaklandığı gerekçesiyle iş kazası sayılmıştır⁷⁹⁹.

Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, iş kazasına ilişkin hallerin sayıldığı 13. madde hükmü incelendiğinde, her ne kadar söz konusu maddede gerek iş sözleşmesine göre çalışanlar ile bağımsız çalışanlar için iş kazası sayılacak hal ve durumlar düzenlemiş gibi gözükse de, aslında esas olarak bağımlı çalışanlar dikkate alınarak yapılan bir düzenleme mevcuttur. Öyle ki, yukarıda incelemeye çalıştığımız beş halin tamamı bağımlı çalışan sigortalı için mümkün olabileceksen, bağımsız çalışan kişinin sadece işyerinde bulunduğu sırada veya yürütmekte olduğu iş nedeniyle işyeri dışında bulunduğu sırada kendisini ruhen veya bedenen özre uğratan olay iş kazası sayılmaktadır⁸⁰⁰. Kanun koyucunun bağımsız çalışanlar bakımından denetim yetersizliği endişesinden hareketle farklı düzenleme yaptığı ve bu endişenin öğretilde de öne sürüldüğü görülmüştür. Aynı ve benzer durumda olanlar arasında benimsenen farklı anlayış eşitlik ilkesi gereğince haklılaştırılmalıdır. Kanun koyucunun, Kurumun hileye uğratılmasının ve dolayısıyla yersiz yardım sağlanmasının önüne geçmek amacı meşru kabul edilebilirse de, öngörülen düzenleme bunu sağlamak için elverişli değildir.

⁷⁹⁸ Caniklioğlu, Tasarı, 61.

⁷⁹⁹ Berksoy, İrem, Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Ödevi, İstanbul, 2005, 13, (Caniklioğlu, Tasarı, 61'den naklen).

⁸⁰⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 315; Uşan, 172.

Bağımsız çalışanlar da kapsama alınarak, farklı düzenlemelerle kanun koyucunun öngördüğü meşru amaç gerçekleştirilebilir. Bu bakımdan genel olarak değerlendirildiğinde, iş kazası oluşturan hallerin bağımsız çalışanlar için bağımlı çalışanlara oranla bu şekilde sınırlandırılmış olması eşitlik ilkesine aykırıdır.

c) Zarar Unsuru: Zararın Niteliği ve Kaza ile Zarar Arasındaki İliyet Bağının Yeterliliği

Zararlandırııcı olayın iş kazası olarak nitelenebilmesi için, olayın 13. maddede sayılan durumlar içinde meydana gelmesi yanında, olay nedeniyle sigortalının zarar görmesi de gerekir. Daha farklı bir ifadeyle, olay ile sonuç arasında ilişki olmalıdır⁸⁰¹. Maddede “...sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olaydır.” ifadesine yer verilerek, zarar unsurunun varlığı açıkça ortaya konmuştur. Madde kapsamında değerlendirilen olay nedeniyle zararın meydana geldiğini belirtmek için, olayın niteliği itibariyle olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre meydana gelmiş olan zararı doğurmaya elverişli olması gerekmektedir⁸⁰². Ortaya çıkacak bedensel ya da ruhsal zarar, en azından sosyal sigorta yardımlarının kurumca sağlanmasını gerektirecek nitelikte ve derecede olmalıdır⁸⁰³. SGK tarafından yardım yapılmasını gerektirmeyecek derecedeki olayların, sosyal güvenlik hukuku açısından iş kazası olarak nitelendirilmesi hukuki açıdan sorumluluk doğurmayacağı için önemi bulunmamaktadır. Buna mukabil, vücut bütünlüğünde gerçekleşen küçük zararlar, sağlık yardımlarının yapılması bakımından yeterliyse de, parasal yardımların yapılmasına olanak vermez⁸⁰⁴.

Zarar, vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi şeklinde ortaya çıkmalıdır. Vücut bütünlüğünün ihlali, bedensel veya ruhsal özür ya da ölüm şeklinde meydana gelir⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ Neden ile sonuç arasında bağ bulunmalıdır, bkz. Üçışık, 98. Burada bahsedilen uygun illiyettir. “Eğer sigortalının uğradığı zarar, olayların doğal akışına göre faaliyetin beklenilmeyecek bir sonucu ise, o durumda uygun nedensellik bağından söz edilemez.” bkz. Tunçomağ, 265.

⁸⁰² Şakar, 219; Eren, Sorumluluk, 10; Ulusan, 73.

⁸⁰³ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 338; Sözer, Sosyal Sigortalar, 309; Korkusuz/Uğur, 309.

⁸⁰⁴ Akın, Maddi Tazminat, 37.

⁸⁰⁵ Şakar, 219, Saymen/Ekonomi, 86; Çenberci, 117; Üçışık, 95; Berksoy, 713. Vücut bütünlüğündeki zararlardan söz edebilmek için, anatomik değişikliğin varlığı şart olmayıp, ruhsal harabiyet de zarar olarak nitelendirilir. Zararın tümüyle ruhsal nitelikte olabileceği, buna göre işyerindeki büyük patlama sonucunda işçide gürültü fobisinin başlamasının ya da işçinin cinsel gücünü yitirmesinin zarar olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. Şakar, 219. Nitekim, yukarıda belirttiğimiz 13. maddede hükmünde zararın niteliğinin sadece bedensel olması

Vücut bütünlüğünün ihlali, kaza neticesinde ortaya çıkmalıdır⁸⁰⁶. Bu noktada sigortalılar arasında herhangi bir farklılıktan bahsedebilmek mümkün değildir.

Sigortalının kullandığı ve organ görevi yapan protezlerde zarara neden olayların iş kazası sayılıp sayılmayacağı da ortaya konmalıdır. Öğretideki bir görüş tarafından, vücuda takılmış protezin, vücudun ayrılmaz parçasını yani bir organı teşkil etmesi halinde vücut tamlığı kavramının geniş yorumlanması gerektiği ve olayın iş kazası sayılmasının yerinde olduğu savunulmuştur⁸⁰⁷. Gerçekten sigortalının sağlıklı olan bir organının kaza neticesinde zarar görmesi halinde, SGK –gerekli şartların varlığı halinde- zararın tazminini sağlamaktadır. Aynı tazminin organ işlevi gören protez kullanan sigortalılar bakımından da gerçekleşmesi gerekir. Bu konuda yapılacak ayırımın eşitlik ilkesine aykırı olacağı kanaatindeyiz.

3. Meslek Hastalığı Kavramı ve Unsurları

a) Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kanunlarda Meslek Hastalığına Yönelik Benzer Düzenlemeler ve Kavramın Tanımı

Meslek hastalığı, iş kazası gibi sosyal güvenlik sistemimiz tarafından sosyal bir risk olarak kabul edilmiştir⁸⁰⁸. Konumuz açısından incelenmesi gereken husus, –iş kazasında olduğu gibi- meslek hastalığının tanımı ve unsurları bakımından sigortalılar arasında eşitlik ilkesine aykırı herhangi bir durumun söz konusu olup olmadığıdır. Bu noktada haklı neden olmaksızın yaratılacak farklılıklar, yapılacak sigorta yardımlarını etkileyeceğinden eşitlik ilkesine aykırı hususların tespiti önem taşır.

geremediği açıkça belirtilmiştir. Buna mukabil bedensel ve ruhsal zararlar dışında, sigortalının mal kaybına neden olaylar iş kazası olarak kabul edilmez.

⁸⁰⁶ Akın, Maddi Tazminat, 23, 39. Buradaki illiyet bağının uygun illiyet bağı olduğu, olayların normal akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre gerçekleşen türden zararlı bir sonucu meydana getirmeye elverişli ya da böyle bir sonucun doğmasını kolaylaştıran nedenin uygun neden olduğu, bu nedene bağlı sonucun ortaya çıkması halinde de uygun illiyet bağının varlığından bahsedileceği ileri sürülmektedir, Eren, 12; Tunçomağ, 265; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 411. Kaza ile uğranılan zarar arasında illiyet bağının aranması neticesinde, sigortalının vücut bütünlüğünde meydana gelen zararın ya da ölümün, olayların normal akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre, kazanın sonucu ortaya çıktığı ispatlanmalıdır Tuncay/Ekmekçi, 295.

⁸⁰⁷ Saymen/Ekonomi, 86; Tunçomağ, 264; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 410; Sözer, Sosyal sigortalar, 309; Tuncay/Ekmekçi, 314; Sözer, 1915; Şakar, 219; Akın da benzer şekilde, vücutla yaşayan bir organ düzeyinde bağlantısı olan organların uğradıkları kazaların, diğer kanuni şartları taşımaları halinde iş kazası olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür, bkz. Akın, Maddi Tazminat, 38. Aksi yöndeki görüş için bkz. Eren, Sorumluluk, 6.

⁸⁰⁸ Meslek hastalığı sosyal riskine ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 343 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 297 vd.; Şakar, 220 vd.; Tunçomağ, 263 vd.; Alper, Sosyal Sigortalar, 199; Uşan, 177 vd.; Korkusuz/Uğur, 311 vd.; Aslanköylü, SSK Yorumu, 438 vd.; Balcı, 125 vd.; Başboğa Şahbaz, 33 vd.; Umdü, 67 vd.

Meslek hastalığının unsurlarının ortaya konması açısından öncelikle kavramın öğretide ve mevzuatta nasıl tanımlandığı belirlenmelidir⁸⁰⁹. Sosyal güvenlik hukukunda meslek hastalığı, hastalık kavramından farklılık göstermektedir⁸¹⁰. Meslek hastalığı kavramı –iş kazasından farklı olarak- gerek 506 sayılı Kanunda gerekse 5510 sayılı Kanunda tanımlanmıştır. 506 sayılı Kanunun “İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tanımı” başlıklı 11. maddesinin (B) bendinde, meslek hastalığı “*sigortalının çalıştırıldığı işin niteliğine göre tekrarlanan bir nedenle veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir.*” biçiminde ifade edilmiştir. 2925 sayılı Kanunda da aynı ifadelerle yer verilerek kavram açıklanmıştır. 2926 sayılı Kanunda da benzer şekilde kavram “*Sigortalının yürüttüğü tarımsal faaliyetlerin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya tarımsal faaliyetin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza hallerini*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, açıkça “tarımsal faaliyet” ifadesine yer verilmesi dışında, tanımlar arasında herhangi bir farklılık yoktur.

Söz konusu tanımların aynısı sayılacak bir tanım, 5510 sayılı Kanunun “Meslek Hastalığının Tanımı, Bildirilmesi ve Soruşturulması” başlıklı 14. maddesinde verilmiştir: “*Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özrürlük halleridir*”⁸¹¹.

Görüldüğü üzere, 506 sayılı Kanunda yer alan “sigortalının çalıştırıldığı işin” ifadesi yerine, Kanunun kapsama aldığı kişiler dikkate alınarak “sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin” ifadesi kullanılmıştır. Bunun dışında, kavramın tanımında iki düzenleme arasında farklılık bulunmamaktadır. 506 sayılı Kanundaki ifade yer alsaydı, bağımsız

⁸⁰⁹ TDK’nun büyük ve güncel sözlüklerinde meslek hastalığı kavramı tanımlanmamış olup, sadece hastalık kavramı tanımlanmıştır. Hastalık, “*organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık, çor, dert, sayrılık, illet, maraz, maraza, esenlik karşıtı*” olarak açıklanmıştır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda meslek hastalığı, mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalık olarak tanımlanmıştır.

⁸¹⁰ Hiç kuşku yok ki çalışanlar sadece mesleki risklere değil, fizyolojik risklere de maruz kalabilirler. Bu durumda genel sağlık sorunları ortaya çıkacaktır ki, bu durum genel sağlık sigortası ile güvence altına alınmıştır, **Umdü**, 67.

⁸¹¹ Kanunun ilk halinde de aynı tanım bulunmaktaydı. Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği’nin 4. maddesinin “i” bendinde de Kanundaki tanımın aynısı yer almaktadır. İSGK’da meslek hastalığı, “mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı” biçiminde tanımlanmıştır (m. 3/1). İfade etmek gerekir ki, Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği ile yukarıda adı geçen Yönetmeliğin Meslekte Kazanma Gücü Azalma Oranı Tespitine İlişkin Usul ve Esaslar bölümü yürürlükten kaldırılmadığı için, tanım geçerliliğini korumaktadır.

çalışanlar için meslek hastalığından bahsetmek mümkün olmazdı. Böyle bir durum, eşitlik ilkesi çerçevesinde kabul edilemeyeceği için, yürürlükteki düzenleme hem benimsediği sistemi yansıtmaması hem de eşitlik ilkesi bakımından isabetlidir. Buna mukabil öğretilerde meslek hastalığı, Kanundaki tanıma benzer şekilde tanımlanmış olmakla birlikte, sadece m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalılar dikkate alınmıştır. Buna göre meslek hastalığı, “*işçinin işverenin emir ve talimatı (otoritesi) altında çalışmaktayken işin niteliğine göre yinelenen bir nedenle veya işin yürütüm koşulları nedeniyle maruz kaldığı bedeni veya ruhi arıza*” biçiminde tanımlanmıştır⁸¹². 506 sayılı Kanundan farklı olarak, 5510 sayılı Kanunda herhangi bir ayırım yapılmadan “sigortalı” ifadesine yer verildiği için, öğretilerde yapılan tanım, sadece iş sözleşmesine bağlı olarak çalışanları kapsama alması nedeniyle eksik kalmaktadır. Bu durumun sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yürürlükteki düzenleme ve eşitlik ilkesi karşısında kabulü mümkün değildir.

Yukarıda verilen tanımların incelenmesi neticesinde, meslek hastalığı ile ilgili olarak öne çıkan unsurlar, meslek hastalığına yakalanan kişinin *sigortalı* olması, *işin niteliğinden* ya da *yürütüm koşullarından dolayı tekrarlanan bir nedenle hastalık* ya da *bedensel veya ruhsal özrürlük halinin* ortaya çıkması şeklinde sayılabilir⁸¹³. Görüldüğü üzere, iş kazasından farklı olarak, yapılan işle hastalık arasındaki illiyet bağının varlığının tespitinde karineler söz konusu değildir. Buna göre meslek hastalığı, mesleki faaliyetten kaynaklanmalı ve hastalık neticesinde -iş kazasında olduğu gibi- maddede belirtildiği şekilde zarar doğmalıdır⁸¹⁴.

⁸¹² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 344, Şakar, 220; Eren, Sorumluluk, 23; Tunçomağ, 262; Uşan, 178; Korkusuz/Uğur, 223.

⁸¹³ Meslek hastalığının unsurlarına ilişkin bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 344 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 297 vd.; Şakar, 220 vd.; Alper, Sosyal Sigortalar, 200; Korkusuz/Uğur, 312; Uşan, 178-179; Doğan Yenisey, Social Security, 98,99; Başboğa Şahbaz, 35 vd.

⁸¹⁴ Saymen/Ekonomi, 88; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 419; Sözer, İş Kazası ve Meslek Hastalıkları, 412; Eren, Sorumluluk, 28; Üçışık, 113. Meslek hastalığının Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen raporu ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur (5510 s. K. m. 14/III, VI; Tespit İşlemleri Yön. m. 14/II; Genelge m. I/B, 1).

b) Meslek Hastalığı Sigortasının Kişi Bakımından Kapsamı

İş kazasında olduğu gibi, sosyal güvenlik hukuku anlamında meslek hastalığından bahsedebilmek için, hastalığa yakalanan kişi *sigortalı* olmalıdır⁸¹⁵. Dolayısıyla, Kanunun kapsamında olmayan bir kimsenin yakalandığı hastalık mesleki faaliyetinden kaynaklansa dahi Kanun anlamında meslek hastalığından bahsedilemez⁸¹⁶. Bu durumda, SGK'nın da yardımların sağlanması konusunda sorumluluğu doğmayacak ve sosyal sigorta yardımlarının yapılması mümkün olmayacaktır.

Kanunun 3. maddesinde sigortalı, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi olarak tanımlanmıştır. Meslek hastalığının tanımlandığı 14. madde hükmünde herhangi bir ayırım yapılmadan “sigortalı” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, meslek hastalığı sigortası, Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan sigortalılara ve 5. maddesinin (a), (b), (c), (e) ve (g) fıkralarında sayılan sigortalılara uygulanabilecektir (Genelge m. I/B, 1). Benimsenen bu anlayış gereği, çalışan ister 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi, isterse (b) bendi kapsamında sigortalı olsun, eğer çalıştığı veya yaptığı iş nedeniyle geçici veya sürekli hastalığa yakalanırsa ya da bedensel veya ruhsal özrürlük durumuna düşerse ve Kanunda öngörülen diğer koşullar mevcutsa, bu durum Kanun anlamında meslek hastalığı olarak kabul edilecektir.

Görüldüğü üzere, meslek hastalığına yakalanabilecek kişiler bakımından bağımlı ve bağımsız çalışan ayrımı yapılmamıştır. Bilindiği üzere, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda bağımsız çalışanlar için meslek hastalığı kabul edilmemişti. Yürürlükteki Kanunla meslek hastalığı bağımsız çalışanlar için de kabul edilerek, hukuki statü temeline dayalı yapılan haksız ayırım giderilmiştir. Gerçekten, kişinin meslek hastalığına yakalanması yaptığı iş ya da çalıştırıldığı işin niteliği ile ilgili olup, çalışma ilişkisinin kaynağını oluşturan neden önemli değildir. Sigorta ilişkisini doğuran hukuki statüden bağımsız olarak, sosyal riskin kişi üzerinde yaratacağı olumsuz etki farklı değildir. Dolayısıyla, yapılan bu düzenlemenin eşitlik ilkesi açısından yerinde olduğuna kuşku yoktur.

⁸¹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 344; Tuncay/Ekmekçi, 297; Alper, Sosyal Sigortalar, 200; Uşan, 178; Doğan Yenisey, Social Security, 98,99.

⁸¹⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 344.

Meslek hastalığında sigortalılar arasında herhangi bir fark yaratılmamış olması nedeniyle, yukarıda da belirttiğimiz üzere, öğretideki tanımın bağımsız çalışanlar da dikkate alınarak yeniden yapılması zorunluluğu vardır. 5510 sayılı Kanunun benimsediği sistemde kısa vadeli sigorta kolları altında düzenlenmiş olan meslek hastalığı sigortasından hangi sigortalıların yararlanacağı tereddütsüz olduğundan, tanımda genel olarak “sigortalı” ifadesinin kullanılmasının sorun yaratmayacağı görüşündeyiz. Bu bakımdan kavramı, “*sigortalının, çalışma hayatında karşılaştığı etkenler nedeniyle meydana gelen rahatsızlıklar*” biçiminde tanımlamak mümkündür⁸¹⁷. Önemle ifade etmek gerekir ki, bu tanım sadece sosyal güvenlik hukuku bakımından kişileri yani sigortalıları kapsamakta olup, kişiler bakımından uygulama alanı farklı olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre daha dar kapsamlı kalmaktadır.

c) Mesleki Nitelikteki Dışsal Etki Nedeniyle Hastalığın Ortaya Çıkması

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kanunun 13. maddesinde sayılan hal ve durumlar içinde meydana gelen zararlandırıcı olayın bulunması durumunda, işle kaza arasında illiyet bağının olduğu karine olarak kabul edilir⁸¹⁸. Zararlandırıcı olayı doğuran dışsal etkinin niteliğinin ya da bunun varlığının önemi yoktur.

Meslek hastalığı ise, tamamen mesleki özellik taşımaktadır⁸¹⁹. Bunun gereği olarak sigortalı, çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir nedenle meslek hastalığına yakalanmalı ve bunun neticesinde de bedensel veya ruhsal özrürlük durumuna düşmelidir⁸²⁰. Sigortalının yaptığı işle hastalık arasında illiyet bağının aranması nedeniyle, herhangi bir etki meslek hastalığı bakımından dışsal etki niteliğinde değildir⁸²¹. Dış etki, çalışanın yürüttüğü iş nedeniyle başka insanlardan daha fazla ve

⁸¹⁷ Nitekim kavramın “bir kişinin, çalışma hayatında karşılaştığı etkenler nedeniyle meydana gelen hastalığıdır” şeklinde tanımlandığı da görülmektedir, bkz. **Umdü**, 67. Ancak, kişi yerine sigortalı ifadesinin tercih edilmesi uygun olur.

⁸¹⁸ bkz. §7, I, 1, b, cc.

⁸¹⁹ **Tuncay/Ekmekçi**, 297; **Korkusuz/Uğur**, 311; Meslek hastalığının “meslekten ileri gelen hastalık” niteliği taşıdığı belirtilmiştir, bkz. **Şakar**, 221.

⁸²⁰ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 419; **Şakar**, 221; **Eren**, Sorumluluk, 28; **Üçışık**, 113; **Uşan**, 178; **Umdü**, 67.

⁸²¹ Dışsal etkinin özelliğine meslek hastalıklarının sınıflandırılabilceği belirtilmiştir. Buna göre, Fiziksel nedenli meslek hastalıkları, kimyasal nedenli meslek hastalıkları, tozlarla meydana gelen meslek hastalıkları, biyolojik faktörlere bağlı meslek hastalıkları, ergonomik faktörlere bağlı meslek hastalıkları şeklinde gruplandırma yapılmıştır, bkz. **Umdü**, 68.

sıklıkla karşılaştığı bir durum olmalıdır⁸²². İş kazasından farklı olarak, meslek hastalığına neden olan dışsal etki ani nitelik taşımamalıdır⁸²³. Meslek hastalığını meydana gelmesine neden olan dış etkenin tekrar eder nitelikte olması lazımdır⁸²⁴. İş kazasının anilik unsuru, meslek hastalığının ise zamana yayılması gerektiği şeklindeki unsur, iki sosyal riski ayıran temel unsurlardır⁸²⁵.

Konumuz bakımından önemli olan illiyet bağının belirlenmesinde sigortalılar arasında fark yaratılmamış olmasıdır. Meslek hastalığı, herhangi bir fark gözetilmeksizin kapsamdaki sigortalıların tamamı bakımından yürütülen işle ilgili olarak ortaya çıkmış olmalıdır⁸²⁶. Kanımızca, illiyet bağının tespitinde sigortalılar açısından fark yaratılmamış olması eşitlik ilkesi açısından yerinde olmuştur. Hatırlanacağı üzere, yapılan işle kaza arasındaki bağa ilişkin karine olarak 13. maddede sayılan hallerin tamamı, m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalılar için uygulanma kabiliyetini haizken, sadece iki hal m.4/I,(b) çerçevesinde sigortalı olanlar için kabul edilmiştir. Söz konusu durumun ilkeye aykırılık teşkil ettiği belirtilmişti.

İllyet bağının ikinci yönü gereği, sigortalı meslek hastalığına bağlı olarak geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özürlülük haline düşmelidir. Hiç kuşku yok ki,

⁸²² **Başboğa Şahbaz**, 35. Söz konusu illiyet bağı, sadece meslek hastalığı ile iş kazasını birbirinden ayırmamakta, meslek hastalığı ile hastalık arasında da önemli bir farklılık ortaya koymaktadır. Örneğin uzun yıllar sigara kullanılması nedeniyle nefes darlığının oluşması bir hastalık halidir, ancak meslek hastalığı değildir. Meslek hastalığından bahsetmek için, nefes darlığının işyeri koşullarından meydana gelmesi gerekir, bkz. **Balcı**, 126. Aynı şekilde bir veya birkaç kez tozlu ortama ya da maden ocağına girmekle pnömokonyoz meydana gelmez, bkz. **Umdü**, 68.

⁸²³ Hatırlanacağı üzere, iş kazasında olay unsuru, ani nitelik taşımakla beraber, zararın ortaya çıkışı sonra gerçekleşebilir. Örneğin, kulağa gelen darbe ile aradan geçen zaman içerisinde sağırılık oluşması durumunda, zarar hemen oluşmasa bile olay iş kazası sayılacak; buna karşılık sürekli gürültülü bir ortamda çalışılması sonucu, zaman içerisinde oluşan sağırılık ise meslek hastalığı olarak nitelenecektir, **Şakar**, 221; **Başboğa Şahbaz**, 135. Diğer örnekler için bkz. **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 24. Görüldüğü üzere, kulağa darbe nedeniyle sağırılık yönünden ortaya çıkan zarar, hemen değil de belirli süre sonra çıksa bile olayın iş kazası olarak sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Zira vurguladığımız üzere, iş kazasında da zararın, zararlandırıcı olaya bağlı olarak hemen meydana gelmesi lazım değildir.

⁸²⁴ **Sözer**, İş Kazası ve Meslek Hastalıkları, 412; **Balcı**, 125. Meslek hastalığında sadece dışsal etkinin oluş süreci değil, ölüm ya da vücut bütünlüğünün ihlali de ani nitelik taşımaz. Hastalık, zaman içinde oluşur ve ağırlaşarak zarara sebebiyet verir. Kısaca belirtmek gerekirse, hastalığın oluşma ve yoğunlaşma süreci ile buna bağlı olarak zararın da oluşum süreci zamana yayılmıştır, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 345.

⁸²⁵ **Saymen/Ekonomi**, 86; **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 345; **Tuncay/Ekmekçi**, 298; **Balcı**, 125; **Başboğa Şahbaz**, 35. Yargıtay bir kararında iş kazası ile meslek hastalığı arasındaki farkı, “kaçınılmazlık” ile ifade etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, “...İş kazasında; olayın özelliğine göre kaçınılmazlık hiç olmayabileceği halde, meslek hastalığında, bu hastalığın belli oranda kaçınılmazlığın varlığı gerekli ve zorunludur.” Y. 10. HD., 14.10.2008 t., E. 2008/12312, K. 2008/12715, www.legalbank.net. Öğretide “kaçınılmazlık”, hukuksal ve teknik anlamda, olayın meydana geldiği tarihte geçerli olan bilimsel ve teknik tüm önlemlere rağmen zararın meydana geldiği ve önlenemediği durumları anlatan bir kavram olarak tanımlanmıştır, bkz. **Tuncay, Can**: Kurumun İşverene Rücu Olayda Kaçınılmazlık Durumu, Sicil, Aralık 2006, 185; **Ekmekçi**, Değerlendirmeler, 323.

⁸²⁶ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 345; **Uşan**, 178.

meslek hastalığına bağlı ölümler halinde de SGK'nın sorumluluğu söz konusu olacak ve sigorta yardımlarının yapılması gündeme gelecektir. Gerçekten, Kanunun 20. maddesinde bu husus ortaya konmuştur. Bahsi geçen hükümde meslek hastalığına bağlı nedenlerden dolayı ölen sigortalının hak sahiplerine ölüm geliri bağlanacağı düzenlenmiştir. Konu üzerinde aşağıda durulacaktır.

Sigortalının yaptığı işle yakalandığı meslek hastalığı arasındaki illiyet bağının belirlenmesi genelde zor değildir⁸²⁷. Zira meslek hastalığının işten kaynaklanması gerektiğini belirterek, bu şartın varlığını gerekli kılan kanun koyucu, hangi hallerin meslek hastalığı sayılacağını Kurumca çıkartılacak yönetmelikle düzenleneceğini hükme bağlamış ve böylece illiyet bağının tespitini kolaylaştırmıştır (5510 s.K. m.14/son)⁸²⁸. Buna göre, kural olarak, hastalığın meslek hastalığı olarak nitelendirilmesi için, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'ne ekli meslek hastalığı listesinde adı yer almalıdır⁸²⁹. Önemle ifade etmek gerekir ki, 01.09.2013 tarihinde yürürlüğe giren Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nin 23. maddesinde, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde yer alan; *çalışma gücü kaybı, vazife malullüğü, harp malullüğü ile erken yaşlanma durumlarının tespiti ile ilgili tüm hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı* belirtilmiştir⁸³⁰. Bu bakımdan Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin *meslekte kazanma gücü azalma oranı tespitine ilişkin hükümleri* halen yürürlükte olduğundan meslek hastalığının belirlenmesi bu Yönetmeliğe ekli meslek hastalığı listesine göre yapılacaktır.

Listede sıralanan hastalıklardan birine yakalanan sigortalının, ayrıca hastalığının işten kaynaklandığını ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸³¹. Bu durumda hastalığın meslek

⁸²⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 345; Aslanköylü, SSK Yorumu, 499 vd.

⁸²⁸ Buna dayanarak Kurum "Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği" adı altında düzenleme yapmıştır. (RG. 11.10.2008, 27021). Yönetmelikte meslek hastalıklarını saptama yöntemi açıklanmış ve ekinde meslek hastalıklarının listesi verilmiştir. Anılan yönetmeliğe göre hastalık -Yönetmelik ekinde (Ek-2) meslek hastalıkları arasında sayılması ve listede belirtilen süre içerisinde ortaya çıkması halinde- meslek hastalığı olarak kabul edilebilecektir (Yön m. 17-18).

⁸²⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 346, Şakar, 222; Uşan, 178.

⁸³⁰ Maluliyet Tespit İşlemleri Yönetmeliği, RG., 03.08.2013 t., S. 28727.

⁸³¹ Bununla birlikte, sigortalının uğradığı hastalığın meslek hastalıkları listesinde yer almadığı durumlarda, hastalığın mesleki özellik taşıdığını sigortalı ispat etmelidir Tuncay/Ekmekçi, 298, 299; Şakar, 222. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 14. maddesinin son fıkrasının son cümlesinde, "Yönetmelikte belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir

hastalığı olduğu karine olarak kabul edilir⁸³². Önemle ifade etmek gerekir ki, bir hastalık, işten kaynaklanması şartıyla, listede yer almasa bile meslek hastalığı olarak kabul edilebilir⁸³³. Meslek hastalıkları listesine mutlak şekilde bağlı kalınmamış olması, eşitlik ilkesi açısından isabet taşımaktadır. Gerçekten, sadece liste usulünün benimsenmesi eşitlik ilkesi açısından uygun olmayan sonuçlar doğurabilirdi. Zira bu durumda listede yer alan hastalıklara benzer rahatsızlıklar, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin yürütüm koşullarından kaynaklansa bile, listede olmadığından, meslek hastalığı olarak nitelendirilmezdi. Hiç kuşku yok ki, listede var olmayan hastalığın tespitinde, kanun önünde eşitlik ilkesi bilinen dar anlamıyla Kurulu bağlayacak ve Kurul benzer durumda olanlar için aynı kararı vermek zorunda kalacaktır, aksi halde Kurulca eşitlik ilkesine aykırı davranılmış olunacaktır.

Sigortalı işten ayrılmadan önce meslek hastalığına yakalanmış ise, Kurumun sigorta yardımları sağlaması gerektiği konusunda sorun bulunmamaktadır. Ancak meslek hastalığından bahsedebilmek için rahatsızlığın mutlaka işyerinde çalışırken ortaya çıkması şart değildir. Zira sigortalı, işyerinden ayrıldıktan sonra meslek hastalığına tutulmuş ise, hastalığın belirli sürede ortaya çıkması halinde de meslek hastalığından bahsedilir⁸³⁴. Hastalığın oluşması için beklenilmesi gereken süre “yükümlülük süresi” olarak adlandırılmaktadır⁸³⁵.

hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karar bağlanır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiş olması, liste usulü şeklindeki düzenlemeye mutlak olarak bağlı kalınmadığını, liste usulü yanında “kanıtlanma” yönteminin de benimsendiğini ortaya koymaktadır. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 346; **Tuncay/Ekmekçi**, 299. Liste yönteminin benimsendiği belirtilen görüş için bkz. **Şakar**, 222.

⁸³² **Tuncay/Ekmekçi**, 299.

⁸³³ **Şakar**, 221. Listede yer almayan hastalığın meslek hastalığı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda çıkan uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. 5510 sayılı Kanunun 58. maddesinin 4. fıkrasında “Kurul, sigortalılar hakkında vazife malullük derecesi, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik derecesi tespiti ile çalışma gücünün maluliyeti gerektirecek derecede kaybına ilişkin Kurumca verilen kararlardan itiraza konu olanları inceleyerek karar bağlar. Kurul, sigortalı ve hak sahiplerinin talebi üzerine görevlendirdiği uzman hekimi dinlemek zorundadır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Kurula başvurmadan doğrudan mahkemede dava açılması durumunda, mahkemenin Kurulun kararına kadar davayı ertelemesi, Kurul kararını bekletici mesele yapması ve sigortalıya Kurula başvurması için süre tanınmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir, bkz. **Çenberci**, 127. Yüksek Sağlık Kurulu da meslek hastalığı saymazsa, ilgili iş mahkemesinde dava açılabilir. Dava sırasında mahkeme, Adli Tıp Kurulundan, itiraz halinde Tıp Fakülteleri Konseyinden veya Adli Tıp Genel Kurulundan rapor olarak sonuca gitmelidir, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 348; **Balcı**, 126.

⁸³⁴ Gerçekten 5510 sayılı Kanunun 14. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Meslek hastalığı, işten ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ve sigortalı olarak çalıştığı işten kaynaklanmış ise, sigortalının bu Kanunla sağlanan haklardan yararlanabilmesi için, eski işinden fiilen ayrılmasıyla hastalığın meydana çıkması arasında bu hastalık için Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması şarttır*” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Hükümde “*meslek hastalığı işten ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ise*” ifadesine yer verilmesi karşısında, meslek hastalığı ile ilgili rapor sonraki tarihte verilmiş olsa bile, meslek hastalığının daha önceki

Meslek hastalığını sadece fiilen çalışanlar açısından kabul etmek ve fiilen çalışmayan ancak önceden çalıştığı işten ya da işin yürütüm koşulundan dolayı aynı hastalığa yakalanan bir kimseyi koruma altına almamak eşitlik ilkesine aykırı olurdu. Gerçekten, aynı işyerinde çalışan ve çalıştırıldıkları işin niteliğine göre tekrarlanan bir nedenle veya işin yürütüm şartları yüzünden aynı hastalığa yakalanan kişiler arasında, salt hastalığın ortaya çıkış zamanı dikkate alınarak ayırım yapılmaması isabetlidir. Esasen, meslek hastalıkları nitelikleri itibariyle, belli süre sonra ortaya çıkar. Dolayısıyla düzenleme, sadece eşitlik ilkesinin gereği değil, her şeyden önce meslek hastalıklarının da özelliği gereği yerindedir. Sonuç olarak, yapılan yerinde düzenleme ile sigortalının eski işinden ayrılmasıyla hastalığın meydana çıkması arasında hastalık için yönetmelikte öngörülen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması halinde, fiilen çalışan sigortalı gibi Kanunun sağladığı haklardan yararlanması mümkündür (SSGSSKm.14/III).

d) Meslek Hastalığının Kurum Sağlık Kurulu Raporu İle Saptanması

Meslek hastalığının Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi kapsama alınan bütün sigortalılar için zorunludur. Tespitin hangi incelemeler neticesinde yapılması gerektiği 5510 sayılı Kanunun 14. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, *“sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun a) Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi, b) Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbi sonuçlarını*

bir tarihte meydana gelmiş olabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, sigortalıya veya hak sahiplerine gelir bağlanmasını gerektiren meslek hastalığının hangi tarihte gerçekleştiğinin mutlaka sağlık kurulu raporunda belirtilmesi gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 442. Hüküm gereğince çıkartılan “Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği” ekinde yer alan meslek hastalıkları listesi ile hastalığın oluşması için gerekli süreler de tespit edilmiştir. Buna göre, kişi çalışma faaliyetine son verdikten sonra, belli süre içinde çıkan hastalıklar da meslek hastalığı olarak kabul edilebilecektir. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 347; **Alper**, Sosyal Sigortalar, 201; Ayrıca bkz. SSİY m. 36/II, KVSKUT m.9/II.

⁸³⁵ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 347; **Şakar**, 221; **Uşan**, 179. Meslek hastalıkları listesine olduğu gibi, yönetmelikte öngörülen yükümlülük sürelerine de mutlak şekilde bağlı kalınmamıştır. Gerçekten 14. maddenin 3. fıkrasında *“herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla belirlendiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin işyerindeki inceleme sonunda tespit edildiği hallerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık Kurumun veya ilgililerin başvurusu üzerine Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir.”* şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemenin isabet taşıdığına şüphe yoktur. Zira illiyet bağı devam ettiği sürece, hastalığın meslek hastalığı olarak nitelendirilmesi gerektiği kanısındayız. Böylece yükümlülük süresi geçse bile, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayı ile hastalık, meslek hastalığı olarak kabul edilebilecek ve sigortalı kendisiyle benzer durumda olanlardan sırf sürenin geçmesi nedeniyle farklı işleme maruz kalmayacak, kanundaki haklardan yoksun bırakılamayacaktır. Yükümlülük süresine ilişkin açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 347; **Tuncaç/Ekmekçi**, 299; **Şakar**, 222; **Uşan**, 179; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 441; **Balci**, 127. Ayrıca bkz. SSİY m. 36/II, III, KVSKUT m. 9/II, III. Belirtmek gerekir ki, yönetmelikte öngörülen yükümlülük süreleri her hastalık için aynı değildir.

ortaya koyan denetim raporları ve gerekli belgelerin incelenmesi sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur.” (SSIY m. 40)

Düzenleme gereği, sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına yakalandığı, ilgili sağlık hizmet sunucuları tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbi belgeler ile saptanır⁸³⁶. Kurumca yetkilendirilmeyen sağlık hizmeti sunucuları tarafından verilen sağlık kurulu raporlarına itibar edilemez⁸³⁷. Yetkilendirilmiş olan sağlık hizmeti sunucuları tarafından raporun verilmiş olması da yeterli değildir⁸³⁸. Anılan raporun ve buna dayanak teşkil eden tıbbi belgelerin Kurum Sağlık Kurulu tarafından incelenerek, tespitin yapılması gerekmektedir⁸³⁹. Farklı bir deyişle, en son tespit ve değerlendirme yetkisi “Kurum Sağlık Kurulu”na aittir⁸⁴⁰. Bundan başka gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartları ile buna bağlı tıbbi sonuçları ortaya koyan denetim raporlarının ve gerekli diğer belgelerin de incelenmesi ve bu inceleme neticesinde Kurum Sağlık Kurulu Tarafından karar verilecektir⁸⁴¹. Bu konuda sigortalılar bakımından ayırım yapılmamıştır.

4. İş Kazasının ve Meslek Hastalığının Bildirim Yükümlülüğü Bakımından Sigortalılar Arasında Yaratılan Farklılıklar

Konumuz açısından incelediğimiz iş kazası, sosyal sigorta sorunudur⁸⁴². Bu bakımdan, olayın iş kazası olarak kabul edilip edilmemesi, 5510 sayılı Kanun kapsamında Kurum

⁸³⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 349; Tuncay/Ekmekçi, 301; Şakar, 222; Alper, Sosyal Sigortalar, 200; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 70; aynı yazar, Kısa Vadeli Sigortalar, 76; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 25; Aslanköylü, SSK Yorumu, 440.

⁸³⁷ Tuncay/Ekmekçi, 301; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 70; aynı yazar, Kısa Vadeli Sigortalar, 76; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 25; Aslanköylü, SSK Yorumu, 440. 506 sayılı Kanun döneminde sigortalının meslek hastalığına tutulduğunun – 5510 sayılı Kanundan farklı olarak- ilgili Sosyal Sigortalar Kurumu meslek hastalıkları hastanesince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi gerekmekeydi (506 s. K. m. 18) İki Kanun arasındaki söz konusu farklılık, 2005 tarihli ve 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına devrinin zorunlu bir sonucu olarak ortadan kalkmıştır, artık Kurumun kendine ait sağlık tesisi bulunmamaktadır. bkz. Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 75; aynı yazar, Yeni Mevzuat, 70.

⁸³⁸ Raporun dayanağı olan tıbbi belgelerin sağlık kurulu raporunda gösterilmesi gerektiği, raporun yetersiz ve tıbbi belgelere dayanmaması durumunda Kurumun yeniden araştırma ve inceleme yaptırabileceği haklı olarak belirtilmiştir, bkz. Aslanköylü, SSK Yorumu, 440.

⁸³⁹ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 70; aynı yazar, Kısa Vadeli Sigortalar, 76. 506 sayılı Kanunda yer almayan bu düzenlemenin 5510 sayılı Kanunda düzenlenmiş olmasının yerinde olduğu ifade edilmiştir, bkz. Aslanköylü, SSK Yorumu, 440.

⁸⁴⁰ Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 76; Aslanköylü, SSK Yorumu, 440.

⁸⁴¹ Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 76.

⁸⁴² İş sağlığı ve güvenliği alanında işyerinde gereken önlemlerin tam olarak yerine getirilmemesinin, iş kazalarının önlenmesine engel olduğu ve sonuçta konunun ortaya çıkan zararların giderilmesi noktasına geldiği ifade edilerek, iş kazalarının, özellikle de iş sağlığı ve güvenliği bilincinin yerleşmediği Türkiye gibi ülkelerde, sadece iş sağlığı ve

tarafından sigortalıya parasal nitelikteki yardımların ya da sağlık yardımlarının yapılmasını ilgilendirir. Sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası olarak nitelendirilmeyecek bir olaya dayanarak Kurum, Kanun kapsamında herhangi bir yardım yapamaz. İş kazasının varlığı halinde ise, Kurum yardım yapmakla yükümlü olur⁸⁴³. Olayın varlığından haberdar olmayan Kurumun yardım yapmasını beklemek ise işin doğasıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla, sigorta yardımlarına hak kazanmak için 13. madde kapsamında değerlendirilecek zararlandırıcı olayın, Kuruma bildirilmesi de gerekir. Aksi halde yardımın sigortalılarca elde edilmesi mümkün değildir. Bildirim, Kurumun haberdar edilmesinde etkin rol oynadığından, yapılacak sigorta yardımlarını da yakından etkilemektedir. Bildirimin sahip olduğu bu etkin öneme rağmen, kazanın unsuru olarak kabul edilmesi kural olarak doğru olmaz. Zira Kurumun iş kazasından haberdar olmasının tek yolu, “bildirim” değildir. Kurum tarafından yapılacak teftişler sonrası ya da herhangi bir ihbar nedeniyle veya kolluk kuvvetlerince gerçekleştirilecek denetimler neticesinde Kurum kazanın varlığına vakıf olabilir. Ancak aşağıda izah edildiği üzere, bağımsız çalışanlar bazı yardımlara hak kazanabilmek için bildirim yapmak zorundadır.

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde, bildirimde bulunma zorunluluğu ve buna ilişkin bazı yükümlülükler öngörülmüştür⁸⁴⁴. Söz konusu yükümlülük sadece işverenler⁸⁴⁵ için

güvenliği yönüyle ele alınmayacak düzeyde kapsamlı bir sorun olmaya devam ettiği belirtilmiştir, bkz. **Akın**, İş Kazasının Tanımı, 1.

⁸⁴³ Belirtmek gerekir ki, iş kazası nedeniyle işverenin sorumluluğu ise özel hukuk sorunudur, bkz. **Başboğa Şahbaz**, 11. İşverenin sorumluluğu bakımından kazanın bildirilmesi ile, SGK tarafından yardımların yapılması farklı yasal düzenlemeler altında neticelendirilmiştir.

⁸⁴⁴ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 340; **Şakar**, 219; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 413; **Uşan**, 177; **Korkusuz/Uğur**, 222.

⁸⁴⁵ 506 sayılı Kanun döneminde bildirim süresi iki gün olarak kabul edilmişti. Ancak işgünü esas alınmamıştı. 2925 sayılı Kanun kapsamındaki tarım işçileri bakımından, anılan Kanunun halen yürürlükte olan 10. maddesi gereği, bildirim süresi kazadan sonraki iki gündür. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bahsedilen süre içinde işverene veya Kuruma bildirimde bulunulmalıdır. Yürürlükteki düzenlemede hem gün sayısı değiştirilmiş hem de bunun hesabında işgünlerinin dikkate alınacağı belirtilmiştir. İş kazasının kuruma bildirilmesi gereken zaman açısından 5510 sayılı Kanunun 13. maddede sigortalılar bakımından farklı düzenleme yapılmıştır. Buna göre, m. 4/I, (a) ile m. 5 kapsamında sigortalı olanların iş kazası geçirmesi halinde, bunları çalıştıran işverenin durumu yetkili kolluk kuvvetine derhal ve kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde bildirmesi gerekir. İş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde ise, bildirim yükümlülüğü iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Görüldüğü üzere, kazanın gerçekleştiği yere göre üç günlük süre, kazanın olduğu ya da kazanın öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır. İş kazasının gerçekleştiği yere göre böyle bir ayırım yapılması -kazanın kontrolü altında olmayan işverenin durumu geç öğrenmesi imkan dahilinde olduğundan- yerinde olmuştur. Bildirime ilişkin hükümlerin genel olarak isabetli olduğu, ancak uygulamada ortaya çıkacak sorunun ise özellikle iş kazasının işverenin kontrolü dışında bir yerde olması halinde yükümlülüğün öğrenme tarihinden itibaren başlaması konusunda çıkabileceği, zira öğrenmenin ne zaman gerçekleştiğinin bazı durumlarda ispat açısından zorluk taşıyabileceği belirtilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 77; Ayrıca konuya ilişkin düzenlemeler için bkz. SSIY m.35; 90; KVSUT m. 7; 2008/108 sayılı Genelgede konuya ilişkin olarak şu örnek verilmiştir: “Samsunda kurulu bulunan kamyon servis işi yapan kalfanın araç bakımı yaparken 24.11.2008 tarihinde gözünden yaralanması olayının 27.11.2008’de Kuruma bildirilmesi gerekmektedir. Ancak kalfanın işyerinden Nevşehir’de yolda kalan aracın tamiri

değil, Kanunun benimsediği sistem gereği bağımsız çalışan sigortalılar için de kabul edilmiştir⁸⁴⁶. Bildirim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme incelendiğinde sigortalılar arasında norm birliğinin sağlanamadığı görülmüştür. Bununla beraber, söz konusu farklar önemsiz olma niteliğine sahip olduğundan eşitlik ilkesi bakımından incelenmesi gereği duyulmamıştır. Gerçekten yukarıda birinci bölümde belirttiğimiz üzere, önemsiz derecede olan farklar eşitlik ilkesi bakımından incelenemez⁸⁴⁷. Hatırlanacağı üzere, buna ilişkin olarak Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası'nın yürürlüğünden sonra önüne gelen ilk dava olan *Peak v Automotive Products Ltd.* davasında, İngiltere Temyiz Mahkemesinin farklı muameleyi *önemsiz derecede* olduğu gerekçesiyle gözardı etmiş olması örnek olarak gösterilmişti. Dava konusu olayda; işveren, güvenlik kaygısıyla ve fabrika çıkışlarındaki telaşlı ortama takılmamaları için kadınların işyerinden erkeklere göre beş dakika daha erken ayrılmasına izin vermiştir. Erkek işçilerden biri bu uygulamaların erkeklere karşı hukuka aykırı ayrımcılık teşkil ettiği iddiasıyla dava açmıştır. İş Temyiz Mahkemesi bu iddiayı onaylamışsa da Temyiz Mahkemesi, farklı muamelenin güvenlik amacı taşıdığı ve zararsız olup önemsiz derecede gerekçesiyle reddetmiştir⁸⁴⁸.

Bildirim yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken süre bakımından ayrımlar öngören kanun koyucu, bildirim yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını açısından da bağımlı ve bağımsız çalışan sigortalılar arasında bazı ayrımlar yapmıştır. Söz konusu ayrımlar önemli olma niteliğinde olduğundan eşitlik ilkesi açısından incelenmelidir. 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kazanın işveren tarafından süresinde

için görevlendirilmesi üzerine yolda 24.11.2008 tarihinde geçirdiği trafik kazasının işverence 01.12.2008 de öğrenilmesi halinde durumun en geç 03.12.2008 tarihinde kuruma bildirilmesi gerekmektedir. Başka bir örnek için bkz. **Şakar**, 219.

⁸⁴⁶ **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 71; **Canbolat**, 23; **Korkusuz/Uğur**, 222. m. 4/I (b) kapsamındaki sigortalılar içinse bildirimin kendisi tarafından bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç iş günü içinde fakat bir ayı geçmemek şartıyla yapılması öngörülmüştür. Bağımsız çalışanların bildirim yapmalarına engel durumlarını hekim raporu ile veya mücbir sebep teşkil eden olayı belgelemeleri şarttır (SSİY m. 35/III; KVSKUT m. 3). Ayrıca bkz. SSİY m. 35; KVSKUT m. 7; 2008/108 sayılı genelgede konuya ilişkin olarak şu örnek verilmiştir: iş kazası nedeniyle sağlık tesislerince 07.12.2008 tarihinde tedavi altına alınan sigortalının 01.01.2009 tarihinde taburcu olması halinde en geç 04.01.2009 tarihinde durumu Kuruma bildirmesi gerekecektir. Tedavisi kazadan sonra bir ayı aşan sigortalıların ise en geç 07.01.2009 tarihinde bildirim yapmaları gerekecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, bildirim sürelerine mutlak şekilde bağlı kalınmamıştır. Yönetmelikte, Kurumca kabul edilebilir belgelenmiş bir mazeretin olması şartıyla bildirim süresinin mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağı hükme bağlanmıştır (SSİY m. 90/III). 2008/108 sayılı Genelgede kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendi kapsamındaki sigortalıların, mücbir nedeni belgelemeleri halinde mücbir nedenin ortadan kalktığı tarihten sonraki üç işgünü içinde kuruma iş kazasını bildirmesi gerekeceği belirtilmiştir.

⁸⁴⁷ bkz. §5, I, 4.

⁸⁴⁸ **Smith/Wood**, 257.

Kuruma bildirilmemesi halinde bildirim süresine kadar geçen süre için sigortalıya geçici iş görmezlik ödeneği ödenir, fakat ödenen tutar kurumca işverenden tahsil edilir⁸⁴⁹. Aynı Kanunun 22. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, bağımsız çalışanlar tarafından kazanın süresinde Kuruma bildirilmemesi durumunda, geçici iş görmezlik ödeneği bildirim tarihinden itibaren ödenir⁸⁵⁰. Buna göre, bildirim yapılmadığı durumlarda bağımlı çalışan sigortalı geçici iş göremezlik ödeneğinden yoksun kalmayacak; bağımsız çalışan ise, bildirim yapmadığı her gün için ödenekten mahrum kalacaktır⁸⁵¹. Yükümlülük öngörülen kişiye sorumluluk verilmesi olağan olduğundan ve sosyal güvenlik sistemimizde benimsenen düzenlemede bağımsız çalışanlar için yükümlülüğün başka biri için öngörülmesi söz konusu da olamayacağından, yaptırım açısından fark yaratılması haklı nedene dayanmaktadır⁸⁵².

2925 sayılı Kanun kapsamında olan sigortalılar için geç bildirimle yönelik herhangi bir yaptırım anılan Kanunda düzenlenmemiştir. Söz konusu Kanunun 39. maddesinde ise, aksine hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak maddeler arasında 5510 sayılı Kanunun 21. madde hükmü de sayılmıştır. Dolayısıyla, yukarıda bahsedilen yaptırım, 2925 sayılı Kanun kapsamında yer alan sigortalıların işverenleri için de uygulama kabiliyetini haizdir. Anılan hüküm, sadece 2925 sayılı Kanun zamanında sigortalı olanlar için değil, 5510 sayılı Kanun döneminde süresiz nitelikteki tarım işinde çalışan ve ek 5. maddeye göre sigortalı olmak için talepte bulunanların işverenleri hakkında da uygulanır.

Açıklananlardan da anlaşıldığı üzere, bildirim yükümlülüğü bağımsız çalışan sigortalılara yapılacak geçici iş göremezlik yardımını yakından etkilemektedir. Parasal

⁸⁴⁹ Ayrıca bkz. SSİY m. 35/IV; KVSUK m. 7/III.

⁸⁵⁰ Ayrıca bkz. SSİY m. 35/V; KVSUK m. 7/V. Bildirim yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımı konusunda yapılan düzenlemenin etkin olduğu haklı olarak belirtilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 78; *aynı yazar*, Yeni Mevzuat, 73. Aynı hüküm tasarıda ve Kanunun ilk halinde de mevcuttu.

⁸⁵¹ **Şakar**, 220; **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 73.

⁸⁵² 5510 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, iş kazasına ilişkin olarak yapılan bildirimlerin gerçeğe uymadığı ve olayın iş kazası olmadığı anlaşırsa, Kurumca bu olay için yersiz yapılmış ödemelerin, ödemelerin yapıldığı tarihten itibaren gerçeğe aykırı bildirimde bulunanlardan, 96 ncı maddeye göre tahsil edileceği hükmüne bağlanmıştır. Buna göre, bildirimin gerçeğe aykırı olduğunun ve zararlandırıcı olayın iş kazası olmadığı Kurum tarafından tespit edilmesi gerekir. Daha net bir ifadeyle, Kurumun bildirimde bulunan işverene ya da bağımsız çalışan sigortalıya rücu hakkını kullanabilmesi için bu iki hususun birlikte tespiti yapılmalıdır. Sorumluluğun ortaya çıkması için anılan iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerektiği, hükümdeki "ve" bağlacının da bu sonucu pekiştirdiği haklı olarak belirtilmiştir, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 343; ayrıca bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 78. Bu durumda, yersiz yapılan ödemelerin ödemelerin yapıldığı tarihten itibaren gerçeğe aykırı bildirimde bulunan işverenden veya bağımsız çalışandan tahsil edilmesi de eşitlik ilkesine aykırı değildir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, yükümlülük öngörülen kişinin sorumlu kabul edilmesi olağandır.

yardım niteliğindeki diğer yardım olan sürekli iş göremezlik geliri içinse benzer bir yaptırım söz konusu değildir⁸⁵³.

Meslek hastalığını Kuruma bildirmesi gereken kişi bakımından farklılık benimsenirken, bildirimin yapılması gereken zaman bakımından ise sigortalılar arasında bir fark yaratılmamıştır⁸⁵⁴. Konumuz açısından meslek hastalığının kuruma bildirilmemesinin yaptırımı üzerinde durulmalıdır. Kanunun 14. maddesinde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen veya yazılı olarak bildirilen hususları kasten eksik ya da yanlış bildiren işverene veya m.4/I,(b) kapsamındaki sigortalıya, Kurumca bu durum için yapılmış bulunan masraflar ile ödenmişse geçici iş göremezlik ödenekleri rücu edilir (m.14/IV)⁸⁵⁵. İş kazasında olduğu gibi yaptırımın m.4/I,(a) ve m.5'deki sigortalılar için öngörülmeyp, bunların işverenleri için öngörülmesi, ancak m. 4/I, (b) kapsamındakilerin kendileri için yaptırım getirilmesi haklı nedene dayanmaktadır. Yükümlülüğün işverende olduğu bir durumda sigortalılara sorumluluk, yükümlülüğün

⁸⁵³ Akın, sürekli iş göremezlik için neden benzer bir rücu imkanının tanınmadığının belirli olmadığını ileri sürmüştür, bkz. **Akın**, İş Kazası, 194

⁸⁵⁴ 5510 sayılı Kanunun 14. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*Meslek hastalığının 4. maddenin 1. fıkrasının; a) (a) bendi ile 5. Madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından, sigortalının meslek hastalığına tutulduğunu öğrenen veya bu durum kendisine bildirilen işveren tarafından, b) (b) bendi kapsamındaki sigortalı bakımından ise kendisi tarafından, bu durumun öğrenildiği günden başlayarak üç işgünü içinde, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile Kuruma bildirilmesi zorunludur.*” Düzenleme gereği, kişi 4/I, (a) ve 5. madde kapsamındaysa, sigortalının meslek hastalığına yakalandığını öğrenen veya durum kendisine bildirilen işveren tarafından; eğer kişi, m. 4/I, (b) kapsamında sigortalı ise kendisi tarafından durumun öğrenildiği tarihten başlayarak üç işgünü içinde Kuruma bildirilmelidir. Bildirime ilişkin düzenlemenin isabet taşıdığı yönündeki açıklamalar için bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 77. Önemle belirtmek gerekir ki, işverenin bildirim yükümü, halen çalıştırdığı işçilerle sınırlıdır. İşten ayrılanlar bakımından bildirim yükümlülüğü ve dolayısıyla da sorumluluğu söz konusu değildir. Bu kişiler için yükümlülüğün kimde olduğu önem taşımaktadır. Kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, bu durumda m. 4/I, (a) çerçevesinde sigortalı olan kişinin kendisi tarafından bildirimin yapılması gerektiği kanısındayız. Buna göre bu kişiler, sigorta yardımlarından yararlanmak için alacakları hekim raporu ve gerekli belgelerle doğrudan Kuruma başvuracaklardır. **Umdü**, 69.

⁸⁵⁵ **Tuncay/Ekmekçi**, 302; **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 25, 26; **Balcı**, 127; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 442. . İş kazasına maruz kalan sigortalı ile meslek hastalığına yakalanan sigortalı arasında, bildirim yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımı konusunda farklı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Gerçekten, meslek hastalığını bildirme yükümlülüğüne aykırılık, kapsam olarak iş kazasını bildirme yükümlülüğüne aykırılıktan daha geniş biçimde düzenlenmiştir, **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 78; *aynı yazar*, Yeni Mevzuat, 74. Zira meslek hastalığını bildirim yükümlülüğü yerine getirmeyen yükümlülere ödenmiş olan geçici iş göremezlik ödenekleri rücu edilecektir. Bunun yanında, sadece bildirim yükümlülüğüne aykırılık halinde değil, kasten eksik ya da yanlış bildirme durumunda da yükümlülere yapılmış olan masraflar ve ödenen geçici iş göremezlik ödeneği rücu edilebilecektir. Oysa iş kazasının süresinde bildirilmemesi halinde, işverene geçici iş göremezlik ödeneğinin tamamının rücu edilmesi veya bağımsız çalışan sigortalının ödeneğin tamamından yoksun kalması söz konusu değildir. Geç bildirim halinde bildirim tarihine kadar geçen süre için ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, Kurumca işverenden tahsil edilir (m. 21/II), bağımsız çalışanlar ise bildirim tarihinden itibaren ödeneğe hak kazanır (m. 22/II). Buna karşılık, bildirim yükümünü yerine getirmeyenlerin sorumluluklarının kasıt veya kusur esasına dayandığı, buna göre yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin kusursuz olmaları halinde kurumca yapılan giderlerden ve ödenmiş ise geçici iş göremezlik ödeneğinden dolayı sorumlu tutulmayacağı belirtilmiştir, **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 443. Kanımızca, kusurlu ya da kusursuz işveren ile bağımsız çalışanlara iş kazasının ve meslek hastalığının bildirilmemesi açısından aynı yaptırımın öngörülmesi gerekirdi.

bağımsız çalışanda olduğu durumda da üçüncü kişiye sorumluluk yüklenmesi düşünülemezdi.

Sigortalı olarak çalıştığı ve meslek hastalığına neden olacak işten veya işyerinden ayrıldıktan sonra meslek hastalığına yakalanan sigortalıların –herhangi bir düzenleme olmamasına karşın- bildirim kendileri yapması gerektiği yukarıda belirtilmişti⁸⁵⁶. Bu durumdaki sigortalılara bildirim yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde, masrafların rücu edilmesi dışında başkaca yaptırım öngörülmuş değildir. Kanımızca, bağımsız çalışanlar için söz konusu olan yaptırımın, bu durumdaki sigortalılar için de uygulanması eşitlik ilkesi bakımından da yerinde olacaktır. Ayrıca bu yaklaşım, bildirim yükümlülüğü üzerinde olan kişi için sorumluluğun olması gerektiği şeklinde benimsediğimiz anlayışa da uygundur.

II. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımları ve Bunlara İlişkin Diğer Koşullar

1. Geçici İş Göremezlik Ödeneği

a) Kavram ve Ödeneğe Hak Kazanabileceklerin Kapsamı

Genel anlamda “iş göremezlik”, iş kazası ve meslek hastalığı veya herhangi bir kaza ya da sakatlık nedeniyle sigortalının çalışmasına engel olan beden ve ruh sağlığı bozukluklarıdır⁸⁵⁷. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin 38. maddesinde ise “geçici iş göremezlik hali”, sadece iş kazası ve meslek hastalığı riskine bağlı kalınmaksızın, “sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurulu raporlarında belirtilen istirahat süresince geçici olarak çalışamama halidir” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, sosyal riske maruz kalan sigortalının geçici olarak çalışamaması halinde ortaya çıkan durum “geçici iş göremezlik” olarak adlandırılır⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ bkz. §7, I, 4.

⁸⁵⁷ Tunçomağ, 271; Tuncay/Ekmekçi, 303. Bundan başka geçici iş göremezlik halinin Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurulu raporlarında belirtilen istirahat süresince geçici olarak çalışamama durumunu ifade ettiği belirtilmiştir, bkz. Şakar, 225

⁸⁵⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 352; Tuncay/Ekmekçi, 279; Şakar, 224; Uşan, , 181.

Sigorta ilişkisini doğuran hukuki statüden bağımsız olarak, geçici iş göremezlik halinin devam ettiği süre boyunca sigortalının gelirinde kayıp ve giderinde artış olacağı şüphesizdir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, sosyal güvenlik sistemlerinin temel amaçlarından biri, sosyal riskle karşılaşan sigortalılara ekonomik güvence sağlamaktır⁸⁵⁹. Dolayısıyla, sistemin geçici iş göremezliğe bağlı gelir kaybına kayıtsız kalması beklenemez⁸⁶⁰. Sosyal güvenlik sistemimiz de bu amaca uygun olarak geçici iş göremezlik süresi içinde parasal yardım yapılmasını öngörerek, gelir kaybının kısmen giderilmesini sağlamıştır⁸⁶¹. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 16. maddesinde iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortasından sağlanan parasal yardımlardan birinin de “geçici iş göremezlik ödeneği” olduğu açıkça belirtilmiştir⁸⁶². Benzer şekilde Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde “geçici iş göremezlik ödeneği”, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde geçici iş göremezlik süresince yapılan parasal yardım olarak tanımlanmaktadır (SSİY m. 38).

Söz konusu parasal yardıma ilişkin 1479, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlarda düzenleme yer almamaktaydı. 506 sayılı Kanunun “Sağlanan Yardımlar” başlıklı 12. maddesinde ise, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında geçici iş göremezlik süresince günlük ödenek verilmesi, “Geçici İş Göremezlik Ödeneği” başlıklı 16. maddesinde de, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı geçici iş göremezlik hallerinde, ödeneğin her gün için verileceği hükme bağlanmıştır. Böylece, farklı kanunlar kapsamında sigortalı olanlar arasında yeknesaklık olmadığı gibi, ödeneğin sadece 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılar için mümkün olacağı kabul edilerek, eşitlik ilkesine aykırı düzenleme yaratılmıştı.

Yürürlükteki düzenlemede ödeneye hak kazanmak için gerekli şartlar 5510 sayılı Kanunun 16. ve 18. maddelerinde yer almıştır. Kanunun 16. maddesinde sigortalıya geçici iş göremezlik süresince geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmesi öngörülmüştür.

⁸⁵⁹ Atabek, 200; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 352; Şakar, 224.

⁸⁶⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 352; Dilik, 113; Yazgan, 230.

⁸⁶¹ Sosyal riskle karşılaşan sigortalıya parasal yardımlar yanında sağlık yardımlarının da yapılması öngörülmüştür. 5510 sayılı Kanunda sigortalı ve hak sahiplerine yapılacak sağlık yardımları “Genel Sağlık Sigortası Hükümleri” başlığı altında III. Kısım, m. 60 vd. düzenlenmiştir. Önemle vurgulamak gerekir ki, tüm sigorta kollarından yapılacak sağlık yardımları, Kanunun aynı kısmında toplanmıştır. Yapılacak sağlık yardımlarına ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 747 vd.; Şakar, 353 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 388 vd.; Uşan, 291 vd..

⁸⁶² Geçici iş göremezlik ödeneğine ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 352 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 279; Şakar, 224; Korkusuz/Uğur, 315 vd.; Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 79 vd.; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 26; Uşan, 181.

Farklı bir ifadeyle, herhangi bir ayırım yapılmadan, kural olarak “sigortalıların” bu haktan yararlanması kabul edilmiştir. Böylece mülga Kanunlarda benimsenen anlayıştan ayrılarak, sigortalılık ilişkisini doğuran çalışma ilişkisinden bağımsız olarak bütün sigortalıların ödeneğe hak kazanması sağlanmak istenmiştir. Buna mukabil, ödeneğe hak kazanma koşulları hukuki statüye göre farklı belirlenmiştir. Ayrıca, anılan maddelerde iş göremezliği doğuran sosyal riske göre ödenekten yararlanma şartlarının ve ödeneğin kapsamının da farklı belirlendiği görülmektedir⁸⁶³.

Devlet memurları ve kamu görevlileri Kanunun kısa vadeli sigorta hükümleri kapsamında olmadığından, kendilerine 5510 sayılı Kanun kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmesi mümkün değildir. Görevi sırasında veya görevinden dolayı bir kazaya veya saldırıya uğrayan veya bir meslek hastalığına tutulan memurun, iyileşinceye kadar izinli sayılacağı DMK m.105/V’te belirtilmiştir. Ayrıca herhangi bir nedenle rahatsızlanması durumunda rapor süresince memur özlük haklarını alabilecektir. Bu noktada kendilerinin özlük haklarının devam edeceği anılan maddenin birinci fıkrasında “*Memura, aylık ve özlük hakları korunarak, verilecek raporda gösterilecek lüzum üzerine, kanser, verem ve akıl hastalığı gibi uzun süreli bir tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığı hâlinde onsekiz aya kadar, diğer hastalık hâllerinde ise oniki aya kadar izin verilir*”. düzenlemesi ile ortaya konmuştur. Böylece devlet memurları ve kamu görevlileri için de ödeme yapılması kabul edilerek, diğer sigortalılar gibi bunların da hakkı korunmuştur. Bunlar için özlük haklarının yani maaş vb. hakların aynen devam edeceğinin benimsenmesi, buna karşılık diğer sigortalılar için ücretlerinden ya da gelirlerinden daha az miktarda olma özelliğine sahip geçici iş göremezlik ödeneğinin verileceğinin kabul edilmesi, eşitlik ilkesi bakımından aşağıda “ödeneğin miktarının tespitinde getirilen farklılık” başlığı altında değerlendirilmiştir.

b) Ödeneğe Hak Kazanma Şartları

aa) İstirahat Raporunun Varlığı

5510 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle iş göremezliğe uğrayan sigortalıya her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilebilmesi,

⁸⁶³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 352; Alper, Sosyal Sigortalar, 204; Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 79.

Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması şartına bağlıdır⁸⁶⁴. Buna göre, sigortalının uğradığı iş kazası ya da yakalandığı meslek hastalığı nedeniyle yetkili hekim ya da sağlık kurulundan “istirahat raporu” alması, ödenekten yararlanabilmenin koşuludur⁸⁶⁵. Raporda öngörülen süre boyunca sigortalı ödenek alabilir. Öyle ki geçici iş göremezlik ödeneğinin alınmasına sebebiyet veren istirahat raporu süresi içinde, sigortalılık halinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda dahi, raporda öngörülen süre boyunca ödenek verilmeye devam edilir (SSSiY m. 44).

İstirahat raporunun varlığı yönünde aranan söz konusu şart, herhangi bir ayırım yapılmadan bağımlı ve bağımsız çalışan sigortalılar için öngörülmüştür. Bu durum, sigortalının tabi olduğu hukuki statüden ve iş göremezlik halinin kaynaklandığı sosyal riskten bağımsız olarak kabul edildiğinden, eşitlik ilkesi açısından incelenmesi gereken bir durum da söz konusu değildir. Buna karşın, iş sözleşmesine göre çalışanlar için iş kazası ya da meslek hastalığına bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik durumunun, sadece kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından alınmış bir raporla belgelendirilmesi ödeneye hak kazanma açısından yeterli görülürken; bağımsız çalışanlar için salt raporun varlığı yeterli olmamaktadır. DMK m. 105 uyarınca, istirahat raporunun, memurların özlük haklarının devam etmesini sağlamak bakımından yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Bağımsız çalışanlar için öngörülen farklı şartların değerlendirilmesi aşağıda yapılmıştır.

bb) Bağımsız Çalışanlara Özgü Şart: Prim Borcunun Bulunmaması ve Yatarak Tedavi veya Yatarak Tedavi Sonrası Alınan Raporun Varlığı

İş kazası ve meslek hastalığı dışındaki diğer sosyal risklere maruz kalınması nedeniyle sağlanan geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmek için gerek m.4/I,(a) gerekse m.4/I, (b) çerçevesinde sigortalı olanların belirli bir süre içinde belirli bir miktar da prim

⁸⁶⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 353; Tuncay/Ekmekçi, 279; Şakar, 225; Uşan, 181. Ayrıca bkz. SSİY m. 39, 88/II.

⁸⁶⁵ Maddedeki açık düzenleme karşısında Kurumca yetki verilmeyen hekim ya da sağlık kurulu raporuna itibar edilemeyeceği; ancak yetkili olmayan hekim veya sağlık kurulu raporu, yetkili hekim ya da sağlık kurulunca onaylanmış ise onanan rapora itibar edilebileceği ileri sürülmüştür, bkz. Aslanköylü, SSK Yorumu, 539. Buna göre, yetkilendirilenler dışında kalan hekim veya sağlık kurulları tarafından verilen ve istirahat süresi on günü geçmeyen raporlar, Kurumca yetkilendirilen hekim tarafından; on günü aşan raporlar ise sağlık kurulunca onandığı takdirde geçerli sayılacaktır, bkz. Şakar, 226, raporun verilmesine yönelik diğer usullere ilişkin açıklamalar için bkz. Aynı yazar, 226-227.

ödeme şartı aranmasına rağmen, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak ödeneğin verilmesi sigortalılık süresi ve prim ödeme şartından bağımsız olarak kabul edilmiştir⁸⁶⁶.

Belirtilen nitelikte herhangi bir şartın getirilmemesinin doğal sonucu olarak, iş kazası ya da meslek hastalığı nedeniyle istirahat raporu almış sigortalı geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmalıdır. Nitekim, bu anlayışa uygun olarak -yukarıda da belirtildiği üzere- sadece istirahat raporunun varlığı iş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına yakalanan bağımlı çalışan sigortalıların ödeneğe hak kazanması için yeterlidir⁸⁶⁷. Aynı şekilde memurun özlük hakkının devam etmesi için de raporun varlığından başka şart aranmamaktadır (DMK m.105). Buna mukabil, sadece istirahat raporunun varlığı, aynı sosyal riske maruz kalmış ve aynı şekilde etkilenmiş bağımsız çalışanın ödenek almasını sağlamaz. Bağımsız çalışanların genel sağlık sigortası dahil Kuruma hiçbir borcun bulunmaması, borcun olması durumunda ise bunun ödenmesi ve ayrıca yatarak tedavi edilmeleri yahut yatarak tedavi sonuçlandıktan sonra istirahat raporu almaları gereklidir (m.18/II)⁸⁶⁸.

Daha önceden de ifade ettiğimiz üzere, kısa vadeli sigorta kolları prim oranı, sigortalının prime esas kazancının %2'si dir (m.81). Aynı fıkranın (g) altında bendinde, 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıların kendilerinin prim ödeme yükümlüsü olduğu hükme bağlanmıştır. Prim ödeme yükümlüsünün bağımsız çalışan olmasından hareketle kanun koyucu, bunların prim borcu olmaması gerektiği yönünde şartı aramıştır. Ancak prim borcunun olmaması da yeterli değildir. Söz konusu düzenleme nedeniyle, bağımsız çalışan sigortalı prim borçlarını ödemiş olsa ve rahatsızlığa bağlı doğrudan bir istirahat raporu alsa dahi geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamaz⁸⁶⁹. Prim borcu olmayan bağımsız çalışan sigortalılar, tedavi kurumlarında “yatarak tedavi” görmeleri veya yatarak tedavi bittikten sonra istirahat

⁸⁶⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 353; Tuncay/Ekmekçi, 279; Tuncay, Reform, 4-5; Şakar, 226; Alper, 114; Uşan, 181. Kanunun ilk halinde de aynı anlayış benimsenmişti, bkz. Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 79; Aslanköylü, SSK Yorumu, 540.

⁸⁶⁷ 506 sayılı Kanun döneminde de iş kazası ve meslek hastalığı sonucu geçici iş göremezliğe uğrayan sigortalıya herhangi bir koşul aranmaksızın geçici iş görmezlik ödeneği verileceği kabul edilmişti, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 11. Bası, 315; Tuncay, Reform, 6-7; Tunçomağ, 271; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 75; Alper, 114.

⁸⁶⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 354, Canbolat, Sigorta Hükümleri, 27; Uşan, 181.

⁸⁶⁹ Tuncay/Ekmekçi, 280; Alper, Sosyal Sigortalar, 206; Uşan, 181.

raporu almaları durumunda ödenekten yararlanabilirler⁸⁷⁰. Daha açık bir ifadeyle, m.4/I, (b) çerçevesinde sigortalı olanlar bakımından “yatarak tedavi” şartı da aranmaktadır. Dolayısıyla, bağımsız çalışan için öngörülen koşullar, bağımlı çalışanlara göre daha ağır niteliktedir⁸⁷¹. Buna bağlı olarak, bağımsız çalışanlar daha sınırlı durumlarda yardıma hak kazanırlar. Kanun koyucu tarafından yaratılan bu fark haklılaştırılmadığı sürece eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olur. Haklılaştırıldığı durumda ise, düzenlemenin yasama organının takdir yetkisi sınırları içinde kaldığı kabul edilmelidir.

1479 sayılı Kanun döneminde iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının ve bu sigortadan bağımsız çalışanlar için geçici iş göremezlik ödeneğinin kabul edilmemiş olması nedeniyle bağımlı çalışanlar karşısında haklı olmayan ayırım, 5510 sayılı Kanun ile büyük ölçüde giderilmiştir⁸⁷². Bu yönüyle, düzenleme önemli ve olumlu yeniliği ifade etmektedir⁸⁷³. Ancak ödeneğin verilmesi, bağımlı çalışanlardan farklı olarak prim borcunun bulunmamasına ve yatarak tedavi edilme ya da yatarak tedavi sonrasında istirahat raporu alma şartlarına bağlı kılındığından bu ayırım tam olarak giderilmemiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanun koyucunun prim ödeme yükümlüsü olan ve yardımlardan yararlanacak sigortalının aynı kişi olmasını göz önüne alarak bu şekilde bir düzenleme yaptığı iddia edilebilir. Buna göre, “yükümlülüğünü yerine getirmeyen sigortalı bunun külfetlerine katlanmalıdır” şeklinde bir anlayış burada kendini göstermektedir. Aynı şekilde, bağımsız çalışanları prim ödemeye teşvik etmek amacıyla da bu düzenlemenin yapıldığı düşünülebilir. Bu amacın meşruluğu konusunda şüphe yoktur. Ancak bu amacın yerine getirilmesi için kanun koyucunun yaptığı düzenleme elverişli değildir. Öğretide de ifade edildiği gibi, prim ödeme yükümlüsü her ne kadar bağımsız çalışan olsa da, primi tahsil yükümlülüğü Kurumun üzerindedir. Dolayısıyla,

⁸⁷⁰ **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 27; **Akın**, İş Kazası, 196; **Uşan**, 181.

⁸⁷¹ **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 61.

⁸⁷² Tasarıda ve Kanunun ilk halinde sigortalılar arasında herhangi bir fark yaratılmadan, Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması şartıyla iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle geçici iş göremez durumda olan sigortalıya her gün için ödeneğin verileceği öngörülmüştü (m.18). Bu düzenlemenin isabetli olduğu yönündeki görüş için bkz. **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 77. Yürürlükteki düzenleme ise haklı olarak eleştirilmektedir, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 354. Kanunun 5754 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde, hastalığa bağlı olarak verilecek geçici iş göremezlik ödeneği ve iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak sağlanacak sürekli iş göremezlik geliri için de bağımsız çalışanlara yönelik aynı şart kabul edilmişti. Söz konusu şart öğretide haklı olarak eleştirilmişti, **Tuncay**, Reform, 9; **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 93; **Alper**, 114. Aşağıda açıklanacağı üzere, yürürlükteki düzenlemede, bağımsız çalışanların genel sağlık sigortası dahil prim ve pirime ilişkin her türlü borçları ödenmiş olsa bile, bunlar için hastalığa bağlı olarak ödenek verilmesi kabul edilmemiştir.

⁸⁷³ **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 61; **Alper**, 114.

Kurumun gerekli çaba ve denetimi göstererek primi tahsil etmesi gerekmekte⁸⁷⁴ ve düzenlemeler de bunu sağlamaya yönelik olmalıdır. Ayrıca, öğretide de ileri sürüldüğü üzere, kısa vadeli sigorta kolu, vadesiz sigorta kolu niteliğinde olup sigortalı sosyal yardıma hemen ulaşabilmelidir; kısa vadeli sigorta kolu, uzun vadeli sigorta kolu gibi yatırım amaçlı değildir⁸⁷⁵. Dolayısıyla, kanun koyucunun benimsediği amaca başka düzenlemelerle ulaşmak mümkün olduğundan, söz konusu farklılığın haklı olduğundan bahsedilemez⁸⁷⁶.

Farklılık, m.4/I,(b) kapsamındaki sigortalılar için de aynı esasların benimsenmesi suretiyle giderilmemelidir. Gerçekten birinci bölümde de açıkladığımız üzere, bir ayrımcılığın önlenmesi talebinin, ayrımcılığa tabi kılındığını iddia eden tarafa durumu eşitleyecek yararların sunulması yerine, daha ayrıcalıklı gruba sağlanan ilave yararın geri alınarak karşılanması yolu tercih edilmemelidir. Aksi hal sosyal güvenlikte sağlanması gerektiğimiz maddi eşitlik anlayışına ters düşer.

Prim borcunun olmaması gerektiği yönündeki düzenleme, ölçülü ve makul olmadığından sadece farklı hukuki statüde olanlar için değil, uygulamada başka eşitsizliklere de yol açacaktır. Başka bir ifadeyle, aynı hukuki statüde bulunanlar için de somut olayın özelliğine göre eşitlik ilkesine aykırı durumlar meydana gelecektir. Gerçekten bu düzenleme, her ne sebeple olursa olsun, belirtilen sigortalıların bir kez bile olsa prim yatırmamış olmaları halinde, kendilerine ödenek verilemeyeceğini göstermektedir. Örneğin, 10 yıldır bağımsız çalışan bir kimse primlerini düzenli ödemesine rağmen son iki ay ödemediği dönemde iş kazasına maruz kalırsa, prim borcu olması nedeniyle mağdur olmaktadır. Diğer taraftan 5 aydır çalışan ve sadece bu süreyle sınırlı olarak SGK bütçesine katkı sağlayan bağımsız çalışan sigortalı ise, iş kazası geçirirse yardım alabilmektedir. Görüldüğü üzere, sosyal riskin yarattığı olumsuz etki bakımından aynı ve benzer durumda olan bağımsız çalışan sigortalılardan yalnızca 5 ay prim ödeyerek Kurumun bütçesine katkı sağlayan yardım alabilecek iken; 180 ay ödemesi gerekirken 178 ay prim ödeyen ise yardım alamayacaktır. Söz konusu örnek, kuralın adil olmadığını ve sosyal devlet ilkesiyle de bağdaşmadığını açıkça

⁸⁷⁴ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 93.

⁸⁷⁵ Akın, İş Kazası, 197.

⁸⁷⁶ Sigortalılar arasında fark yaratan düzenlemenin eleştirisi için bkz. Akın, İş Kazası, 196.

göstermektedir. Bu anlayışın Anayasa’da güvence altına alınan sosyal güvenlik ilkesine de aykırı olduğu ortadadır.

İdeal olan her sigorta kolundan sağlanan yardımlardan yararlanma şartlarının kendi içerisinde, diğerinden bağımsız şekilde değerlendirilmeye tabi tutulmasıdır. Ancak ne var ki, Kanunda sigorta kolu ayrımı yapılmadan, prim oranlarının kısa vadeli sigorta kolları için birlikte belirlenmiş olması şartların yerine getirilmesi bakımından bağımsız bir değerlendirme yapılmasının da önüne geçmektedir. Gerçekten, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık, analık sigorta kolları için ayrı ayrı prim ödeme yükümlülüğü öngörülseydi, sadece her bir sigorta kolu için prim borcu olmaması yönünde şartın getirilmesi makul olabilirdi. Bununla birlikte, kanaatimizce yürürlükteki düzenlemede benimsenen sistemde iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle ödeneğe hak kazanılması belirli miktarda kısa vadeli sigorta primi ödeme ya da bildirme şartına bağlı kılınmadığından, prim borcunun bulunmaması yönünde şart hiçbir şekilde getirilmemeliydi. İş kazasının ani niteliği ve çalışanın çalışmaya başladığı ilk gün dahi kazaya uğrayabileceği ihtimali düşünüldüğünde, sigortalının prim borçlarının tamamını ödemesi de bir yerde çok zor olacak ve hatta imkansız hale gelecektir.

Prim borcunun bulunmaması yönündeki şarttan başka, bağımsız çalışanlar için yatarak tedavi edilme şartının yerindeliğini savunmak da hiçbir şekilde mümkün değildir. Bağımsız çalışanların ayakta tedavi gördüklerinde işyerlerinin faaliyette bulunabileceği varsayımı dikkate alınarak, belirtilen şekilde bir şart öngörülmüştür⁸⁷⁷. Bağımsız çalışanın ayakta tedavi gördüğü ve istirahat raporu almadığı durumlar için bu varsayım haklı kabul edilir. Ancak bağımsız çalışan için evde istirahatın öngörüldüğü durumlar da olabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, parasal yardımların öngörülmesiyle güdülen amaç sosyal riskin sigortalılar üzerinde yarattığı maddi kaybın giderilmesidir⁸⁷⁸. Bağımsız çalışan sigortalının yatarak tedavi olmadığı ve fakat istirahat raporu alarak işine gidemediği zamanlar için de gelir kaybının ve/veya gider artışının olacağı muhakkaktır. Aslında, kanun koyucu da bağımsız çalışanlar için söz konusu durumun gider artışı/gelir kaybı yaratacağını kabul etmektedir. Zira yatarak tedavi sonrasında alınan istirahat raporu süresince de ödenek verilebileceği belirtilerek, söz konusu

⁸⁷⁷ Sözer, Sosyal Sigortalar, 325.

⁸⁷⁸ Atabek, 200; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 352; Tunçomağ, 272.

dönemin de bağımsız çalışanların ekonomik durumunu etkileyeceği benimsenmiştir. Bu bakımdan, tedavi şekli dikkate alınarak hukuki statü temelinde öngörülen farklılık haksız olduğu gibi, geçici iş göremezlik ödeneği ile öngörülen amaca da uygun değildir.

Yatarak tedavi şartı da –sadece farklı hukuki statüdekiler için değil- aynı hukuki statüde bulunanlar için de uygulamada haksız farklılıklara sebebiyet verecektir. *Yatarak tedavi olan ve sonraki dönem için istirahat raporu alan* bağımsız çalışan ile *yatarak tedavi olmadan istirahat raporu alan* bağımsız çalışan arasında da eşitlik ilkesine aykırılık bulunmaktadır. Dolayısıyla, aynı hukuki statüde bulunan fakat farklı biçimde tedavi olan, riskin yarattığı etki bakımından aynı durumda olan ve evde ya da yatarak tedavi sonrası evde istirahatlı olan sigortalılar arasında da haklı olmayan ayırım yapılmıştır. Tedavinin yatarak olup olmaması, belirtilen ayrımı haklı kılan objektif neden değildir.

Geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanan sigortalıya ödenek, ilk günden itibaren ve her gün için verilecektir (m.18/I, a). Ödeneğin verileceği süre ve ödeneğin miktarı bakımından hukuki statü temelinde herhangi bir farklılık yaratılmamıştır. Daha net bir ifadeyle, geçici iş göremezlik halinin iş kazası veya meslek hastalığı neticesinde doğması durumunda, geçici iş göremezlik ödeneği -sigortalının belli bir süre çalışmış ve belli miktar pirim ödemiş olma koşuluna bakılmaksızın- ilk günden itibaren ve her gün için verilecektir⁸⁷⁹.

cc) Tarım ve Orman İşlerinde İş Sözleşmesiyle Süreksiz Çalışan Sigortalılara Özgü Şart: Bekleme Süresi ve Prim Borcunun Bulunmaması

Yukarıda yeri geldikçe ifade edildiği üzere, tarım ve orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz olarak çalışanlar, talepte bulundukları tarihten itibaren sigortalı sayılırlar (5510 s.K. ek m.5). Aynı maddenin dördüncü fıkrasında, bunların 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereği sigortalı oldukları hükme bağlanmıştır. Ancak bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları bakımından yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu sigorta kolundan sağlanan ödeneye hak kazanılması, diğer bağımlı çalışanlardan farklı şekilde düzenlenmiştir.

⁸⁷⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 353, Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 75; Uşan, 181.

Kanun koyucu, tarım işlerinde iş sözleşmesine tabi olarak süreksiz çalışanları her ne kadar m.4/I,(a) kapsamında değerlendirmişse de, bunların ödeneye hak kazanması için 10 günlük bir bekleme süresi öngörmüştür (Ek m.5/V). Anılan maddede, “...iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmeleri için iş kazasının olduğu tarihten en az 10 gün önce tescil edilmiş olmaları...” gerektiğine ilişkin koşula yer verilerek bu husus ortaya konmuştur. Önemle ifade etmek gerekir ki, aşağıda da değinileceği üzere 2925 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan 7. maddesinde iş kazası ve meslek hastalığından *sürekli iş göremezlik gelirinin* sağlanması, en az üç ay önceden tescil koşuluna bağlanmıştır. Buna mukabil, *ödeneye hak kazanma* bakımından sigortalılar arasında sigortalı olunan tarihe göre ayırım yapılmamış ve tarım işinde iş sözleşmesine tabi olarak süreksiz çalışanlar için on gün önceden tescil koşulu kabul edilmiştir.

“Bekleme süresi” nitelikleri itibariyle uzun vadeli sigorta kolları kapsamında olan sigortalar için olmalıdır. Kısa vadeli sigorta kolları bakımından anılan süreye yer verilmemelidir. Özellikle iş kazasının ani niteliği, bekleme süresinin öngörülmemesini gerektirir. Nitekim, kanun koyucu da, Kanunda bu yaklaşımı benimsemiştir. Bunun tek istisnasını tarım işinde süreksiz çalışan işçiler oluşturmaktadır. Kanımızca, böyle bir istisnai düzenleme yapılmasını gerektirecek haklı sebep olmadığı için, düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır. Gerçekten, kamu sektöründe tarım ve orman işlerinde iş sözleşmesine tabi olarak sürekli ya da süreksiz veya özel sektörde aynı işlerde iş sözleşmesine bağlı olarak sürekli çalışan sigortalılar için ödeneye hak kazanma bakımından böyle bir şart yoktur. Aynı yaklaşım, özel sektörde iş sözleşmesiyle tarım işinde süreksiz çalışanlar için de kabul edilmelidir⁸⁸⁰.

Tarım veya orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz olarak çalışanlara ödenek verilmesi için, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartı aranır (Ek m.5). Böylece bağımsız çalışanlar için aranan şart, tarım ve orman işlerinde iş

⁸⁸⁰ “Sigortalılık süresinin” ne şekilde hesaplanacağı üzerinde de kısaca durmakta fayda var. Örneğin sigortalı, m.4/I,(a)’ya tabi biçimde yirmi gün çalıştıktan sonra, anılan madde kapsamındaki çalışmasının bitmesiyle birlikte, ek m.5 hükmü gereği sigortalı olursa ve bu maddeye göre sigortalı olduktan beş gün sonra kaza geçirirse, bekleme süresinin tamamlanıp tamamlanmamış sayılacağı belirlenmelidir. Maddede, iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olma şartı getirilmiştir. Sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağı konusunda açıklık yoktur. Kanımızca, toplam on günlük sürenin doldurulmuş olması yeterli sayılmalıdır. Başka bir deyişle, bu sürenin ek m.5 kapsamında geçirilmesi şart değildir.

sözleşmesiyle süresiz çalışanlar için de kabul edilmiştir. Kamu sektöründe aynı işte sürekli ya da süresiz veya özel sektörde aynı işte sürekli çalışan sigortalılar için veya m.4/I,(a) kapsamındaki diğer sigortalılar için aynı ya da benzer şart kabul edilmemiştir. Özellikle aynı işi yapan sigortalılar arasında bu şekilde farklı yaklaşım, eşitlik ilkesi bakımından kabul edilemez. Zira çalışılan sektör ya da işin niteliği gereği süreceği gün sayısı, ayrımı kılan haklı sebep değildir.

c) Ödeneğin Miktarının Tespitinde Getirilen Farklılık

Ödeneğin miktarı bakımından hukuki statü ve sosyal risk temelinde ayırım yapılmamış olmakla birlikte, uygulanacak tedavinin şekline göre fark yaratılmıştır. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 18. maddesinin üçüncü fıkrasında *“İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve sigortalı kadının analığı halinde verilecek geçici iş göremezlik ödeneği, yatarak tedavilerde 17. maddeye göre hesaplanacak günlük kazancın yarısı, ayakta tedavilerde ise üçte ikisidir”* şeklinde düzenleme yer almaktadır⁸⁸¹. Düzenleme gereği, sigortalının günlük kazancı esas alınarak belirlenecek olan ödeneğin miktarı, yatarak tedavilerde⁸⁸²

⁸⁸¹ Ödeneğin miktarını etkileyen husus açıklanandan ibaret değildir. 5510 sayılı Kanunun 18. maddesinin 4. fıkrasında şu düzenleme yer almaktadır: *“Sigorta prim ve ödeneklerinin hesabına esas tutulacak günlük kazançların alt sınırında meydana gelecek değişikliklerde, yeniden tespit edilen alt sınırın altında bir günlük kazanç üzerinden ödenek almakta bulunanların veya almaya hak kazanmış veya kazanacak olanların bu ödenekleri, günlük kazançlarının alt sınırındaki değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak değiştirilmiş günlük kazançların alt sınırına göre ödenir.”* Buna göre, kendisine önceden ödenek bağlanmış olan sigortalıların ödeneklerine esas tutulan günlük kazançları, sonradan tespit edilen alt sınırın altında kalıyor ise bunların ödenekleri değiştirilmiş günlük kazancın alt sınırına göre belirlenecektir. Kanunun ilk halinde *“Ancak geçici iş göremezlik ödeneğinin güncellenmemiş tutarı, sigortalının ödenek hesabına esas alınan döneme ilişkin kazanç üzerinden vergi, sosyal sigorta, genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası primleri kesintileri sonrası hesaplanan günlük net kazancını geçemez.”* şeklinde uygulamada sıkıntılara yol açabilecek düzenlemeye yer verilmişti. Bu noktada, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 25. maddesinin 6. bendi ile sosyal sigorta kurumları tarafından sigortalılara yapılan ödemeler gelir vergisinden muaf tutulduğu ve Kanunun ilk halindeki isabetsiz düzenleme korunmuş olsaydı, yapılacak ödeme bakımından, Gelir Vergisi Kanunu ile getirilmiş olunan destekten vazgeçilmiş olunacağı şeklinde haklı görüş ileri sürülmüştür, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 80. Sayıştay Genel Kurulu, iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık hallerinde sigortalılara Kurumca ödenecek geçici iş göremezlik ödeneklerinin sigorta primi ile gelir vergisi kesintisine tabi tutulmamasına karar vermiştir bkz. 21.02.1985 E. 1985/1, K. 4487/1, İşveren Dergisi, Nisan 1985, 11 vd. Belirlenen ödenek miktarı Kurum tarafından sigortalıya verilecektir. Ancak bazı durumlarda ödemenin Kurum adına işverenler tarafından da yapılması mümkündür. Gerçekten, işyerinde toplu iş sözleşmesi bulunuyorsa, ödeme işveren tarafından yapılır. Aynı şekilde, kamu idareleri de sigortalılara doğrudan ödeme yapılabilir. Bu durumda işveren, Kurum ile mahsuplaşmak suretiyle alacağını tahsil eder. Söz konusu bu durum, sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından öngörülen ödenek için değil, hastalık ve analık sigortalından sağlanacak geçici iş göremezlik ödenekleri için de geçerlidir (SSGSSK m. 18/VI).

⁸⁸² KVSUKUT’nin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde yatarak tedavi kavramının *“Genel sağlık sigortalısı ve bakımla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusunda yatırılarak sağlanan sağlık hizmetlerini”* ifade ettiği belirtilmiştir.

hesaplanan tutarın yarısı; ayakta tedavilerde⁸⁸³ ise, üçte ikisi olarak kabul edilmiştir⁸⁸⁴ (m.18/III).

Çalışmamızda esas itibarıyla hukuki statü temelinde yapılan ayrımların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı incelenmektedir. Ancak yeri gelmişken hakkaniyete aykırı durum olması nedeniyle ifade etmek gerekir ki, ödenek miktarının tedavi yöntemine göre belirlenmesi kanımızca eşitlik ilkesi açısından uygun değildir. Gerçekten tedavinin yatarak ya da ayakta yapılması tedavi giderlerinin miktarını ilgilendirmektedir. Sonuç olarak sigortalı hangi tedavi sürecine girerse girsin, almak zorunda olduğu istirahat raporu süresince işe gidemeyecek ve gelirinden yoksun kalacaktır. Daha net bir ifadeyle, yatarak tedavi görmüş bir sigortalıya onbeş günlük rapor verildiğinde, bu kişinin gelirinden yoksun olacağı gün sayısı onbeştir; aynı şekilde ayakta tedavi görmüş bir kimseye de on beş günlük istirahat raporu verilmesi halinde, gelirden yoksun kalınacak gün sayısında değişiklik olmayacaktır. Sigortalının bazı masraflarının tedavi amacıyla yatırılan sağlık kuruluşu tarafından karşılanması ve ayakta tedavi olan sigortalıların daha fazla maddi desteğe ihtiyacı olduğu varsayımı da ayrımı haklılaştırmaz⁸⁸⁵. Zira ayakta tedavilerde de ilaç gibi bazı tedavilerin Kurumca karşılandığı bilinmektedir.

Sonuç olarak tedavi şekli, somut olayın özelliğine göre gelirden mahrum olunan gün sayısını etkilemeyeceğinden, belirtilen yöndeki düzenlemenin isabetsiz olduğu kanaatindeyiz. Kanunun ilk halindeki gibi herhangi bir fark yaratılmadan ödeneğin miktarının günlük kazancın 2/3'ü olarak belirlemek, eşitlik ilkesi açısından isabetli olacaktır⁸⁸⁶.

Kanunun ilk halinde devlet memurları için de aynı hüküm öngörülmüştü, ancak diğer taraftan devlet memurları için hak kaybını önlemek adına düzenleme de bulunmaktaydı.

⁸⁸³ KVSKUT'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde ayakta tedavi kavramı "*Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucularında yatırılmaksızın ayakta sağlanan sağlık hizmetleri*" şeklinde tanımlanmıştır.

⁸⁸⁴ 506 sayılı Kanunun 89. maddesinde de, iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık hallerinde verilecek geçici iş göremezlik ödeneğinin, sigortalının sağlık tesislerine yatırılması durumunda günlük kazancının yarısı, ayakta tedavilerde ise, üçte ikisi olacağı hükme bağlanmıştır.

⁸⁸⁵ **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 75.

⁸⁸⁶ Kanunun ilk halinde yer alan düzenlemenin isabetli olduğu haklı olarak belirtilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 79; *aynı yazar*, Yeni Mevzuat, 75. Söz konusu düzenleme, yukarıda belirtildiği şekilde 17.04.2008 t. 5754 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

Buna göre, Kanunun ilk halinin geçici 3. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, kanuna göre istirahatlı olup, geçici iş göremezlik ödeneği alamadıkları istirahat süresine ait ücretleri ve çalışırken aldıkları aylıkları ile geçici iş göremezlik ödenekleri arasındaki farklar, ilgili mevzuatlarda değişiklik yapılmaya kadar, çalıştıkları Kurumca ödenmeye devam edilecekti. Böylece, bunların özlük haklarından aynen yararlanması mümkün hale getirilmişti. Bu düzenleme yürürlükte olsaydı, kamu görevlisinin ya da devlet memurunun ödeneğe hak kazanamaması yani henüz 90 gün prim ödeme koşulunu gerçekleştirememesi halinde tüm aylığı; hak kazanması durumunda ise kurumca ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ile aylığı arasındaki fark, memur ya da kamu görevlisini çalıştıran kurumca karşılanacaktı⁸⁸⁷. Yürürlükteki düzenleme gereğince de, görevi sırasında veya görevinden dolayı bir kazaya veya saldırıya uğrayan veya bir meslek hastalığına tutulan memur, iyileşinceye kadar izinli sayılmaktadır (DMK m. 105/V). Böylece, memurlar için özlük haklarının tamamının verilmesi belirli koşullarla sınırlı tutulmamıştır.

Gerek kanunun ilk halinde benimsenen anlayış gerekse yürürlükte olan DMK'da yer alan düzenleme, birinci bölümde ulaştığımız sonuç doğrultusunda eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. *Devletin işveren olarak* kendisini çalışanlarına (memurlarına) karşı maaşın tamamını ödeme yönünde DMK kapsamında ya da ödenekle maaş arasındaki farkı ödeme noktasında DMK veya başka bir mevzuatla sorumlu tutması, eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilemez. Her şeyden önce burada işverenleri farklı olan çalışanlar bulunmaktadır. Devletin iş kanunlarındaki işverenleri aynı derecede sorumlu tutması her zaman mümkün değildir. Buna karşılık bazı durumlarda, yasama organı bu duruma müdahale etmiştir. Örneğin, İş Kanunu m. 49 hükmünde “*hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen işçiler...*” ifadesine yer verilmiştir. Öncelikle her ne kadar maddede sadece hastalık halinden bahsedilmiş, fakat açıkça iş kazası ve meslek hastalığından bahsedilmemişse de, bu sosyal risklerin “ve sair sebepler” ifadesine dahil olabileceğini kabul etmek gerekir. Bu düzenleme uyarınca, maktu aylıklı işçilerin ücretleri

⁸⁸⁷ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 76.

işverenlerince kendilerine ödenmeye devam edilecektir⁸⁸⁸. Ancak bu durumda ücretin tamamı değil, 48. maddenin ikinci fıkrası gereğince, ödenek ile ücret arasındaki fark işverence verilecektir. Zira anılan hüküm, “*Hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu Tarafından ödenen geçici iş görmezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretinden mahsup edilir.*” şeklindedir. Böylece, maktu aylıklı ücretle çalışan işçiler ödenek aldıklarında, toplamda ödenek dahil olmak üzere ücretlerin tamamını elde ederler. Eğer işçi maktu aylıklı ücretle çalışıyor ise, devlet memurları ile bu işçiler arasında herhangi bir fark söz konusu değildir. Böylece bazı durumlar için işverenler yasama organı tarafından yükümlü kılınmış ve her iki durumda da öngörülen maaşın/ücretin ödenmeye devam edileceği kabul edilmiştir. Böylece, bundan daha az ya da fazla bir ödeme yapılması mümkün değildir.

Maktu aylıklı işçilerin olmadığı ve dolayısıyla ücret ile ödenek arasındaki farkın işverence ödenmesinin mümkün olmadığı durumlar da bulunmaktadır. Gerçekten, İşK. m.25/I hükmünün son cümlesinde de belirtildiği üzere, işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez. Buna göre, hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde iş sözleşmesi askıda kalır ve İş Kanunu’nun 48. ve 49. maddeleri gereği ödenmesi gereken maktu ücret de söz konusu değilse, sigortalıya ücreti verilmez. Sigortalı Kurumdan alacağı ödenekle yetinir.

Bağımsız çalışanların durumu bağımlı çalışanların durumu ile çoğu zaman aynı değildir. Zira bağımsız çalışanlar kendi bağımsız faaliyetleri ile gelir elde ederler ve işe gidemedikleri zamanlarda da sıklıkla bu faaliyetleri işyerlerinde çalışan işçileri tarafından yürütülür. Dolayısıyla, kaza, hastalık vb. duruma rağmen gelir elde edilmesi söz konusudur.

Kısaca ifade etmek gerekirse, *çalışma şeklinin* niteliği dikkate alınarak maaş ya da ücretin tamamının ödenmesi veya gelirin tamamen veya kısmen elde edilmesi şeklinde ortaya çıkan sonuçlar eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilemez. Başka bir deyişle, çalışma ilişkisi doğrultusunda devletin işveren sıfatıyla memur ya da kamu

⁸⁸⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 344; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 76.

görevlilerine olan yükümlölükleri ve dolayısıyla çalışanların sahip olduğu haklar, aynı şekilde çalışma şeklinin iş sözleşmesine tabi çalışanlara ve bağımsız çalışanlara sağladığı yararlar eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilemez. Buna mukabil, söz konusu yararların ödenen primlerin karşılığı olmak üzere, SGK tarafından sağlanması halinde nimet-köllet dengesi bakımından eşitlik ilkesi çerçevesinde sigortalılar arasında değerlendirme yapılmalıdır. Bu bakımdan memurlar için primlerin karşılığı olma niteliğini haiz olmayan, DMK’da ya da diğerk kanunlarda öngörölen başka olanakların da ayrıcalık şeklinde nitelenemeyeceğı kanaatindeyiz.

DMK’nın 188. maddesinde, devlet memurlarının eşleri ve bakmakla yükümlü oldukları ana, baba ve çocuklarının hastalık ve analık hallerinde gerekli sosyal sigorta yardımlarının sağlanması gerektiğı belirtilmiştir. Bu yardımlar sağlık yardımlarından ibaret değildir. Öyle ki memurun bakmakla yükümlü olduğı veya memur refakat etmediğı takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hâllerinde, bu hâllerin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, aylık ve özlük hakları korunarak, üç aya kadar izin verileceğı ve gerektiğinde bu sürenin bir katına kadar uzatılacağı da hükme bağlanmıştır (DMK m.105/VII). Benzer bir düzenleme, iş sözleşmesine göre çalışanlar ya da bağımsız çalışanlar için bulunmamaktadır. Söz konusu farklılık -sosyal güvenlik hakkıyla ilişkili olmayıp- kanun koyucu tarafından işverenler için öngörölen yükümlölüğün sonucudur. Yasama organının benzer bir biçimde İş Kanunu’nda, işçinin bakmakla yükümlü olduğı ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığın bulunması hallerinde, bu hallerin kanıtlanması şartıyla belirli süre ücret vb. hakları korunmak suretiyle izin verileceğini düzenlenmesi, takdir yetkisi alanında değildir. Böyle bir müdahalenin iş sözleşmesinden doğan iş ilişkisine yapılması kabul edilemez. Dolayısıyla, DMK’da yer alan düzenleme çalışma ilişkisinin gereğı olup, eşitlik ilkesine aykırı değildir.

2. Sürekli İş Göremezlik Geliri

a) Kavram ve Gelire Hak Kazanabileceklerin Kapsamı

Genel olarak iş göremezlik kavramı, iş kazası ve meslek hastalığı veya herhangi bir kaza ya da sakatlık nedeniyle sigortalının çalışmasına engel olan beden ve ruh sağlığı bozukluklarıdır⁸⁸⁹. Çalışmaya engel olan halin sürekli nitelik taşıması halinde ise, “sürekli iş göremezlik” söz konusu olacaktır. Nitekim, 5510 sayılı Kanunun 19. maddesinden ve SSİY m. 41/VII hükümlerinden sürekli iş göremezlik halinin, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan hastalık ve engeller nedeniyle sigortalının meslekte kazanma gücünü tamamen (%100) veya en az %10 oranında kaybetmesi olduğu anlaşılmaktadır. Sigortalının meslekte kazanma gücünü tamamen (%100) yitirmesi “sürekli tam iş göremezlik” hali, kısmen (%10-%99,99) yitirmesi ise, “kısmi sürekli iş göremezlik” hali olarak adlandırılmaktadır (SSİY m.41/VII).

Sürekli iş göremezlik halinde yapılacak parasal yardım “sürekli iş göremezlik geliri”dir (m.19, SSİY m.41). Bu doğrultuda olmak üzere, 5510 sayılı Kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan sigortalıya yapılacak parasal yardımlardan bir diğeri olarak “sürekli iş göremezlik gelirinin” bağlanması öngörülmüştür⁸⁹⁰.

“Sürekli iş göremezlik hali” hukuki statü temelinde herhangi bir ayırım yapılmadan “sigortalılar” için kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle, m.4/I,(a) ve m.4/I,(b) kapsamındaki sigortalılar için sürekli iş göremezlik hali ve buna bağlı olarak gelirin bağlanması mümkündür. Dolayısıyla, sigortalının hukuki statüsü kural olarak gelire hak kazanmada da önemli değildir.

1479 sayılı Kanun döneminde ise; bağımsız çalışanlar için sürekli iş göremezlik geliri kabul edilmemişti. Sadece 29. maddede çalışma gücünün üçte ikisinin kaybedilmesi halinde –bazı şartların bulunması koşuluyla- malullük aylığının bağlanabilmesi

⁸⁸⁹ Tunçomağ, 271.

⁸⁹⁰ Öğretide Şakar’ın da ifade ettiği üzere, uygulamada sürekli iş göremezlik geliri, malullük aylığı ve yaşlılık sigortasından engelliler için öngörülmüş kolaylaştırılmış seçeneğinden bağlanan yaşlılık aylığı ile karıştırılmakta ve uygulamada sigortalılar bunların hepsini malulen emeklilik emeklilik olarak adlandırmaktadır, bkz. Şakar, Emekliliği, www.yaklasim.com

öngörölmüştü⁸⁹¹. Yürürlükteki düzenlemeyle bağımsız çalışanlar için de sürekli iş göremezlik gelirinden yararlanma olanağının getirilmiş olması, hukuki statü temelinde yapılmış olan haksız ayırımın kaldırıldığını göstermektedir.

Tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlara ve hak sahiplerine, malullük, yaşlılık ve ölüm hallerinde sosyal sigorta yardımlarının sağlanmasını düzenleyen 2926 sayılı Kanunda sürekli iş göremezlik geliri bulunmamaktaydı. Buna mukabil, 2925 sayılı Kanunda ise, konu düzenlenmişti ve ifade etmek gerekir ki, süreksiz tarım işinde iş sözleşmesine tabi olarak çalışanlar bakımından 2925 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan 7. maddesinde, iş kazası ve meslek hastalığına bağılı olarak sürekli iş göremezlik halinde, Kanun kapsamındaki sigortalılara gelir verileceğı öngörölmüştür. Aşağıda bu konu üzerinde durulmuştur.

Devlet memurları ve kamu görevlileri kısa vadeli sigorta kolları kapsamında olmadığından sürekli iş göremezlik geliri kendileri için uygulanamaz. Ancak uzun vadeli sigorta kolları kapsamında öngörölen vazife malullüğü, sürekli iş göremezlik gelirini karşılayan bir kurum olarak kabul edilmeldir. Diğer taraftan, DMK’da da devlet memurları açısından sürekli iş göremezlik adı altında bir ödemenin yapılacağı kabul edilmemiştir. Buna mukabil, kazaya ya da hastalığa bağılı olarak rahatsızlığın sürekli devam etmesi halinde özlük haklarının belirli bir süre devam edeceğı, ancak Kanunda öngörölen sürenin sonunda memurun hala iyileşememesi ve çalışamaması durumunda emekli olabileceğı düzenlenmiştir. Gerçekten 105. madde hükmünde yer alan “... maddede yazılı azamî süreler kadar izin verilen memurun, bu iznin sonunda işe başlayabilmesi için, iyileştiğine dair raporu (yurt dışındaki memurlar için mahallî usûle göre verilecek raporu) ibraz etmesi zorunludur. İzin süresinin sonunda, hastalığının devam ettiğı resmî sağılık kurulu raporu ile tespit edilen memurun izni, birinci fıkrada⁸⁹² belirtilen süreler kadar uzatılır, bu sürenin sonunda da iyileşemeyen memur hakkında emeklilik hükümleri uygulanır.” şeklindeki düzenleme açıklanan sonucu doğurmaktadır.

⁸⁹¹ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 77; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 32.

⁸⁹² Birinci fıkra şu şekildedir: “Memura, aylık ve özlük hakları korunarak, verilecek raporda gösterilecek lüzum üzerine, kanser, verem ve akıl hastalığı gibi uzun süreli bir tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığı hâlinde onsekiz aya kadar, diğer hastalık hâllerinde ise oniki aya kadar izin verilir”

b) Gelire Hak Kazanma Şartları

aa) Sürekli İş Göremezlik Halini Doğuran Sosyal Risk Bakımından Aranan Şartın Yarattığı Farklılıklar

Sürekli iş göremezlik gelirine kapsamdaki sigortalıların hangi durumda hak kazanacağı 5510 sayılı Kanunun 19. maddesinde belirtilmiştir⁸⁹³. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kural olarak gelire hak kazanma bakımından sigortalılar arasında ayırım yapılmamıştır⁸⁹⁴. Buna karşılık ayırımın kapsam yönünden doğrudan yapılmasa bile, dolaylı biçimde devam ettiği görülmektedir. Gerçekten, kavramın tanımından da açıkça anlaşılabileceği üzere, sigortalı *iş kazası veya meslek hastalığına bağlı olarak* mesleğinde kazanma gücünü yitirmelidir⁸⁹⁵. Dolayısıyla iş kazası veya meslek hastalığı dışındaki sosyal riskler nedeniyle gelir bağlanması kabul edilmemiştir. İş kazası halleri (SSGSSK m.13) ise, bağımsız çalışan sigortalılar için bağımlı çalışanlara nazaran daha dar kapsamlı belirlenmiş olduğundan, bu kişiler için gelirin bağlanabileceği durumlar da kısıtlanmıştır.

Sosyal risk bakımından yaratılan sınırlama, başka farklılıkları da beraberinde getirmiştir. Gerçekten, gelirin sadece iş kazası ve meslek hastalığına özgülenmesi karşısında, ortaya çıkacak zararlandırıcı sonuç açısından aynı ya da benzer durumda olan sigortalı “hastalık” halinde gelir alamaz. Bu farklılık eşitlik ilkesi bakımından incelenmelidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, 5510 sayılı Kanunun 15. maddesinin birinci fıkrasında hastalık hali “...*iş göremezliğe neden olan rahatsızlıklar*...” şeklinde tanımlanmıştır. Dikkat edilirse, hastalığın iş göremezliğe neden olabileceği kanun koyucunun da kabulündedir. Kanunda da ifade edilen iş göremezlik hali hastalığın etkisine göre geçici olabileceği gibi, sürekli de olabilir. Hiç kuşku yok ki, hastalık

⁸⁹³ İş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan hastalık veya özürlülük nedeniyle kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurulları tarafından verilen raporlara istinaden Kurum Sağlık Kurulunca meslekte kazanma gücü en az %10 oranında azalmış bulunduğu tespit edilen sigortalı sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanır. Görüldüğü üzere, meslek hastalığının tespitinde olduğu gibi meslekte kazanma gücü oranının belirlendiği rapor, Kurum Sağlık Kurulunca onaylanmalıdır, **Caniklioglu**, Kısa Vadeli Sigortalar, 83.

⁸⁹⁴ bkz. §7, II, 2, a.

⁸⁹⁵ Yüksek Mahkeme de bir kararında “...*Somut olayda, iş kazası olduğu iddia olunan olayın Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmediği anlaşılmaktadır. Kurumca sigortalıya gelir bağlanabilmesi için öncelikle zararlandırıcı olayın iş kazası niteliğince olup olmadığının tespiti ön sorundur*...” şeklinde sonuca vararak, gelire hak kazanmada sosyal riskin önemini belirtmiştir, bkz. Y. 21.HD., 20.06.2011 t., E.2010/11498, K.2011/5876, aynı yöndeki başka karar Y. 21. HD., 26.09.2011 t., E. 2011/9440, K. 2011/7212, Y. 21. HD., 26.01.2009 t., E. 2008/19302, K. 2009/601, bkz. www.legalbank.net

riskinin getireceği sürekli iş göremezlik hali, iş kazası ya da meslek hastalığının neden olabileceği iş göremezlik halinden daha önemsiz değildir. Sigortalı, hastalık sosyal riskine bağlı olarak meslekte kazanma güncü en az %10 ya da daha fazla oranda yitirebilir.

Sonuç olarak, hukuki statü temelinde olmasa bile, hastalık sigortasından sürekli iş göremezlik gelirinin öngörülmemiş olması nedeniyle meslek hastalığına yakalanan ya da iş kazası geçiren sigortalıyla, herhangi bir hastalığa yakalanan ve sürekli iş göremezlik haline düşen sigortalılar arasında haklı nedene dayanmayan fark yaratıldığı düşüncesindeyiz⁸⁹⁶.

bb) Meslekte Kazanma Gücünün Belirli Oranda Kaybı

İş kazasına maruz kalan veya meslek hastalığına yakalanan *sigortalının meslekte kazanma gücünün*⁸⁹⁷ %10'dan aşağı olmamak üzere yitirilmiş olması ve sürekli iş göremezlik raporunun Kurum Sağlık Kurulunca onaylanması, sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanılması için gerekmektedir⁸⁹⁸. Görüldüğü üzere, kanun koyucu sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanılması açısından aranan kayıp oranı yönünden bağımlı ve bağımsız çalışanlar açısından farklı bir anlayış benimsememiştir. 2925 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan 8. madde hükmünde de aynı esasa yer verilmiştir.

Sürekli iş göremezlik geliri, sigortalının mesleğinde kazanma gücünün kayıp oranına göre hesaplandığından (SSGSSK m.19) yukarıda belirtmiş olduğumuz tam ve kısmi iş

⁸⁹⁶ Bu durumdaki sigortalılar şartların oluşması halinde malullük aylığından yararlanabileceklerdir (m. SSGSSK m. 25, 26).

⁸⁹⁷ Çalışma ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin "sigortalının mesleği" başlıklı 21. maddesinde, meslek deyiminden neyin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, "İş kazasının meydana geldiği veya meslek hastalığının başladığı tarihte Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışmakta olanların yapmakta olduğu iş sigortalının mesleği sayılır." Anılan maddenin ikinci fıkrasında "Kurum, bu mesleğin tespitinde sigortalının çalıştığı işyerinden alınacak belgeyi esas tutabileceği gibi, bu hususu Kurumun kontrol ve denetimle görevli memurları aracılığı ile incelemeye ve buna göre karar vermeye yetkilidir" şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemenin gereği olarak, hukuki statüsü ne olursa olsun sigortalının iş kazasına maruz kaldığı veya meslek hastalığına yakalandığı sırada *icra etmekte olduğu mesleğinde kazanma gücünü en az %10 yitirmesi* iş göremezlik halinin varlığı için aranacaktır, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 360; **Uşan**, 182. Bunun dışında sigortalının işten ayrılması, işyerini kapatması veya devretmesi şartı öngörülmemektedir (SSİY m. 42/III).

⁸⁹⁸ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 359; **Şakar**, Emekliliği, www.yaklasim.com; **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 77. Yargıtay, isabetli olarak sigortalının değişik işverenler yanında ve değişik zamanlarda uğradığı iş kazalarının her birinde iş göremezliğin %10'un altında olması halinde bile toplam iş göremezlik oranının %10 veya üstüne çıkmış olması karşısında sigortalıya gelir bağlanmasına karar vermiştir. Y. 10. HD., 03.10.2000 t., E. 2000/5889, K. 2000/5884, bkz. www.hukukturk.com, Ayrıca kararın değerlendirilmesi için bkz. **Tuncay**, Değerlendirme, 208. Bu şekilde Yüksek Mahkeme her ne kadar %10 luk barajı uyguluyorsa da, dolaylı olarak da olsa %10 un altındaki iş göremezlik hallerini de dikkate almıştır.

göremezlik şeklindeki ayırım, gelirin hesaplanmasında önem taşımaktadır⁸⁹⁹. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 19. maddesinin üçüncü fıkrasında sürekli tam iş göremezlik gelirinin, sigortalının 17. maddeye göre hesaplanan aylık kazancının %70'i oranında olacağı, sigortalının başka birinin sürekli bakımına muhtaç olması halinde gelir bağlama oranının %100 olacağı hükme bağlanmıştır⁹⁰⁰. Aynı hükümde sürekli kısmi iş göremezlik gelirinin, tam iş göremezlik geliri gibi hesaplanarak bunun iş göremezlik derecesi oranındaki tutarının kendisine ödeneceği belirtilmiştir⁹⁰¹. Buna göre örneğin, kişinin meslekte kazanma gücünün yarısını kaybetmesi halinde, tam iş göremezlik gelirinin yarısı (yani %70 esas alınarak belirlenen tutarın yarısı) gelir olarak kişiye bağlanır⁹⁰². Kanun koyucunun sürekli tam ve kısmi iş göremezlik hallerini sigortalılar için aynı şekilde düzenlemiş olması eşitlik ilkesi açısından yerindedir.

Aynı şekilde sürekli iş göremezlik durumuna düşen kişiye farklı gelirlerin bağlanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Riskin sigortalı üzerinde yarattığı etkinin niteliği böyle bir ayırımın yapılmasında haklı bir neden olarak görülmelidir. Aksi halde meslekte kazanma gücünü kısmen kaybeden ve dolayısıyla mesleğini kısmen yerine getirebilen sigortalı ile mesleğini az da olsa yerine getiremeyen kişilere aynı gelirin bağlanması eşitsizlik yaratırdı.

Sürekli iş göremezlik halinin tespitinde kanun koyucu meslekte kazanma gücünün %10 oranında kaybını aradığı belirtilmişti. Kanun koyucunun öngördüğü bu oranın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığının belirlenmesi konumuz bakımından önemlidir. Birinci bölümde de açıkladığımız üzere, mutlak eşitlik anlayışını benimsemek, kanun koyucunun sınıflandırma hak ve yetkisi karşısında mümkün olmadığı gibi, böyle bir anlayış bazı durumlar için eşitsizlik sonucunu doğurur. Eşitlik ilkesi, kanun yapma sürecinde de yasama organını bağlamakla beraber, sınıflandırma yetkisi göz ardı

⁸⁹⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 361; Alper, Sosyal Sigortalar, 212; Uşan, 182.

⁹⁰⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 361; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 79; Bu konuda 506 sayılı kanundan farklı esas yer verildiğini ifade etmek gerekir. Gerçekten, bahsi geçen Kanunda başkasının bakımına muhtaç olanlar için sürekli iş göremezlik geliri %50 oranında artırılmaktaydı, Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 80. Belirtelim ki, sigortalı sürekli iş göremezlik geliri alırken yeniden aynı sosyal riskle karşılaşır oluşun özürlerin bütünü göz önüne alınarak, son iş kazası ve meslek hastalığı sırasındaki kazancı üzerinden gelir hesaplanır. Son günlük kazancına göre bulunacak olan geliri, hesaplanan ilk gelirinden az ise sürekli iş göremezlik geliri ilk kazanç üzerinden tespit edilir, Şakar, 233.

⁹⁰¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 362; Alper, Sosyal Sigortalar, 212.

⁹⁰² Uşan, 182. 5510 sayılı Kanunda, 506 sayılı Kanundan farklı olarak sürekli iş göremezlik gelirinin sermayeye çevrilmesi esasına yer verilmemiş olması, bazı durumlarda lehe olan uygulamaya son verildiği düşüncesiyle yerinde bulunmamıştır, bkz. Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 83.

edilemez. Nitekim öğretide kanun koyucunun bu şekilde bir sınır öngörerek ufak tefek iş göremezlik olayları nedeniyle Kurumu gelir bağlama yükünden kurtarmayı amaçladığı haklı olarak ileri sürülmüştür⁹⁰³. Gerçekten, Kurumu önemsiz nitelikte sayılabilecek zararlandırıcı olaylara karşı da yardım yapmakla yükümlü kılmak, daha önemli nitelikteki zararlandırıcı olaylar açısından Kurumun sigorta yardımı sağlamasını zorlaştıracaktır. Kanımızca %10 esas alınarak yapılan bir sınıflandırma yasama organının takdir hakkı içinde değerlendirilebileceğinden eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

cc) Bağımsız Çalışanların Prim Borcunun Bulunmaması

Yukarıda da belirtildiği üzere, 1479 sayılı Kanun döneminde, bağımsız çalışanlar için sürekli iş göremezlik geliri kabul edilmemişti⁹⁰⁴. Sadece 29. maddede çalışma gücünün üçte ikisinin kaybedilmesi halinde –bazı şartların bulunması koşuluyla- malullük aylığının bağlanabilmesi öngörülmüştü⁹⁰⁵. Dolayısıyla, söz konusu aylık, o dönem bakımından çalışma gücünü kaybeden bağımsız çalışanlar için sürekli iş göremezlik niteliğindeydi. Belirtilen oranda çalışma gücü kaybının iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanması halinde ise, prim ödeme koşulu aranmamaktaydı⁹⁰⁶. 1479 sayılı Kanun döneminde iş kazası veya meslek hastalığı sonucu çalışma gücünün en az üçte ikisini kaybedenler hakkında beş tam yıl sigorta primi ödemiş olmak şartı aranmayarak, sürekli iş göremezlik niteliğindeki malullük aylığının bağlanması öngörülmüşken, aşağıda belirtileceği üzere yürürlükteki düzenlemeyle sürekli iş göremezlik geliri için daha ağır şartın öngörülmüş olmasını isabetli olmamıştır.

İş kazasına ve meslek hastalığına bağlı olarak geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmada olduğu gibi sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanmak için de belirli bir sigortalılık süresi ve belirli miktar prim ödeme şartı öngörülmemiştir⁹⁰⁷. Dolayısıyla, iş kazasına ve meslek hastalığına bağlı olarak meslekte kazanma gücünün en az %10

⁹⁰³ Tuncay/Ekmekçi, 326.

⁹⁰⁴ bkz. §7, II, 2.

⁹⁰⁵ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 77; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 32.

⁹⁰⁶ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 77.

⁹⁰⁷ Şakar, Emekliliği, www.yaklasim.com. Kaza geçirdiği gün çalışmaya başlayan sigortalının karşılaştığı zararlandırıcı olay da iş kazası olarak sayılmıştır, bkz. Y. 21. HD., 12.10.2010 t., E. 2009/11649, K. 2010/9831, www.legalbank.net

oranında yitirilmesi, bağımlı çalışanların gelire hak kazanması için yeterlidir. Ancak bağımsız çalışanlara sürekli iş göremezlik gelirinin bağlanabilmesi, kendi sigortalılığından dolayı genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borcun ödenmiş olması koşuluna bağlı kılınmıştır (m. 19/IV). Bu düzenlemeyle iki farklı hukuki statüde olan ancak riskin yarattığı etki açısından aynı durumda olanlar için haklı olmayan farklılık yaratılmıştır⁹⁰⁸.

Kanunun ilk halinde de yer alan bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemini ise, AYM reddetmiştir. AYM kararında, Kanunun 18. maddesinin ikinci fıkrasındaki ret gerekçesinin, 19. maddesinin dördüncü fıkrası için de geçerli olduğu sonucuna ulaşmış ve iptal talebini reddetmiştir. 5510 sayılı Kanunun 18. maddesinin ikinci fıkrasında, hastalık sigortası kapsamında öngörülen ödeneğe hak kazanmak için “genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması şartıyla” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal talebinin reddinde, Mahkeme “...4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalılarda, işçi ve işveren sıfatı birleştiğinden, diğer sigortalılardan farklı olarak primler kendilerince ödenecektir. Bir işverene bağlı olarak çalışanların primlerinin Kuruma ödenmesi ise işverenin sorumluluğundadır. Dava konusu bölümle prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması koşulunun getirilmesi 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıların farklı konumundan kaynaklanmaktadır. Yasa koyucu primlerin tahsilindeki güçlükleri de gözетerek, bunların iradi olarak ödenip ödenmemesine göre toplanmalarında farklı yöntemler öngörebilir. Bu yöntemlerin belirlenmesi Anayasa’nın 60. maddesinde Devlete verilen yükümlülüğün de gereğidir.” gerekçelerine yer vermiştir⁹⁰⁹. Buna mukabil, karara karşı yazılan azlık oyunun gerekçesinde “Yasa’nın 4/a ve 4/c bendi kapsamına girenler yönünden prim borcuna değinilmeksizin iptali

⁹⁰⁸ Düzenlemenin isabet taşımadığı belirtilmiştir, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 363; Caniklioğlu, Kısa Vadeli Sigortalar, 83; aynı yazar, Yeni Mevzuat, 78.

⁹⁰⁹ 5510 sayılı Kanunun 19. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığı değişik gerekçe ile şu şekilde ifade edilmiştir: “...4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanlara sürekli iş göremezlik geliri bağlanabilmesi için, kendi sigortalılığından dolayı, genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olmasını zorunlu kılmaktadır. Sürekli iş göremezlik geliri, geçici iş göremezlik ödeneğinden mahiyet itibarıyla tamamen farklı olup; burada sigortalıya uzun süreli (devamlı) bir gelir bağlanması söz konusudur. Böylesine devamlı ve miktar olarak da geçici iş göremezlik ödeneğine nazaran yüksek bir gelir bağlanması söz konusu olduğunda, analına sigortalıların prim borçlarının ödenmiş olmasının öngörülmesi makul ve ölçülü bir kural mesabesinde. Bu bakımdan 5510 sayılı Kanunun 18. maddesinin ikinci fıkrasındaki kuralla, bu kural aynı mahiyette hukuki sonuçlar doğurmadığından; o kural yönünden serdettiğimiz düşüncelere burada katılamıyoruz. Açıklanan nedenle, sonuç karara bu gerekçeyle iştirak ediyoruz.”

istenen 19. maddenin dördüncü fıkrasında sürekli iş göremezlik geliri nedeniyle 4/b kapsamına girenler için prim ve her türlü borçların ödenmiş olmasının aranmasında Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine, 60. maddesindeki Sosyal Güvenlik hakkına uyarlık yoktur. Prim borçlarının tahsiline ilişkin hukuki yöntemlerin varlığı yanında, primlerin tahsili sağlıkla ilgili konuların önüne geçmemeli, gelirlerden prim borçlarının düşülmesi yolunda çözümlenmelidir.” görüşü ileri sürülmüştür.

İptal isteminin gerekçesinde AY m.10 hükmüne dayanılmamışsa da, AYM'nin kararında bağımsız ve bağımlı çalışanların aynı konumda olmadıklarından bahsedilerek, bunların eşitlik ilkesi açısından kıyaslanmasının mümkün olmayacağı sonucu dolaylı olarak da olsa ifade edilmek istenmiştir. Bizce, sadece prim ödeme yükümlülüğünden hareketle, bağımlı ve bağımsız çalışanların aynı hukuksal konumda olmadığı savunulması halinde, bu iki grup için eşitlik ilkesi temelinde hiçbir zaman inceleme yapılamaz. Yukarıda da ifade edildiği üzere, sosyal riskin kişiler üzerinde yaratacağı etkinin aynı ya da benzer olması, bunların eşitlik ilkesi bakımından kıyaslanabilir olması sonucunu doğurur⁹¹⁰. Dolayısıyla, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve sosyal riskin yaratacağı etki nedeniyle birbirine yakın konumda olan sigortalıların dengeli ve makul ölçüler çerçevesinde sigorta yardımlarından yararlanmasının sağlanması gerekir. Aynı şekilde, her ne kadar Anayasa'nın 65. maddesinde, devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmişse de, bu kuralın AYM kararlarında da açıklandığı şekilde sosyal güvenlik hakkını kaldıran ya da onu kullanılmayacak ölçüde sınırlandıran biçimde uygulanmaması gerekir. İptal talebinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, sosyal güvenliğin, sosyal dayanışmadan ayrı tutulması olanaksızdır. Sosyal fondan yararlanmak için fona katkıda bulunmak gereklidir. Sağlanacak yarar, nimet ve külfet ortaklığı şeklindedir. Prim borcunun bulunmaması yönünde aranan şart, sosyal dayanışmanın tam bir alışveriş gibi görülemeyeceği düşüncesine de aykırıdır. Nitekim, her ne kadar sigortacılık tekniğine dayansa da sosyal devlet ilkesi gereği sosyal sigortalar özel sigortalar ile özdeş görülemez.

⁹¹⁰ bkz. §5, I, 2 ve 3.

dd) Tarım ve Orman İşlerinde İş Sözleşmesiyle Süreksiz Çalışan Sigortalılara Özgü Şart: Bekleme Süresi ve Prim Borcunun Bulunmaması

2925 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan 7. maddesinin son fıkrasında, Kanun kapsamındaki sigortalılara gelir bağlanabilmesi için, iş kazasının olduğu tarihten en az üç ay önce sigortalının tescil edilmiş olması ve sigortalılığın sona ermemiş bulunması şart koşulmuştur. Bununla birlikte, 5510 sayılı Kanunun ek 5. maddesindeki düzenlemeye göre ise, tarım ve orman işlerinde süreksiz olarak çalışanlar, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmek için en az on gün önceden tescil edilmelidir. Bu şekilde sigortalı olunan tarihe göre gelire hak kazanma bakımından esas alınması gereken kanun farklılaşmış ve farklı bekleme süreleri kabul edilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, diğer sigortalılar için bir bekleme süresi öngörülmemişken, söz konusu sigortalılar için bekleme süresinin öngörülmesi eşitlik ilkesi bakımından isabetli değildir. Ayrıca, aynı konumdaki sigortalılar arasında sigortalı olunan tarihe göre ayırım yapılması da eşitlik ilkesine aykırı olmuştur. Kanaatimizce, kanun koyucu mutlaka bir bekleme süresi öngöreceyse, bunun 5510 sayılı Kanunda olduğu gibi aynı işi yapan bütün sigortalılar için on gün olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır. Gerçekten, üç ay önce tescil edilmiş olma şartı, bazı durumlarda yardım yapılmasını imkansızlaştıracak niteliktedir. Zira söz konusu şart, işin niteliği nedeniyle otuz günden daha az süreli yani süreksiz tarım işinde çalışanlar için söz konusudur. Kısaca ifade etmek gerekirse, otuz gün sürmesi gereken iş için, doksan gün önceden tescil şartı aramak kabul edilemez. Bu kişilerin daha önce sigortalı olduklarının olmadığı bir olasılıkta, kanun koyucu işin uzunluğundan daha fazla süre kabul etmiş olması makul değildir. Örneğin, süreksiz tarım işinde çalışan bir sigortalı 01.09.2008 tarihinde ilk kez tescil edilmişse, bu sigortalı, otuz gün içinde yani işi bitene kadar geçirmiş olduğu kazalar nedeniyle gelire hak kazanamaz. İşin niteliği otuz günde bitmesini gerektirmesine rağmen, iş doksan gün içinde tamamlanmış ve bu süre içinde kaza geçirmişse bile, yine gelire sahip olamaz.

Bizce, yukarıda da benimsediğimiz anlayış çerçevesinde, herhangi bir süre kabul edilmemelidir. 5510 sayılı Kanunun 23. maddesinde, sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde Kuruma bildirilmemesi ve henüz Kurumca sigortalı çalıştırıldığına tespit edilmediği bir dönemde iş kazasının meydana gelmesi halinde, gelirin Kurumca ödeneceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, Kurum -sonradan işverene rücu etmek üzere- tescil edilmemiş olan sigortalıların gelirini dahi öderken, tescil edilmiş ve fakat üç ay önce tescil edilmemiş sigortalıların gelirini veremeyecektir. Sigortalılar arasında yaratılan bu farklılığın haklı tarafı bulunmamaktadır.

3. İş Kazası ve Meslek Hastalığına Bağlı Gerçekleşen Ölüm Halinde Hak Sahiplerine Yapılan Sigorta Yardımlara Hak Kazanma Koşulları

a) Cenaze Ödeneği

5510 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneğini verilir. Bahsi geçen maddede her ne kadar ödeneğin *sigortalı* için olacağı hükme bağlanmışsa da, yardımın niteliği gereği, ödenek *sigortalının hak sahiplerine* verilecektir. Nitekim aynı Kanunun 20. ve 37. madde hükümlerinde, “sigortalının hak sahiplerine” cenaze ve evlenme ödeneklerinin sağlanması kabul edilmiştir⁹¹¹. Dolayısıyla, sigortalının sigortalı olmayan eşinin veya çocuklarının ölümü halinde sigortalının kendisine cenaze ödeneğinin verilmesi söz konusu değildir.

Ödeneğinin verilmesi açısından gerek ölen sigortalının hangi bent kapsamında sigortalı olduğu gerekse hak sahiplerinin sigortalı olup olmaması yönünde bir ayırımın yapılmamış olması eşitlik ilkesi açısından yerindedir. Cenaze ödeneğinin sırasıyla sigortalının eşine, yoksa çocuklarına, o da yoksa ana babasına, o da yoksa kardeşlerine

⁹¹¹ “Evlenme ve Cenaze Ödeneği” başlıklı 37. maddenin 3’üncü fıkrasında “iş kazası veya meslek hastalığı sonucu veya sürekli iş göremezlik geliri, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta iken veya kendisi için en az 360 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirmiş olup da ölen sigortalının hak sahiplerine Kurum Yönetim Kurulunca belirlenip Bakan tarafından onaylanan tarife üzerinden cenaze ödeneği ödenir. Cenaze ödeneği sırasıyla sigortalının eşine, yoksa çocuklarına, o da yoksa ana babasına, o da yoksa kardeşlerine verilir.” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.

verileceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun bu şekilde sıralama yapmış olmasını, takdir yetkisinin sınırları içinde kaldığını kabul etmek gerekir⁹¹².

5510 sayılı Kanunun 37. maddesinin beşinci fıkrasında ise, 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi çerçevesinde sigortalı olanları ilgilendiren düzenleme yer almaktadır. Buna göre, belirtilen kapsamdaki sigortalıların ölmeleri durumunda bunların hak sahiplerine kendi kurumları tarafından ilgili mevzuat gereği ölüm yardımı hariç cenaze gideri, cenaze nakil gideri ödeneği veya bu mahiyette bir ödemenin yapılması halinde, Kurum tarafından cenaze ödeneği ödenmeyecektir. Mükerrer ödemenin yapılmasını engelleyen bu düzenleme yerindedir. Buna mukabil, düzenlemenin yeri Kanun sistematığı dikkate alındığında isabet taşımamaktadır. Yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki, DMK m.210 hükmü uyarınca, devlet memurlarının ölümü halinde cenaze giderleri (cenazenin başka yere nakil dahil) kurumlarınca ödenir. Sürekli veya geçici görevle veyahut 78. maddeye göre yurt dışında bulunan devlet memurlarından ölenlerin ve yurt dışında sürekli görevlerde bulunanların eşleri, bakmakla yükümlü oldukları ana, baba ve çocuklarının cenazelerini yurda getirmek için yapılması zorunlu olan giderler kurumlarınca karşılanır. Söz konusu giderlerin karşılanması için herhangi bir şart kabul edilmemiştir. Çalışmamızda benimsediğimiz anlayış gereği ifade edilmelidir ki, DMK kapsamında yer alan bu yardımlar için her hangi bir şart getirilmemiş olması eşitlik ilkesine aykırı değildir.

5510 sayılı Kanunun 16. ve 20. maddeleri esas alındığında cenaze ödeneğinin yalnızca iş kazasına ve meslek hastalığına bağlı ölümlerde verileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa 37. madde hükmü gereği, sadece ölüm nedeni değil; ölümün gerçekleştiği zaman da ödeneğe hak kazabilmek için aranan şartın varlığını etkilemektedir. Gerçekten, sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına bağlı olarak ölmesi dışında; sürekli iş göremezlik geliri, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almaktayken ölmesi

⁹¹² SSGSSK m.37/IV hükmünde, cenaze ödeneğinin üçüncü fıkrada sayılanlara ödenememesi ve sigortalının cenazesinin gerçek veya tüzel kişiler tarafından kaldırılması durumunda aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen tutarı geçmemek üzere, belgelere dayanan masrafların, masrafı yapan gerçek veya tüzel kişiye ödeneceği belirtilmiştir. İfade etmek gerekir ki, üçüncü kişiye ödemenin yapılabilmesi, sigortalının hükmün üçüncü fıkrasında belirtilen nedenle ya da zamanda ölmesi halinde mümkündür.

durumunda herhangi bir şart aranmaksızın hak sahiplerine cenaze ödeneği verilir⁹¹³. Ancak iş kazasına ya da meslek hastalığına bağlı olarak veya belirtilen zamanlarda ölüm gerçekleşmezse, cenaze ödeneğine hak kazanabilmek için sigortalı adına en az 360 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmiş olmalıdır. Farklı bir ifadeyle, adına en az 360 gün uzun vadeli sigorta primi bildirilmiş olan sigortalı, iş kazası veya meslek hastalığı neticesinde ölmese ya da yaşlılık, malullük, vazife malullüğü aylığı almadığı bir dönemde dahi ölse hak sahiplerine cenaze ödeneği verilir.

Sonuç olarak kanun kapsamına aldığı bütün sigortalıların hak sahiplerinin cenaze ödeneğinden yararlanma fırsatı sunduğundan, eksik kapsamlı bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak sigortalıların hak sahipleri arasında sosyal risk temelinde –aranan şart yönünden- yaratılan farklılığın eşitlik ilkesi uyarınca değerlendirilmesi lazımdır.

Bilindiği üzere, sürekli iş göremezlik geliri sadece iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak kabul edilmiştir. İş kazasının ani niteliği ve işe başlanılan ilk gün dahi meydana gelebileceği, meslek hastalığının da çok uzun süre geçmeden oluşması imkan dahilinde olduğundan, belirtilen sosyal risklere bağlı olarak herhangi bir prim bildirim şartının aranmaması bizce de yerindedir. Aynı anlayış doğrultusunda, sürekli iş göremezlik geliri ya da geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanılması için dahi prim şartı aranmadığı dikkate alındığında, daha az miktarda ve sadece bir kez verilen cenaze ödeneği için aynı nitelikteki bir şartın kabul edilmemesini isabetli bulmak gerekir⁹¹⁴. Son olarak ekleyelim ki, cenaze ödeneğine hak kazanma açısından bağımsız çalışanların prim borunun olmaması yönünde şartın getirilmemiş olması da eşitlik ilkesi açısından isabetli olmuştur.

⁹¹³ 5754 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, 5510 sayılı Kanunun ilk şeklinde iş kazası ve meslek hastalığı sonucu veya sürekli iş göremezlik geliri, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta iken kendisi için 360 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortası primi bildirmiş olup da ölen sigortalının hak sahiplerine cenaze ödeneğinin verilmesi kabul edilmişti. Değişikle birlikte sürekli iş göremezlik geliri, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta iken ölenlerin hak sahiplerine ödeneğin verileceği düzenlenmiştir, bkz. **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1238.

⁹¹⁴ Bundan başka, sürekli iş göremezlik geliri, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almaktayken gerçekleşen ölümler için de prim bildirme şartı öngörülmemiştir. İfade etmek gerekir ki, bunun için prim ödeme şartının düzenlenmesi anlam ifade etmezdi. Zira belirtilen aylıkları almaya hak kazanan sigortalı, hali hazırda 360 gün prim ödeme şartını yerine getirmiştir. Diğer hallerde ise, prim bildirilmiş olması gerekmektedir. Sosyal sigortanın prime dayalı bir sistem olduğu düşünüldüğünde, söz konusu aylıklar için aranan prim ödeme şartının kanun koyucunun takdir hakkı kapsamında yer aldığını kabul etmek gerekir.

b) Ölüm Geliri

aa) “İş Kazası ve Meslek Hastalığı”nın Ölüm Gelirine Hak Kazanmadaki Önemi ve Sigortalılar Arasında Yarattığı Farklılık

Diğer sosyal risklerden farklı olarak “ölüm”, gelir kaybı yönündeki olumsuz etkisini sigortalı üzerinde değil, geride kalanlar üzerinde gösterir. Sosyal sigorta sisteminde sadece sigortalıya değil, belirli koşullar altında ölüme bağlı olarak geride kalan hak sahiplerine de yardım yapılmalıdır⁹¹⁵. Ölüm sigortasından hak sahiplerine bağlanan gelir “ölüm aylığı” iken; iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak gerçekleşen ölümlerde bağlanan meblağ “ölüm geliri”dir⁹¹⁶. Ölüm gelirine ilişkin düzenleme, 5510 sayılı Kanunun 16., 20. ve 34. maddelerinde yer almaktadır⁹¹⁷.

Ölüm gelirine hak kazanabilmek için ölüm olayını doğuran “neden” veya ölümün “ne zaman” gerçekleştiği önemlidir. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 16. maddesinde “iş kazası veya meslek hastalığı sonucu” ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanması öngörülmüştür. Ayrıca 20. maddenin birinci fıkrasında, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı gerçekleşen ölümlerde gelirin ne şekilde ve hangi oranda bağlanacağı düzenlenmiştir. Bu noktada, iş kazası ve meslek hastalığı sosyal riskinin ölüm gelirine hak kazanmadaki önemi kendini göstermektedir. Ancak iş kazası ve meslek hastalığı ile ölüm geliri arasında kurulan bağlantı bundan ibaret değildir. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 20. maddesinin ikinci fıkrasında “*İş kazası veya meslek hastalığı sonucu [...] sürekli iş göremezlik geliri bağlanmışken ölen sigortalı...*” ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenlemede, iş kazası ve meslek hastalığı ile ölüm geliri arasında değil, “sürekli iş göremezlik hali” ile “gelir” arasında ilişkinin kurulduğu düşünülebilir. Buna mukabil, kanun koyucu aynı maddenin birinci fıkrasında iş kazası ve meslek hastalığı ile ölüm geliri arasında kurduğu doğrudan ilişkiyi, ikinci fıkrada dolaylı olarak kurmak istemiştir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, sürekli iş göremezlik hali, geçici iş göremezlik ödeneğinden farklı olarak, sadece iş kazası ve meslek hastalığı sonucu

⁹¹⁵ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 83; Dilik, 91; Yazgan, 60.

⁹¹⁶ Ölüm geliri ile ölüm aylığı arasındaki farklar için bkz. Şakar, 234; Söz konusu farklara aşağıda ölüm aylığı konusu incelenirken değinilmiştir.

⁹¹⁷ Esasen 34. madde hükmünde ölüm aylığının hak sahiplerine paylaştırılması düzenlenmiştir.

meydana gelen hastalık ve engellilik halleri için kabul edilmiştir⁹¹⁸. Kanunda benimsenen bu anlayışın gereği olarak, ölüm gelirine hak kazanma durumunun, iş kazası ve meslek hastalığı ile doğrudan veya dolaylı şekilde sıkı ilişki içinde olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, ölüm gelirine hak kazanabilmek için iş kazası ve meslek hastalığı adeta önkoşul olma niteliğini kazanmıştır. Sürekli iş göremezlik geliri alırken, ölümün mutlaka iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanması gerekmediği şeklindeki düzenleme, ulaşılan bu sonucu değiştirmez.

Sonuç olarak, iş kazası ve meslek hastalığı ile ölüm geliri arasında belirtildiği şekilde ilişki kuran kanun koyucu, sigortalının ölümünün mutlaka bu sosyal riskten kaynaklanması gerektiği sonucunu benimsememiştir. Başka bir deyişle, ölüm gelirinin bağlanabilmesinin tek koşulu sigortalının iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu ölmesi değildir. Kanundaki düzenleme gereği, sürekli iş göremezlik geliri bağlanmışken herhangi bir nedenle ölen sigortalının hak sahipleri de, ölümün doğrudan iş kazası veya meslek hastalığından meydana gelmiş olma şartı aranmaksızın gelire hak kazanabilir.

Kanunda iş kazası olarak kabul edilen hallerin, bağımsız çalışanlar için daha sınırlı biçimde benimsendiği bir sistemde, buna bağlı olarak doğması öngörülen haklardan yararlanma da sınırlı olur. Daha net bir ifadeyle, m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalıların hak sahiplerinin ölüm gelirinden yararlanabilme olasılıkları, bağımsız çalışan sigortalıların hak sahiplerine göre çok daha fazladır. Ölüm olayının aynı ya da benzer etkiyi yarattığı kişiler üzerinde dolaylı olarak yapılan bu ayırım eşitlik ilkesine aykırıdır. İş kazası hallerinin kapsamının yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda genişletilmesi suretiyle sorun aşılabılır.

Geliri sadece iş kazası ve meslek hastalığı ile ilişkilendirip, diğer sosyal risklerle konunun düzenlenmemesi ise yerindedir. Diğer sosyal risklerle “ölüm sigortası” arasında kurulan ilişki, hak sahiplerinin bu sigorta kapsamında aylık almasını sağlar. İncelemekte olduğumuz hükmün amacı, o meslekte kazanma gücü kaybı nedeniyle, tekrar iş bulma ve bulduğu işi devam ettirme olanağı diğer kişilere göre sınırlı olanların,

⁹¹⁸ Sürekli iş göremezlik gelirine sadece iş kazası ve meslek hastalığı neticesinde hak kazanılması mümkün olduğundan, 20. madde hükmünde açıkça “iş kazası veya meslek hastalığı sonucu bağlanan iş göremezlik geliri” bağlanmış olması şeklinde ifadeye yer verilmesine de gerek olmadığı düşüncesindeyiz.

ölüm sigortası için gerekli prim ödeme gün sayısını tamamlayamama olasılığını ortadan kaldırmaktır⁹¹⁹.

506 ve 2925 sayılı Kanunlarda iş kazası ve meslek hastalığına bağı ölümelerde, ölüm geliri bağlanması mümkündür. Bununla birlikte, 2925 sayılı Kanunun “eş ve çocuklara gelir bağlanması başlıklı” 11. maddesi 25.08.1999 tarihli, 4447 sayılı Kanun ile 01.01.2000 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır⁹²⁰. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, bahsi geçen Kanunun 7. maddesi halen yürürlüktedir. Buna göre iş kazası veya meslek hastalığından ölüm geliri bağlanması sigortalının üç ay önceden tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Bunun dışında 2925 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan maddeleri arasında ölüm gelirini düzenleyen hüküm bulunmamaktadır. Bahsi geçen Kanunun halen yürürlükte olan 39. maddesinde, 5510 sayılı Kanunun 20. ve 34. maddelerinin uygulanması mümkün kılındığından, 2925 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olan ve üç ay önce sigortalılığı tescil edilerek, 5510 sayılı Kanun döneminde m.4/I,(a) hükmü gereğince sigortalılığı devam edenler hakkında da -aksi düzenleme 2925 sayılı Kanunda olmadığından- yürürlükteki düzenleme uygulanacaktır. 5510 sayılı Kanun döneminde ilk kez sigortalı olan ve ek 5. madde gereğince sigortalılığı başlayanların hak sahipleri de ölüm gelirinden şüphesiz yararlanabilirler. Ancak bunlar için üç ay öncesinde değil, on gün öncesinde tescil şartı öngörülmüştür. Bu şartların değerlendirilmesi yukarıda yapıldığı için tekrara sebebiyet vermemek için burada üzerinde durmuyoruz⁹²¹.

1479 ve 2926 sayılı Kanunlarda “ölüm geliri” düzenlenmemiştir. Bununla beraber 1479 sayılı Kanunda, iş kazası ve meslek hastalığına bağı ölümelerde, ölüm aylığına hak kazanmak için prim ödeme süresi hiç aranmayacağı (m.41); 2926 sayılı Kanunda ise, ölüm aylığına hak kazanmak için kural olarak olması gereken üç tam yıl sigorta primi ödemiş olma koşulu, iş kazası ve meslek hastalığına bağı ölümelerde bir tam yıl olarak aranmaktaydı (m.23). Sonuç olarak, bahsi geçen kanunlarda ölüm sigortası kapsamında bağlanan aylık ile iş kazası ve meslek hastalığı sınırlı biçimde ilişkilendirilmiş ve bu ilişki aynı şekilde kurulmamıştır. Yürürlükteki düzenlemeyle bu farklılıkların büyük

⁹¹⁹ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 83.

⁹²⁰ Belirtilen tarihten sonra 506 sayılı Kanunun “Eş ve Çocuklara Gelir Bağlanması” başlıklı 23. maddesinin uygulanacağı, 2925 sayılı Kanunun 39. maddesinde kabul edilmiştir.

⁹²¹ bkz. §7, II, 1, b, cc ve §7, II, 2, b, dd.

ölçüde giderilmesi isabetli olmuş olmakla beraber, iş kazası hallerinin genişletilmesi düzenlemenin kapsam bakımından da genişlemesini sağlayacaktır.

Devlet memurları ve kamu görevlileri için iş kazası ve meslek hastalığına benzer olarak vazife malullüğü kabul edilmiş olup, buna bağlı gerçekleşen ölümler için gelir değil aylık bağlanması söz konusudur. Ancak DMK m.208 hükmü uyarınca, devlet memurlarından, memurun ölümü halinde sağlığında bildiri ile gösterdiği kimseye, eğer bildiri vermemiş ise eşine ve çocuklarına, bunlar yoksa ana ve babasına, bunlar da yoksa kardeşlerine en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) iki katı tutarında, ölüm yardımı ödeneği verilir. Çalışmamızda sıklıkla vurguladığımız üzere, DMK kapsamında yapılan bu yardımlar, ödenen primlerin karşılığı olmayıp, devlet memurlarına ve kamu görevlerine çalışma faaliyetinin niteliği gereği devlet tarafından verilmektedir. Bu bakımdan, eşitlik ilkesine aykırı değildir.

bb) Prim Borcu Bakımından Ölen Sigortalıya İlişkin Hukuki Statü Temelinde Yaratılan Farklılığın Hak Sahipleri Bakımından Doğurduğu Sonuç

Ölüm geliri bağlanabilmesi için sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında belirli bir süre çalışmış ve buna ilişkin prim ödemiş olması gerekli değildir⁹²². Farklı bir ifadeyle, herhangi bir sigortalılık süresi ya da prim ödeme gün sayısının öngörülmemiş olması bu gelirin en önemli özelliğini oluşturmaktadır⁹²³. Öğretide Şakar tarafından, “ölüm geliri” konusunda Kanunun 20. maddesiyle, ölüm sigortasından “aylık” bağlanmasına ilişkin 34. maddeye yollama yapıldığı, “ölüm aylığına” hak kazanabilmek için belirli sigortalılık süresi ve prim ödeme şartları aranırken, “ölüm geliri” içinse benzer şartların aranmamış olması karşısında, ölüm

⁹²² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 369; Caniklioğlu, Yeni mevzuat, 83.

⁹²³ Tunçomağ, 265; Tuncay/Ekmekçi, 291; Şakar, 221. Ölüm gelirinin en önemli yanını, sigortalı bakımından herhangi bir sigortalılık süresi ya da prim ödeme gün sayısının öngörülmemiş olmasının oluşturduğu, zira sigortalı işe girdiği ilk gün dahi iş kazası nedeniyle ölse, gerekli koşulları haiz geride kalanlara gelir bağlanabileceği belirtilmiştir, bkz. Canbolat, Sigorta Hükümleri, 34.

aylığı bağlanması halinde de sigortalılık süresi ve prim ödeme şartlarının aranmamasının hakkaniyete uygun olacağı ileri sürülmüştür⁹²⁴.

Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olanların hak sahiplerinin ölüm gelirinden yararlanabilmesi için, kendi sigortalılığından (ölen sigortalının) dolayı genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur (5510 s. K. m.20/IV)⁹²⁵. Ölen sigortalının m.4/I,(a) bendi kapsamında olması halinde benzer bir şart öngörülmemiştir. Ek 5. madde kapsamında sigortalı olanların ise, en az on gün önceden tescil edilmiş olmaları şarttır. Zira hükümde, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan sağlanan yardımlar bakımından herhangi bir fark yaratılmadan, yardımlardan yararlanılabilmesi tescil koşuluna bağlanmıştır. Önemle ifade etmek gerekir ki, anılan madde gereğince sigortalı olanlar için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olma koşulu, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için aranmaktadır. Bu bakımdan, ek 5. madde kapsamında olanlar için benzer şartın ölüm gelirin hak kazanma noktasında aranmaması isabetliyse de, olması gereken bu şartın tamamen kaldırılmasıdır.

Geçici iş göremezlik ödeneğine veya sürekli iş göremezlik gelirin hak kazanmada olduğu gibi ölüm gelirin sahip olma açısından da bağımsız çalışanlar için böyle bir şartın getirilmesinin eşitlik ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekir. Birinci bölümde de ifade ettiğimiz üzere, eşitlik ilkesi bakımından sonuca ulaşmak için kıyaslanabilir sigortalıların varlığına ihtiyaç vardır. Burada ilke açısından kıyaslanması gerekli kişiler sigortalılar değil, sigortalıların hak sahipleridir. Dolayısıyla, bu kişiler aynı ya da benzer durumda olmaları halinde, eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilebileceklerdir.

Ölüm olayı, olumsuz etkisini sadece m. 4/I, (a) kapsamındaki sigortalıların hak sahipleri üzerinde değil, diğer kapsamdaki sigortalıların hak sahipleri için de göstermektedir. Dolayısıyla, hak sahipleri aynı ya da benzer durumda kabul edilmelidir. Aynı ya da

⁹²⁴ Şakar, 235.

⁹²⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 369; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 34; Uşan, 185.

benzer durumda olan hak sahipleri arasında bu şekilde farklılık yaratılmasının haklı nedene dayanmadığı düşüncesindeyiz.

cc) Hak Sahipleri Arasında Ölüm Gelirine Hak Kazanma Şartları Bakımından Yaratılan Farklılıklar

aaa) Eşe Bağlanacak Ölüm Geliri Bakımından “Gelir Oranı” Dikkate Alınarak Aranan Şartlar

5510 sayılı Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasının 7. bendinde “hak sahibi” kavramının, “*Sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını*” ifade edeceği şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.

Sigortalının ölümü ile dul kalan eşe gelir bağlanabilmesi, ölüm tarihinde sigortalı ile sağ kalan eş arasında kanuni olarak evlilik ilişkisinin bulunmasına bağlıdır. Evliliğin yasal olmaması durumunda, kişilerin birlikte yaşamaları ya da dini nikah vb. haller, eşe gelir bağlanmasını mümkün kılmaz⁹²⁶.

⁹²⁶ **Tuncay/Ekmekçi**, 307. Bu durum isabetli biçimde eşitliğe aykırı bulunmamıştır: “5510 sayılı Kanunun 56’ncı maddesinin ikinci fıkrası, oldukça sade biçimde kaleme alınmış, madde başlığında “bağlanmayacak” sözcüğüne yer verildikten sonra fıkra metninde “bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir” ibareleri kullanılmış, böylelikle, daha önceki sosyal güvenlik kanunlarında yer almayan, boşanılan eşle fiilen (eylemli olarak) birlikte yaşama olgusu, gelir/aylık kesme nedeni olarak düzenlendiği gibi, eylemli olarak birlikte yaşama. aynı zamanda gelir/aylık bağlama engeli olarak da benimsenmiştir. Burada, eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun/durumunun tanımlanması, hukuki sınır ve çerçevesinin çizilip ortaya konulması önem arz etmektedir. Taraflar arasında hangi hukuki sebep ve maddi vakıya dayanmış olursa olsun sona ermiş evlilik birliğinin hak ve yükümlülüklerinin sürdürüldüğü beraberlikler veya kesinleşmiş yargı kararına bağlı olarak gerçekleşmiş boşanmanın var olan/olası sonuçlarını ortadan kaldıracı/giderici nitelikteki birliktelikler madde kapsamında değerlendirilmeli, ortak çocuk/çocuklar yönünden, boşanma kararına bağlanan veya bağlanmayan kişisel ilişkilerin, yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak, eslerin belirli aralıklarda ve günlerde zorunlu şekilde bir araya gelmeleri durumunda ise kanun koyucunun bu türden ilişkinin varlığının gelir/aylık bağlanmaması veya kesilmesi nedeni olarak öngörmediği kabul edilmeli, boşanılan eşle kurulan/yürütülen ilişkinin, eylemli olarak birlikte yaşama kavramı kapsamında, yer alıp almadığı dikkatlice irdelenerek saptama yapılmalıdır. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince 3976/05 numaralı davada verilen 02.11.2010 tarihli karar konuya bir nebze olsun ışık tutabilecek niteliktedir. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın nedeni, Ş. Y. (başvuran) adlı Türk vatandaşının, 06.12.2004 tarihinde yaptığı başvurudur. Türk Medeni Kanunu hükümleri kapsamında geçerli evlilik (resmi nikah) ilişkisi kurulmaksızın yıllardır birlikte yaşadığı kişinin yaşamını yitirmesi üzerine sosyal güvenlik kurumuna başvurarak ölen kişi üzerinden kendisine sosyal sigorta yardımı yapılmasını isteyen başvuranın bu talebinin Kurum ve mahkemelerce reddedilmesi üzerine gerçekleştirilen başvuruda Mahkeme; “... AİHM’nin yerleşik içtihadına göre, ayrımcılık, tarafsız ve makul bir gerekçe olmaksızın nispeten benzer koşullardaki kişilere farklı davranmak anlamına gelir... Farklı muamelenin, meşru bir amaç güdülmüyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ilgi yoksa, tarafsız ve makul bir gerekçesi yoktur. ... 14’üncü madde, farklı olgusal koşulların tarafsız olarak değerlendirilmesine dayanan, kamu çıkarına dayalı olarak toplumun çıkarlarını koruyan ve Sözleşme’nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere

5510 sayılı Kanunun 20. maddesinde, 17. maddeye göre belirlenecek olan aylık kazancın 34. madde hükümlerine göre gelir olarak bağlanacağı hükme bağlanmıştır. Bahsi geçen 34. madde, ölüm aylığının hak sahiplerine paylaştırılmasını düzenlemektedir. Belirtilen hükümlerdeki düzenlemelerin gereği olarak, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ya da sürekli iş göremez durumdayken herhangi bir nedenle ölen sigortalının dul eşine -madde 17 ve 20 hükümlerine göre- hesaplanan miktarın %50'si gelir olarak bağlanmaktadır.

Eşin gelire hak kazanabilmesi için cinsiyetinin önemi bulunmamaktadır. Cinsiyet nedeniyle ayırım yapılmaması isabetli olmuştur. Eşin gelire hak kazanması için çalışıp

saygı gösterilmesi arasında adil denge sağlayan muamele farklılıklarının önüne geçmez. ... Yüksek Sözleşmeci Devletler, kanunda benzer durumlardaki farklılıkların farklı bir muameleyi hald gösterip göstermeyeceği veya ne dereceye kadar haklı göstereceğinin belirlenmesinde belirli bir takdir payını kullanmaktadırlar.... Bu pay devletin, mali kaynaklarıyla yakından ilintili oları genel mali, ekonomik ve sosyal tedbirlerinin uygulanmasında daha geniştir. ... 8'inci madde, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının güvencesini vererek, ailenin varlığını gerektirir. Aile hayatının var olup olmadığı aslında, yakın kişisel bağların uygulamada da gerçekten var olmasına bağlı olan bir bilinmezdir. ... 8'inci madde meşru ailenin olduğu gibi, gayrimeşru ailenin, aile hayatı için de geçerlidir. ... Aile kavramı, yalnızca evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı olmayıp, tarafların evlilik dışı biçimde beraber yaşadığı aile bağlarını da kapsayabilir.....Aile hayatı, örneğin çocukların eğitimi çerçevesinde, yalnızca sosyal, ahlaki ya da kültürel ilişkileri kapsamaz; ... maddi türden menfaatleri de kapsar. ... Ek olarak, bir ilişkinin aile hayatı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verirken, çiftin beraber yaşaması, ilişkilerinin süresi ve çocukları olup olmadığı gibi birkaç etken önemlidir. ... Her iki bağlamda da, bireyin ve bütün olarak toplumun rekabet halindeki çıkarlarıyla arasındaki adil denge dikkate alınmalıdır, ayrıca her iki bağlamda da Devletin belirli bir takdir yetkisi olduğu kabul edilir. ... Ayrıca, Devletin planladığı ve demokratik bir toplumda görüşlerin makul biçimde büyük ölçüde farklılaşabildiği ekonomik, mali ve sosyal politikalar çerçevesinde, bu takdir yetkisi ister istemez daha geniştir. ...' yönündeki görüş ve yaklaşımıyla Sözleşme'ye Ek I No'lu Protokol'ün 1'inci maddesiyle birlikte alındığında AİHS'nin 14'üncü maddesinin ve ayrıca 8'inci maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.” Y. 10. HD., 22.12.2011 t., E. 2011/3129, K. 2011/19140, www.legalbank.net. Aynı yöndeki bir başka Yargıtay kararında da nikahsız yaşayan eşin talepte bulunamayacağı belirtilmiştir: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 20.01.2009 günlü (Ş... Y.../Türkiye Davası Başvuru No:3976/05) kararında; “AİHM, Avrupa Konseyi'ne üye bazı ülkelerde geleneksel resmi nikah dışında istikrarlı bir müşterek yaşam sürdüren nikahsız çiftler veya medeni ortaklıkların makul karşılandığı, hatta kabul gördüğü bir sosyal eğilimin yasama organı tarafından da desteklendiğini tespit etmektedir. Bununla birlikte AİHM, Türk Hukuku'nda aynı veya ayrı cinsiyetten iki kişinin resmi nikah dışında medeni ortaklık oluşturarak resmi nikahlı bir çiftle aynı veya benzer haklara sahip olmalarını sağlayacak hukuki bir düzenleme bulunmadığını anımsatmaktadır. AİHM, Sözleşmeci Devletlere tanınan takdir hakkı nedeniyle bu alanda yasal düzenlemeler yapılmasını talep edemez. Halihazırda, yürürlükteki ulusal kanunlara göre bir imam tarafından kıyılan imam nikahı üçüncü şahıslar ve devlet nezdinde herhangi bir yükümlülük oluşturamaz. Başvuranın ileri sürdüğü savlardan bağımsız olarak, buradaki esas belirleyici unsur, uzun süreli ve sağlam bir ilişkinin varlığı değil, tüm hak ve yükümlülüklerin akdi olarak belirtildiği resmi bir taahhüdün var olup olmadığıdır. Bağlayıcı bir yasal anlaşmanın yokluğunda, Türk yasama organının sadece resmi nikahı koruma altına alması mantıksız sayılamaz. Bu bağlamda AİHM, daha önceki kararlarında da evlilik kurumunun evli çiftlere özel bir statü tanıdığının genel kabul gördüğüne hükmettiğini anımsatmaktadır (Birleşik Krallık aleyhine Burden davası (GC), no 13378/05, prg. 65, 29 Nisan 2008 ve Birleşik Krallık aleyhine Joanna Shackell davası (karar), no 45851/99, 27 Nisan 2000). Ayrıca, AİHS'nin 8. maddesi, nikahsız çiftler kategorisi için özel bir sistem kurma zorunluluğu getiriyor şeklinde yorumlanamaz (Johnston ve diğerleri davası, söz konusu bölüm, prg. 68). Mevcut davadaki özel koşullar çerçevesinde AİHM, ölüm yardımları konusunda resmi nikahlı çiftler ile evli olmayan çiftler arasında gözlemlenen farklı uygulamaların meşru bir amacı gözettiğini, geleneksel resmi nikahla kurulan ailelerin korunması gibi haklı ve makul bir dayanağının olduğunu dikkate almakta (İspanya aleyhine Antonio Mata Estevez davası (karar), no 56501/00, 10 Mayıs 2001) olduğu” vurgusu yapılarak; AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Yukarıda açıklanan tüm bu maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, Türk Medeni Kanunu uyarınca aralarında geçerli bir evlilik ilişkisi bulunmayan davacının, birlikte yaşadığı sigortalının hak sahibi olarak kabulü isabetsiz olup, anılan gerekçeler ile davanın reddi yerine, kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” Y. 10. HD., 01.03.2010 t., E. 2008/18155, K. 2010/2758, www.legalbank.net

çalışmaması veya gelir ya da aylık alması önem taşımamakta, söz konusu haller sadece gelir oranını etkilemektedir⁹²⁷. Gerçekten, dul eşin çalışması veya gelir ya da aylık alması halinde, sigortalının gelire esas kazancının %50'si ölüm geliri olarak bağlanabilecektir⁹²⁸. Ancak 17. ve 20. madde hükümlerine göre tespit edilecek aylığın %75'i oranında gelir bağlanması, bazı şartların varlığına bağlı kılınmıştır. Buna göre, *aylık bağlanmış çocuğu bulunmayan dul eşe*, 5510 sayılı Kanun veya yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışmaması veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması halinde hesaplanan miktarın %75'i gelir olarak bağlanmaktadır.

Önemle vurgulamak gerekir ki, aylık bağlanmış çocuğu bulunmayan dul eşin Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (e) bentlerine göre staj yapması veya çalışması %75 oranında gelir bağlanmasına engel değildir⁹²⁹. Buna göre, iş sözleşmesiyle çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde ya da 05.06.1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler (dul eş) ile meslek liselerinde okumaktayken veya yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan dul eş, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerlerin buralarda gerçekleştirdikleri çalışmalar %75 oranında gelir bağlanmasına engel teşkil etmez. İstisna tutulan belirttiğimiz sigortalılar haricinde, Kanunun 4. maddesinin kapsamında olan, dolayısıyla adına kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primlerin ödenmesi ya da ödemesi gereken veya yabancı ülke mevzuatı kapsamındaki sigortalı dul eş %75 oranında gelire hak kazanamaz⁹³⁰. İstisna tutulan sigortalıların yaptığı işlerin nitelikleri dolayısıyla bulundukları sosyal durum dikkate alınmıştır. Bu bakımdan, istisna tutulmalarının haklı nedene dayandığı söylenebilecekse de, bizce olması gereken %75 oranında gelir bağlanabilmesi için -%50 oranında gelir bağlama halinde olduğu gibi- belirtilen şekilde bir şartın aranmamasıdır. Önemle ifade etmek gerekir ki, istisna tutulan kişilerin muaf oldukları şart sadece kanun kapsamında çalışmama şartı

⁹²⁷ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 84; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 35.

⁹²⁸ Canbolat, Sigorta Hükümleri, 35.

⁹²⁹ Şakar, 236; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 35.

⁹³⁰ Aynı durum çocuklar bakımından da kabul edilmiştir, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 371.

yönündendir. Dolayısıyla, bu kişilere kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık bağlanmışsa, %75 oranında ölüm gelirin bağlanması söz konusu olmaz.

Görüldüğü üzere, sağ kalan dul eşe % 50 oranında gelir bağlanması bakımından –ölüm anında yasal evlilik harici- şart aramayan kanun koyucu, %75 oranında gelirin bağlanması için birbirinden bağımsız iki şart (5510 s. K veya yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışmama/kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması) öngörmüştür. Zira hükümde öngörülen şartlar, “ve” bağlacı ile değil “veya” bağlacıyla belirtilmiştir. Şartların birbirinden bağımsız olarak kabul edilmesinin sonucu olarak, bunların aynı anda oluşması gerekmemektedir. Birinin varlığı, % 75 oranında gelirin bağlanmasına engel teşkil eder.

Eşe % 50 veya %75 oranında gelir bağlanabilmesi için şartlar bakımından yaratılan ayrımın isabetli olmadığı ileri sürülmüştür⁹³¹. Bizce de yukarıda ifade ettiğimiz üzere, %75 oranında gelir bağlanabilmesi için -%50 oranında gelir bağlama halinde olduğu gibi- tekrar evlenmeme dışında herhangi bir şartın aranmamasıdır. Buna mukabil, önemle vurgulamak gerekir ki, böyle bir farklılığın eşitlik ilkesi bakımından kıyası da mümkün değildir. Zira böyle bir sınıflandırmanın kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığı kabul edilmelidir. Kısacası ifade etmek gerekirse, düzenlemenin yerinde olmaması eşitlik ilkesi bakımından değildir. Önemli olan, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ya da sürekli iş göremezlik durumundayken ölen sigortalının hak sahiplerine 17. madde hükümlerine göre belirlenecek aylık kazancın tamamen dağıtılmasını sağlamaktır. Nitekim, 506 sayılı Kanun döneminde gelirin %50 veya %75 oranında dul eşe bağlanabilmesi için başka koşul aranmamaktaydı. Dul eşin, Sosyal Sigortalar Kurumuna veya Emekli Sandığına veya Bağ-Kur’a tabi olarak çalışıyor veya buralardan kendisine gelir ya da aylık bağlanmış olması ölen eşinden gelir bağlanmasını engellememekteydi⁹³².

Dul eş, % 75 oranında gelirin bağlanması için gerekli şartların olmaması nedeniyle %50 oranında gelir alacaksa da, daha sonra koşulların değişmesi halinde gelir oranı %75’e yükseltilecektir. Buna göre, çocukların hak sahibi durumundan çıkması, kendi

⁹³¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 370.

⁹³² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 370.

sigortalılıkların sona ermesi halinde, çocukların gelirlerinin kesildiği veya kendi sigortalılığın sona erdiği tarihi izleyen aybaşından itibaren oran %75'e çıkarılmaktadır⁹³³.

**bbb) Çocuklara Bağlanacak Ölüm Geliri Bakımından “Cinsiyet”,
“Yaş” ve “Malullük Durumu” Dikkate Alınarak Aranılan Şartlar**

5510 sayılı Kanunun 34. maddesinde, hak sahibi olarak sigortalının çocuklarına da gelir bağlanacağı kabul edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında 5510 sayılı Kanun anlamında çocuk kavramı, “*sigortalı tarafından evlat edinilmiş, tanınmış veya soy bağı düzeltilmiş veya babalığı hükme bağlanmış çocukları ile sigortalının ölümünden sonra doğan çocukları*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun kapsamında kavramın bu şekilde tanımlanması nedeniyle, evlilik bağı içinde doğan çocuklarla, evlat edinilmiş, tanınmış veya nesebi düzeltilmiş yahut babalığı hükme bağlanmış çocuklar bakımından fark yaratılmadığı anlaşılmaktadır. Bu anlayışın eşitlik ilkesi açısından isabet taşıdığına şüphe duymamak gerekir. Zira çocuklar arasında yaratılacak farklılığı haklılaştıracak bir neden söz konusu değildir.

Çocuklara gelir bağlanabilmesi için 34. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde ve bunun alt bentlerinde şartlar öngörülmüştür. Buna göre, “*Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının a, b ve e bentleri hariç bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış çocuklardan;*

1) 18 yaşın, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmayanların veya,

2) Kurum Sağlık Kurulu kararı ile çalışma gücünü en az %60 oranında yitirip malul olduğu anlaşılanların veya,

3) Yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızların her birine” kanunda belirtilen oranlar doğrultusunda gelir bağlanabilecektir.

⁹³³ Tuncay/Ekmekçi, 309

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, kız ve erkek çocuklarına gelir bağlanabilmesi için “ortak” ya da “genel” veya “temel” olarak nitelendirilebilecek bir şart öngörülmüştür⁹³⁴. Ayrıca bunun yanında, “özel şartlar” da kabul edilmiştir.

Temel şart gereğince, çocuğun Kanun veya yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışmaması yahut kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması gerekmektedir. Çocuğun Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentlerine göre çalışmasının bulunması, yukarıda da belirtildiği gibi gelir bağlanmasına engel oluşturmaz. Şüphesiz, kanun kapsamında çalışma şartı bakımından istisna tutulan sigortalıların, kendi çalışmalarından dolayı gelir ya da aylık almaması da gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, 5. maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri çerçevesinde sigortalı olanlar, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık alıyorsa, ölüm geliri bağlanamaz. Çalışmama yönündeki şarttan istisna tutulan sigortalılar kuşkuyla yer bırakılmayacak şekilde sayıldığından, Kanunun 4. maddesi kapsamında olan çocuklara gelir bağlanması mümkün değildir⁹³⁵. Söz konusu temel şart, dul eşe % 75 oranında gelir bağlanmasını öngören şartla aynıdır. Orada ifade ettiğimiz gibi, çalışmanın niteliği dikkate alınarak yapılan bu farklılık eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Temel şarttan başka, “b” bendinin (1.), (2.) ve (3.) alt bentlerinde çocuklar için özel şartlar da öngörülmüştür. Söz konusu şartlar “yaş”, “cinsiyet” ve “malullük” durumu esas alınarak oluşturulmuştur. Buna göre, kural olarak çocuğun 18 yaşını, ancak lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde ise 25 yaşını doldurmamış olması lazımdır (SSİY m.62). Yaş bakımından öngörülen sınıflandırmanın kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığını kabul etmek gerekir. Kanun koyucu, öğrenim görmeye devam eden çocuğun –öğrenim durumuna uygun olarak yaş bakımından üst sınırlar getirilerek- gelire hak kazanmasını sağlamak istemiştir.

⁹³⁴ Caniklioglu, Yeni Mevzuat, 85.

⁹³⁵ Yargıtay oy çokluğu ile aldığı bir kararı, çalışmayacak durumda malül çocuğa bağlanan ölüm aylığının, çocuğun çalışması ile beraber kesileceği yönünde olmuştur, karşı oy ise, çalışmama ölçütünün bu tür çocuklarda aranmayacağı şeklindedir, bkz. Y. 21. HD., 08.03.2010 t., E.2009/1555, K.2010/2466, www.hukukturk.com, Kararın değerlendirmesi için bkz. Akın, Değerlendirme, 544. Yazar, çoğunluk görüşüne katılmıştır. Bizce de maddede belirtilen istisnai çalışmalar dışındaki “çalışma” aylığın kesilmesine neden olacaktır.

Maddede yaşa ilişkin şartın erkek ya da kız çocukları için aranıp aranmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş, bu konuda erkek ve kız çocukları arasında ayırım yapılmadığı ve şartın her ikisi için de geçerli olduğu yönündeyken⁹³⁶; diğer görüş ise, söz konusu şartın sadece erkek çocuklar için geçerli olduğu yönündedir⁹³⁷. Yukarıda aktardığımız hükmün lafzı, düzenlemenin sadece erkekler için olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Ayrıca, yaş bakımından getirilen şartı sadece erkekler için kabul edip, kız çocukları için kabul etmemeyi haklılaştırmak da mümkün değildir. Gerçekten, düzenlemenin sadece erkek çocuklarını kapsadığını savunmak, aynı ya da benzer durumda olan kız çocukları için aleyhe sonuçlar doğurmasına neden olabilir. Alt bentlerde yer alan şartların bütünüyle değerlendirilmesi, kız çocukları aleyhine çıkabilecek sonucun ortaya konması bakımından önemlidir.

Kız çocukları bakımından (3.) alt bentte açıkça özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kız çocuklarına gelir bağlanmaktadır. Dikkat edilirse, aranan bu şartta “yaşları ne olursa olsun” ifadesine yer verilerek, kız çocuklarının *evlenmemiş olması durumunda* yaş şartının önemli olmadığı sonucu ortaya konmaktadır. Ancak *kız çocuğu evli ise*, bu durumda kendilerinin ölüm gelirine hak kazanabilmesi için *yaş şartı önem taşıyacaktır*. Örnek vermek gerekirse, kız çocuğu evli değilse, yaşı ve öğrenim düzeyi ne olursa olsun gelir elde edebilecektir. Buna mukabil, kız çocuğu 22 yaşında evlenmiş ve yüksek öğrenim yapıyorsa artık yaş kendisi için önem kazanır. Bu durumda, birinci alt bentteki düzenlemenin sadece erkek çocukları için olduğu kabul edilirse, söz konusu kız çocuğu evlenmiş olduğu için gelir elde edemeyecek; buna mukabil düzenlemenin her iki cinsiyet için olduğu kabul edilirse, evlenmiş olmasına rağmen yaşı ve öğrenimi gereği kız çocuğu gelir elde edebilecektir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin kız çocukları için de olduğunu kabul etmek, kendilerinin lehine olacaktır. Maddenin lafzında açıklık olmadığı durumda, kız çocuklarını lehe sonuçlar doğurabilecek düzenlemeden mahrum edecek haklı neden bulunmamaktadır. Bundan başka, 506 sayılı Kanunda benzer düzenlemenin yer aldığı hükümde yapılan değişiklik de ulaştığımız bu sonucu desteklemektedir. Gerçekten anılan Kanunun 23. maddesinin I-C, (a) bendi, 22.01.2004

⁹³⁶ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 85.

⁹³⁷ Tuncay/Ekmekçi, 308.

t. ve 5073 sayılı Kanunun 12. maddesi ile değiştirilmeden önce “...25 yaşını doldurmamış olan veya çalışmayacak durumda malül bulunan ve Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almayan *erkek* çocuklarla...” şeklinde ifadeler içerirken, değişiklikle beraber “erkek” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.

Kız çocukları bakımından söz konusu olan ancak erkek çocuklar için kabul edilmeyen kolaylığın konumuz bakımından değerlendirilmesi gerekir. Evlenmeme yönünde aranan şartla kız ve erkek çocukları arasında ayırım yapıldığı görülmektedir. Gerçekten, kız çocuk evlenmediği sürece yaşı kaç olursa olsun gelire hak kazanabilecekken, erkek çocuğu ancak öğrenim durumuna bağlı belirlenen yaş sınırlarını aşmadığı sürece gelir alabilecektir. Örneğin, sigortalı olarak çalışmayan ya da kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alamayan otuz yaşındaki kız çocuğu evlenmediği için gelire hak kazanabilecekken, aynı durumdaki ve yaştaki erkek çocuk evlenmemiş olsa dahi gelir elde edemeyecektir.

Birinci bölümde de ortaya koyduğumuz üzere, kadınların korunmasına yönelik olan ve belirli sınırlar içinde kalan düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu noktada düzenlemenin kadını korumaya yönelik olup olmadığı belirlenmelidir. Gelire hak kazanmaya ilişkin şartların oluşturulmasında genel olarak hakim olan anlayış, geride kalanın gelirinin olmaması yönündedir. Kanun koyucu, çalışmayan kişilerin, öğrenim gören kişilerin gelire ihtiyacı olduğunu, öğrenimin bitmesiyle birlikte çalışmalarının mümkün olduğunu ve böylece gelire ihtiyaçlarının kalmayacağını varsaymıştır. Kanun koyucunun toplumun yapısını gözетerek evlenmemeye bağlı olarak kız çocuklarının geliri olmayacağını kabul etmek suretiyle böyle bir düzenleme yaptığı ileri sürülebilir. Gerçekten kız çocuklarına yapılan özel düzenleme ile çalışmayan kız çocuklarının evlenmediği sürece gelire ihtiyacı olduğu, evlenmesiyle birlikte ihtiyaçlarının sona ereceği kabul edilmiştir. Kanun koyucunun iyi niyetle davrandığı konusunda şüphe yoktur. Ancak ne var ki, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, iyi niyet ayrımcılığın ortaya çıkmasına engel değildir⁹³⁸. Kadınların bu şekilde erkeğin maddi gücüne bağlı olduğunun kabul edilmesi, erkeklerin üstün tutulması anlamına gelir. Ayrıca bu

⁹³⁸ bkz. §6, I, 4.

düzenlemeler kadınların iş yaşamından uzaklaşmasını da kolaylaştırmaktadır. Yapılacak düzenlemeler kadınların iş yaşamından uzaklaştırmaya yönelik değil, iş yaşamına katılmaya teşvik edici olmalıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse, kadınlarla erkekler arasında gerçek eşitlik, kadınları iş yaşamından uzaklaştıran ve onları erkeğin maddi gücüne bağlı kılan düzenlemelere değil, kadınları erkekler kadar iş yaşamında tutan düzenlemelerle sağlanır⁹³⁹.

Belirtilenlerden başka (2.) alt bentte Kurum Sağlık Kurulu kararı ile çalışma gücünü en az %60 oranında yitiren ve malul olduğu belirlenen çocuklara da (kız ya da erkek) –herhangi bir yaş ya da evli olmama şartı aranmadan- gelir bağlanmaktadır⁹⁴⁰. Bu şekilde kanun koyucu, malul çocukların durumunu gözetmiş ve daha kolay şartlarla gelir almalarını sağlamıştır⁹⁴¹. Bu yaklaşımla gerçek anlamda eşitlik sağlanmak istenmiştir.

Çocuklar için kabul edilen şartların eş için öngörülen şartlardan farklı olduğu görülmektedir. Gerçekten hatırlanacağı üzere, eşe % 50 oranında gelir bağlanabilmesi için ölüm anında evlilik şartı aranmış; % 75 oranında gelir bağlanması içinse, kanun ya da yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışmama veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması yönünde şart aranmıştır. Söz konusu durum, çocuklara gelir bağlanması için aranan ortak şartla özdeşlik göstermektedir. Bunun dışında herhangi bir özdeşlik olmayıp, her iki hak sahibi arasında gelire hak kazanma şartları açısından farklılıklar söz konusudur. Kanımızca eş ve çocuklar benzer ya da eşit durumda olmadığından eşitlik ilkesi karşısında şartların mukayese edilmesine de gerek bulunmamaktadır.

ccc) Ana ve Babaya Bağlanacak Ölüm Geliri Bakımından Aranan Şartlar

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda ya da sürekli iş göremezlik geliri alırken ölmesi halinde ana ve babaya da gelir bağlanabileceği kabul edilmiştir. Buna

⁹³⁹ Yürürlükten kalkan düzenlemenin aynı yöndeki eleştirisi için bkz. Caniklioğlu, Geride Kalanların Korunması, 209-210; Pakin Akın, 52.

⁹⁴⁰ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 86.

⁹⁴¹ Akın, Değerlendirme, 546.

ilişkin şartlar Kanunun 34. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilmiştir: *“Hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklardan hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam %25 oranında; ana ve babanın 65 yaş üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla toplam %25’i oranında”* gelir bağlanır.

Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, 65 yaşını doldurmamış anne ve babaya gelir bağlanabilmesi için öncelikli olarak sigortalının ölüm tarihinde eş ve çocuklarına bağlanması gereken gelirden artan bir payın varlığı gerekir⁹⁴². Artan hissenin olup olmadığının belirlenmesinin sigortalının ölüm tarihi ile sınırlı tutulmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, sigortalının ölüm tarihi itibarıyla artan hissenin bulunmaması, ancak daha sonra durum değişikliği nedeniyle hissenin artması halinde, 65 yaşını doldurmamış olan anne ve babaya da gelir bağlanır. 65 yaşın üstünde olması halindeyse artan hisse şartı aranmaz⁹⁴³. Yaş bakımından getirilen bu farklılığın haklı nedene dayandığı ileri sürülebilir. Gerçekten, yaşın ilerlemesine bağlı olarak kişilerin gelir elde etmesi zorlaşacağından, geliri belirli miktarın altında olan sigortalılara artan hisse olmaksızın, gelir bağlanabileceğinin kabul edilmesi isabetli olmuştur.

Bundan başka, anne ve babaya gelir bağlanabilmesi için her türlü kazanç ve irattan elde etmiş oldukları gelirin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve gelir ve aylık bağlanmamış olması yönünde de şartın gerçekleşmesi lazımdır. Belirtilen iki şartın

⁹⁴² Güzel/Okur/Caniklioglu, 374; Alper, Sosyal Sigortalar, 217; Korkusuz/Uğur, 319. Buna ilişkin Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir: *“Tüm çocukların ölüm aylığından yararlanmaları durumunda da talep tarihinde 506 sayılı Yasa’nın 69. maddesinde öngörülen şartların davacı anne ve baba bakımından oluşmasının mümkün olmadığı ortadadır. Öte yandan yargılama sırasında yürürlüğü giren 5510 sayılı Yasa’nın 34/d maddesi ile “Hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam % 25 oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla %25’i oranında aylık bağlanacağı” düzenlenmiştir. Davacıların doğum tarihlerine göre anılan yasal düzenlemenin getirdiği şartları taşıyıp taşımadıklarının da değerlendirilmesi gerekir. Yapılacak iş hak sahibi çocukların kurumdan hangi tarihler arasında ölüm aylığı aldıkları ve halen bu aylığı almaya devam edip etmedikleri sorulmak, gelecek cevaba göre davacı anne ve babanın 506 sayılı yasanın 69. maddesi gereğince ölüm aylığı bağlanma koşullarının bulunup bulunmadığını değerlendirmek, bu koşullar bulunmuyorsa 5510 sayılı Yasa’nın 34. maddesi ve yasanın yürürlüğe girdiği tarih de dikkate alınarak sonucuna göre karar vermektir.”* Y. 21 HD. 02.03.2010 t., E. 2009/16215, K. 2010/2239, www.legalbank.net

⁹⁴³ Tuncay/Ekmekçi, 309; Alper, Sosyal Sigortalar, 217; Korkusuz/Uğur, 320. Düzenlemenin isabet taşıdığı belirtilmiştir, bkz. Canbolat, Sigorta Hükümleri, 36.

birlikte bulunması gerekir. Buna mukabil, anne ve babaya diğer çocuklarından gelir ya da aylık bağlanmış olması, gelirin verilmesine engel değildir. Anne ve babaya gelir bağlanabilmesi için aranan şartlarla haksız bir farklılığın oluşturulmadığı kanaatindeyiz.

dd) Ölüm Geliri Olarak Bağlanacak Miktarın Belirlenmesinde Yaratılan Farklılıklar

Açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde hak sahiplerine bağlanacak ölüm geliri miktarının eşitlik ilkesi açısından incelenmesi gerekmektedir. Ölüm gelirinin miktarı, 5510 sayılı Kanunun 20. maddesinde ölüm olayını gerçekleştiren neden ve ölüm olayının gerçekleştiği zamana göre farklı düzenlenmiştir. Buna göre, iş kazası ya da meslek hastalığına bağlı olarak gerçekleşen ölümlerde, ölen sigortalının hak sahiplerine 17 inci madde gereğince tespit edilecek aylık kazancın %70'i ölüm geliri olarak bağlanmaktadır (5510 s. K. m.20/I)⁹⁴⁴.

Sürekli iş göremezlik geliri alırken ölenlerin hak sahiplerine bağlanacak gelirin miktarı ise, iki olasılık göz önüne alınarak saptanmıştır⁹⁴⁵. Buna göre, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünü %50 veya daha fazla oranda kaybetmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik geliri bağlanmışken, herhangi bir nedenle ölenlerin hak sahiplerine 17. madde gereğince tespit edilecek aylık kazancın %70'i gelir olarak bağlanır (5510 s. K. m.20/II). Bununla birlikte, meslekte kazanma gücünü %50 oranının altında kaybetmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik geliri bağlanmışken ölenlerin hak sahiplerine ise, sigortalının almakta olduğu sürekli iş göremezlik geliri, hak sahiplerine gelir olarak bağlanır (m. 20/III)⁹⁴⁶.

Dikkat edilirse iş kazasına bağlı gerçekleşen ölümlerde ya da an az %50 oranında meslekte kazanma gücünün kaybedildiği ve buna bağlı olarak sürekli iş göremezlik geliri alırken herhangi bir sebeple gerçekleşen ölümlerde, hak sahiplerine bağlanacak gelirin miktarı, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünü tamamen yitiren sigortalıya bağlanan sürekli tam iş göremezlik miktarı kadardır⁹⁴⁷. Öğretide de, sigortalı ölmemiş de tam sürekli iş göremez hale gelmiş gibi hesaplanan

⁹⁴⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 369; Korkusuz/Uğur, 320; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 83; Uşan, 185.

⁹⁴⁵ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 83.

⁹⁴⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 369; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 84; Uşan, 185.

⁹⁴⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 369.

gelirin hak sahiplerine ölüm geliri olarak paylaştırıldığı belirtilmiştir⁹⁴⁸. Ancak söz konusu durum sadece en az %50 oranında meslekte kazanma gücünün kaybedildiği haller için geçerlidir. Gerçekten, meslekte kazanma gücünün %50 oranının altında yitirilmesi halindeyse, bağlanacak gelir sürekli kısmi iş göremezlik durumunda bağlanan gelirle aynıdır. Farklı bir deyişle, sigortalının almakta olduğu sürekli kısmi iş göremezlik geliri, 34. madde hükümlerine göre gelir olarak bağlanır. Dolayısıyla, bağlanacak gelirin miktarı meslekte kazanma gücünün %50 oranının altında kaybedilmesi halinde, diğerlerine göre daha az olacaktır⁹⁴⁹.

Kısaca ifade etmek gerekirse, kanun koyucu, meslekte kazanma gücündeki kayıp oranını dikkate alarak farklı düzenleme yapmış, %50 oranının altında meslekte kazanma gücü olanlar için kısmi iş göremezlik gelirinin bağlanmasını, %50 ve daha fazla meslekte kazanma gücü kaybı olanlar içinse sürekli tam iş göremezlik miktarının dağıtılmasını öngörmüştür. Başka bir deyişle, kanun koyucu %50 kayıp oranını esas alarak sınıflandırma yapmıştır. Bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Haktan yararlanacak olan kişilerin aynı ya da benzer durumda oldukları belirlendiğinden, eşitlik ilkesi bakımından inceleme yapılabilir.

Bağlanacak ölüm geliri miktarının sürekli iş göremezlik geliri ile ilişkilendirilmesinin mutlak şekilde yapılmasının yerinde olacağı, farklı bir deyişle, sürekli iş göremezlik durumunda herhangi bir nedenle ölen sigortalının hak sahiplerine, sigortalıya bağlanmış olan gelirin, ölüm geliri olarak hak sahiplerine verilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak böyle durumlarda bağlanacak ölüm geliri, sürekli tam iş göremezlik olmadığı sürece, az miktarda olacaktır. Kanun koyucu, %50 ve daha fazla biçimde meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olanların hak sahiplerine sürekli tam iş göremezlik geliri kadar ölüm geliri bağlamayı amaç edinerek, miktarın biraz daha fazla olmasını sağlamıştır. Herkese yani %50 oranının altında meslekte kazanma gücünü kaybedenlere de bu şekilde gelir bağlanması ise kurumun aktüeryal dengesinin daha çok bozulmasına

⁹⁴⁸ Şakar, 235.

⁹⁴⁹ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 84; Gelirin miktarının bazı durumlarda oldukça az olabilecek olsa bile, geride kalanlar ile Kurum arasında sosyal sigorta ilişkisi kurması ve bu kişileri sosyal güvencenin kapsamına alması açısından oldukça önemli olduğu, özellikle gelir veya aylık almakta olanların genel sağlık sigortası hükümlerinden yararlanacak olmasının bu ilişkinin önemini ayrıca ortaya koyduğu ifade edilmiştir, bkz. Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 84; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 34.

sebebiyet vereceği gibi, yapılan sınıflandırmanın kanun koyucunun takdir hakkı kapsamında kaldığını kabul etmek yerinde olacaktır.

ee) Ölüm Gelirinin Hak Sahipleri Arasında Paylaştırılmasında Dikkate Alınan Oranlara İlişkin Farklılıklar

Yukarıda da belirtildiği üzere, 5510 sayılı Kanunun 20. maddesinde, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak ölen sigortalının veya meslekte kazanma gücünü iş kazası ya da meslek hastalığına bağlı olarak en az %50 oranında kaybetmiş ve herhangi bir nedenle ölen sigortalının hak sahiplerine 17. maddeye göre tespit edilecek aylık kazancın %70'i; meslekte kazanma gücünü %50 veya daha az kaybetmesine bağlı olarak sürekli iş göremezlik geliri almaktayken ölen sigortalının almakta olduğu gelir 34. madde hükmüne göre verilecektir.

Belirtildiği şekilde tespit edilen bağlanacak gelirin, hak sahipleri arasında ne şekilde paylaştırılacağına ortaya konması gerekir. Kanunun 34. maddesi gereği dul eşi, belirtilen esaslara uygun şekilde tespit edilen gelirin %50'si veya gerekli koşulların bulunması halindeyse %75'i bağlanmaktadır⁹⁵⁰.

Çocukların her birine ise gelirin %25'i bağlanır. Ancak gelire hak kazanan çocuklardan, sigortalının ölümü ile anasız ve babasız kalan veya sonradan bu duruma düşenlere, ana ve babası arasında evlilik bağı bulunmayan veya sigortalının ölümü tarihinde evlilik bağı bulunmakla birlikte ana ve babaları sonradan evlenenler ile kendisinden başka aylık alan hak sahibi bulunmayanların her birine %50 oranında gelir bağlanır (m.34/I,c).

Hiç kuşku yok ki, sigortalı tarafından evlat edinilmiş, tanınmış veya soy bağı düzeltilmiş veya babalığı hükme bağlanmış çocuklar ve sigortalının ölümünden sonra doğan çocukları için de aynı oranlar geçerli olacaktır.

Anne ve babaya, hesaplanan tutarın toplam %25'i oranında gelir bağlanmaktadır. Toplam %25 oranında gelirin dağıtılması gerektiğinden, ana ve babanın her birine

⁹⁵⁰ Şakar, 236.

%12,5 luk hisse verilir. Anne ve babadan biri sağ ise, gelirden artan kısmın tümüyle sağ kalana verilmesi gerektiği haklı olarak belirtilmiştir⁹⁵¹.

Kanaatimizce ölüm gelirinin hak sahipleri arasında paylaştırılmasında dikkate alınan oranlar bakımından eşitlik ilkesine aykırı düzenleme yapılmamış olup, kanun koyucu takdir yetkisi sınırları içinde kalarak düzenleme yapmıştır. Hak sahiplerinin sosyal durumları, çalışma olasılıkları vb. hususlar dikkate alınarak yapılan ayırım haklı sebebe dayanmaktadır.

c) Evlilik Nedeniyle Ortaya Çıkan Ölüm Geliri Kaybını Gidermeye Yönelik Yardım: Evlenme Ödeneği

5510 sayılı Kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar arasında “gelir bağlanmış kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi” de kabul edilmiştir. Söz konusu ödeneğin, 37. madde hükmüne göre verilmesi gerektiği belirtilmektedir (m.20/son). Adı geçen 37. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında evlenme ödeneğine ilişkin olarak şu düzenleme yer almaktadır:

“Evlenmeleri nedeniyle, gelir veya aylıklarının kesilmesi gereken kız çocuklarına evlenmeleri ve talepte bulunmaları halinde almakta oldukları aylık veya gelirlerinin iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenir. Evlenme ödeneği alan hak sahibinin aylığının kesildiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde yeniden hak sahibi olması halinde, iki yıllık sürenin sonuna kadar gelir veya aylık bağlanmaz, bu durumda olanlar 60’ıncı maddenin birinci fıkrasının f bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır.

Evlenme ödeneği verilmesi halinde, diğer hak sahiplerinin aylık veya gelirleri evlenme ödeneği verilen sürenin bitimini takip eden ödeme döneminden itibaren 34. maddeye göre yeniden belirlenir.”

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, evlenme ödeneği sadece kız çocukları için kabul edilmiştir⁹⁵². Erkek çocukları için ödenek verilmesi mümkün değildir. Bunun

⁹⁵¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 374; Çenberci, 179.

yanında, malul durumdaki kız çocuklarının aylıkları malul durumları devam ettiği sürece kesilmeyeceğinden, kendilerine evlenme ödeneği de verilmeyecektir. Dolayısıyla, kız çocuğu ile erkek çocuğu ve/veya malul durumda bulunan kız çocuğu arasında farklılık yaratıldığı ortaya çıkmaktadır. Bu farklılığın haklı nedeni olup olmadığı belirlenmelidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kız çocuklarının evlenmesiyle birlikte -yaş bakımından gerekli şartların da sağlanamaması durumunda- kendilerine bağlanan ölüm geliri kesilmektedir⁹⁵³. Kanun koyucu bu şekilde *evlenmeleri nedeniyle* gelirden mahrum olacak kız çocuklarına yardım sağlamak istemiştir. Farklı bir deyişle, kanun koyucunun amacı evlilik nedeniyle oluşan gelir kaybını kısmen gidermektir. Erkek veya malul çocuklarının geliri evlenmeyle kesilmediğinden, kendilerine böyle bir olanağın sağlanması, ölüm gelirini düzenleyen madde karşısında kabul edilemezdi. Dolayısıyla, düzenleme kanun koyucunun amacıyla ve kendi içinde uyumluluk taşımaktadır. Ayrıca söz konusu bu düzenleme, sigortalı kadına bir defaya mahsus olmak üzere, evlenmesi nedeniyle verildiği için sigortalı kadının iş yaşamına dahil olmamasını teşvik edici nitelikte değildir. Sonuç olarak düzenleme, eşitlik ilkesine aykırı değildir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, kız çocuklarının iş yaşamına dahil olmasını zorlaştıran anlayış, gerçek anlamda eşitliği sağlamaktan uzaktır⁹⁵⁴.

Yukarıda aktardığımız maddedeki düzenlemenin gereği olarak, evlenmeleri nedeniyle gelir ya da aylığı kesilen kız çocuğunun talepte bulunması durumunda bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği verilir⁹⁵⁵. Ödeneğin miktarı, kız çocuğunun almakta olduğu aylık ya da gelirin iki yıllık tutarı kadardır. İki yıllık sürenin başlangıcı, kız çocuğunun gelirinin kesildiği tarihtir.

⁹⁵² 5510 sayılı Kanunun ilk halinde dul ve yetim aylığı almaktayken evlenen eş ve **çocuklara** ödenmekte olan aylığın kesileceği ve talep etmeleri halinde aylığın bir yıllık tutarının bir defaya özgü olmak üzere evlenme ödeneği olarak kendilerine verileceği kabul edilmişti, ancak 5754 sayılı Kanunla eş ve çocuklar ifadesi **kız çocuklar** olarak değiştirilmiştir. Ayrıca anılan Kanunla bir yıllık tutar, iki yıl olarak belirlenmiştir. bkz. **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1237.

⁹⁵³ bkz. §7, II, 3, b.

⁹⁵⁴ bkz. §6, 2, 3, 4.

⁹⁵⁵ Maddede herhangi bir ayırım yapılmadığı için babaları ölen kız çocuklarına evlenme ödeneği verilebileceği gibi, annelerinden dolayı kendilerine gelir bağlanmış kız çocuklarının evlenmeleri durumunda da ödenek verilecektir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 373, 374. Ölen sigortalının cinsiyeti bakımından ayırım yapılmaması eşitlik ilkesi doğrultusunda isabetli olmuştur.

Evlenme ödeneği almış kız çocuklarının boşanması durumunda, ölüm gelirine tekrar hak kazanıp kazanmayacakları belirlenmelidir. Evlendikten sonra iki yıl içinde kız çocuğunun boşanması halinde, kendisine gelir veya aylık iki yıllık sürenin sonunda ödenmeye başlanır. Ancak bu durumdaki kız çocuğu –yukarıda aktardığımız madde gereği- genel sağlık sigortalısı olarak sağlık hizmeti sunumundan yararlanabilir⁹⁵⁶. Kız çocuğu iki yıl geçtikten sonra hak sahibi olursa, herhangi bir sürenin geçmesine gerek kalmaksızın gelire hak kazanabileceği düşüncesindeyiz. Önemle belirtmek gerekir ki, kız çocuğunun daha sonradan gelir veya aylığa hak kazanması için sadece boşanmış olması yetmemektedir. Kanunun 34. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereği, Kanun veya yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışması durumunda kendisine gelir ya da aylık bağlanamamaktadır. Kız çocuğu tekrar evlenirse geliri yeniden kesilecek, ancak evlenme ödeneğinin açıkça bir defaya mahsus olmak üzere verilmesi öngörüldüğünden, yeniden evlenme ödeneği alamayacaktır⁹⁵⁷.

§8. Hastalık Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi

I. Genel Olarak

Fizyolojik bir risk olarak kabul edilen hastalık olayı, diğer sosyal riskler gibi sigortalının çalışma gücünü ve dolayısıyla ekonomik durumunu etkilemektedir. Sigortalının ekonomik durumunun etkilenmesi iki şekilde ortaya çıkabilir. Buna göre, hastalığın getirdiği geçici iş göremezlik neticesinde kişi çalışamayacağı için gelirinden yoksun kalabilir ya da hastalık, sigortalının çalışma gücünü etkilememekle birlikte olağanüstü sağlık giderleri yapmasına sebebiyet verebilir⁹⁵⁸. Hiç kuşku yok ki, hastalığın ağırlığı bu iki sonucun aynı anda doğmasına dahi yol açabilir. Sosyal güvenlik sistemlerinin amacı göz önüne alındığında, herkesin başına gelmesi en muhtemel risklerden olan hastalık olayına karşı hastalık sigortasının kabul edilmemiş olması düşünülemezdi.

⁹⁵⁶ Tuncay, Ölüm Sigortası, 1238.

⁹⁵⁷ Tuncay/Ekmekçi, 313.

⁹⁵⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 399; Tuncay/Ekmekçi, 296; Şakar, 241; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 91.

Sosyal güvenlik sistemimizde genel olarak bu riske karşı güvence sağlanmıştır. Mülga 506 sayılı Kanunda hastalık sigortasından ödenek verilmesi mümkündü (m.32). Buna mukabil, 1479 sayılı Kanunda hastalık halinde herhangi bir parasal yardıma hak kazanılması olanaklı değildi, sadece sağlık yardımları sunulmaktaydı (Ek m.13). Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlara ve hak sahiplerine malullük, yaşlılık ve ölüm hallerinde sigorta yardımlarının sağlanmasını düzenleyen 2926 sayılı Kanunda da hastalık sigortası ve buna bağlı olarak herhangi bir parasal yardım yapılması söz konusu değildi. Tarım işlerinde iş sözleşmesine tabi olarak süreksiz biçimde çalışanlar için 2925 sayılı Kanunun 13.-17. maddeleri arasında hastalık sigortası düzenlenmişti. Ancak ne var ki, bu sigorta kolundan parasal yardım yapılması değil, sağlık yardımı yapılması ve ağız protezleri dışındaki protez araç ve gereçlerinin sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi kabul edilmişti (m.13).

Kanun koyucu 5510 sayılı Kanunla yukarıda belirttiğimiz amaca uygun olarak, daha önceki kanunlarda olduğu gibi “hastalık halini” sosyal riskler arasında kabul ederek, hastalık sigortasını kısa vadeli sigorta kolları altında düzenlemiştir. İş kazası ve meslek hastalığı sigortasında olduğu gibi hastalık sigortasında da hastalanan sigortalıya sağlık yardımları ve parasal yardım yapılması öngörülmüştür⁹⁵⁹. Ancak iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından farklı olarak, bu sigorta kolundan yapılan parasal yardımlar arasında sadece “geçici iş göremezlik ödeneği” kabul edilmiş (5510 s. K. m. 16/II), “sürekli iş göremezlik geliri” ise kabul edilmemiştir⁹⁶⁰. Hastalık nedeniyle sigortalının ölmesi halinde ise, hak sahiplerine şartları mevcut ise, ölüm sigortasından ölüm aylığı bağlanır. Sigortalıya ve hak sahiplerine yapılacak sağlık yardımları, “Genel Sağlık Sigortası Hükümleri” başlığı altında III. Kısım da, m. 60 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, hastalığa bağlı rahatsızlığın tedaviyi gerekli kılması durumunda, sağlık yardımları genel sağlık sigortası kapsamında yapılır⁹⁶¹.

Hastalık sigortası kapsamında, parasal yardım niteliğinde sadece geçici iş göremezlik ödeneğini kabul eden kanun koyucu, ödenekten yararlanabileceklerin kapsamını da hukuki statü temelinde sınırlandırmıştır. Hastalık sigortası çerçevesinde hangi sigortalı

⁹⁵⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 399; Tuncay/Ekmekçi, 297; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 91; Canbolat, Sigorta Hükümleri, 28; Uşan, 188.

⁹⁶⁰ Tuncay/Ekmekçi, 297, Uşan, 188.

⁹⁶¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 480; Sözer, Sosyal Sigortalar, 207; Alper, Sosyal Sigortalar, 205; Aslanköylü, 453.

ya da sigortalılar için ödeneğin verilebileceğinin konumuz açısından incelenmesi gerekmektedir.

II. Geçici İş Göremezlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları

1. Ön Koşullar: Hastalık Hali ve Belirli Kapsamda Sigortalı Olma

a) Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Hastalık Hali

“Hastalık hali”, 5510 sayılı Kanunun 15. maddesinde “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar” şeklinde tanımlanmıştır. Maddede her ne kadar hastalık hali, iş kazası ve meslek hastalığı dışındaki rahatsızlıklar olarak tanımlanmışsa da, gebeliğin başlangıcından doğumun sekiz hafta sonrasına kadar devam eden süreçteki gebelik ve analık hali ile ilgili rahatsızlıklar da hastalık halinin dışında tutulan rahatsızlıklara dahil edilmelidir. Bu durumda analık haline ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁹⁶².

Maddedeki tanımdan yola çıkarak öğretide, sosyal güvenlik hukuku anlamında hastalık deyiminin –iş kazası ve meslek hastalığı kapsamında olmayan- tıp biliminde algılandığı biçimiyle kullanılmış olduğu belirtilmektedir⁹⁶³. Dolayısıyla, tıbbi bakım ve tedavi gerektiren tüm bedensel ve ruhsal bozukluklar, nedenleri ve türleri ne olursa olsun hiçbir ayırım ve sınırlama olmaksızın hastalık sigortası kapsamında değerlendirilir⁹⁶⁴. Hastalığın içsel ya da dışsal olmasının, genetik veya sonradan olmasının ayrıca kusursuz veya kusura bağlı doğmasının önemi yoktur⁹⁶⁵. Önemli olan rahatsızlığın

⁹⁶² **Caniklioglu**, Yeni Mevzuat, 91. Bu doğrultuda belirlemek gerekir ki, 506 sayılı Kanunda çocuk düşürme hali (çocuğun 180 günden önce doğması) hastalık sigortası içinde öngörülmüşken (m.33/4), 5510 sayılı Kanun, bu durumu değiştirerek analığa bağlı durumların hepsini analık sigortası içerisine almıştır, **Şakar**, 242; **Uşan**, 188

⁹⁶³ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 400; **Şakar**, 241; **Çenberci**, 274. Bu tanımdan çıkan ilk sonucun, hastalığın bir rahatsızlık olduğu, ikinci sonucun bu rahatsızlığın iş kazası ve meslek hastalığı niteliği taşıyamaması gerektiği ve üçüncü sonucun ise, iş göremezliğin varlığı olduğu ileri sürülmüştür, bkz. **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 207. Yüksek Mahkeme de bir kararında “...Olayda, sigortalı davacı Mustafa, kullandığı motorsikletle, öteki sürücü Durmuş'un aracına çarpmış ve yaralanmıştır. Davalı, olayda 4/8 oranında kusurludur ve motorsiklet ehliyeti olmadığından suç sayılır eylemi vardır. Ancak, olay iş kazası niteliğinde olmayıp, hastalık sigortası kolunu ilgilendirdiği...”ifadelerine yer vererek, hastalık ile iş kazasının farklı olduğunu tespit etmiştir, bkz. Y. 10.HD., 30.11.1995 t., E. 1995/9845, K. 1995/10230, bkz. www.legalbank.net

⁹⁶⁴ **Saymen/Ekonomi**, 89; **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 400; **Tuncay/Ekmekçi**, 296; **Tunçomağ**, 338-339; **Korkusuz/Uğur**, 322.

⁹⁶⁵ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 209.

tedavi olma gerekliliğine veya iş göremezliğe neden olmasıdır⁹⁶⁶. Kanunda dar kapsamlı bir tanım benimsenmemiş olduğundan, aynı ya da benzer rahatsızlıklara maruz kalan kişilerin kapsam dışı bırakılmasının önüne geçilmiştir.

b) Belirli Kapsamda Sigortalı Olma

“Hastalık hali”, iş kazasına ilişkin düzenlemeden farklı olarak, herhangi bir ayırım yapılmadan, bağımlı ve bağımsız çalışan sigortalılar için kabul edilmiştir. Hatırlanacağı üzere, iş kazası olarak kabul edilen hal ve durumların tamamı sadece 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki sigortalılar için, sadece iki durum ise (b) bendi çerçevesinde sigortalı olanlara uygulanabilmektedir. “Hastalık hali”nin, herhangi bir fark gözetmeksizin gerek 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki, gerekse aynı fıkranın (b) bendindeki sigortalılar için öngörülmesi isabetli olmuştur. Buna mukabil, hastalık nedeniyle verilmesi gereken “geçici iş göremezlik ödeneği” ise, sadece iş sözleşmesine tabi çalışan sigortalılar için kabul edilmiştir⁹⁶⁷.

Tasarıda ve Kanunun ilk halinde “*bağımsız çalışanların hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması şartıyla yatarak tedavileri süresince veya bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları sürede ödenir*” şeklindeki düzenlemeye yer verilmişti⁹⁶⁸. Söz konusu düzenleme, yukarıda belirttiğimiz şekilde iş kazası ve meslek

⁹⁶⁶ Sözer, Sosyal sigortalar, 209.

⁹⁶⁷ Bağımlı çalışanların ödeneğe hak kazanabilmek için, talep tarihi itibarıyla fiilen çalışmalarının gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Örneğin ücretsiz izinde olan işçinin, bu dönemde ödenek talebinde bulunup bulunamayacağı belirlemelidir. Önemle vurgulamak gerekir ki, ödeneğe hak kazanabilmek için sigortalılığın devam etmesi gerekir. Farklı bir ifadeyle, ödenek talep edildiği tarih itibarıyla kişinin sigortalı olması şarttır. Bu bakımdan hastalık sigortasından ödeneğe hak kazanabilecek olan m.4/I, (a) kapsamındaki sigortalıların sigortalılıklarının sona ermemiş olması lazımdır. 5510 sayılı Kanunun 9. maddesinde, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren anılan kapsamda sigortalı olanların sigortalılıklarının sona ereceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, çekişmeli olan durumlarda iş sözleşmesinin sona erip ermediğinin öncelikli olarak incelenir. Ücretsiz izin halinde iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edildiğinden işçinin ödenek talebinde bulunabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca 5510 sayılı Kanunun 9. maddesinde açıkça, hastalık hükümlerinin uygulanmasında sigortalılığın ücretsiz iznin sona ermesini takip eden 10. günden başlayarak yitirilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Yargıtayın 506 sayılı Kanun döneminde verdiği, ancak yürürlükteki düzenlemeyle benzer hükümler içermesi nedeniyle geçerliliğini koruyan kararında, ücretsiz izin halinde sözleşmenin devam ettiği ve sigortalılığın ücretsiz izin halinde sona ermediği, davacının diğer şartları sağlaması halinde ödeneğe hak kazanabileceği sonucuna varılmıştır, bkz. Y. 10. HD., 04.10.2011 t., E. 2010/4114, K. 2011/13072, www.legalbank.net

⁹⁶⁸ Tuncay, 8-9; Kanunun ilk halinde belirtilen söz konusu fıkrada yer alan prim borcunun olmaması yönündeki şartın Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptali için dava açılmış; ancak ne var ki, AYM istemi “4. Maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalılarda, işçi ve işveren sıfatı birleştikten, diğer sigortalılardan farklı olarak primler kendilerince ödenecektir. Bir işverene bağlı olarak çalışanların primlerinin Kuruma ödenmesi ise, işverenin sorumluluğundadır. Dava konusu bölümle prim ve her türlü borçların ödenmiş olması koşulunun

hastalığı ve analık sigortası kapsamında yapılan geçici iş göremezlik ödeneği yardımı için belirli bazı değişiklikler yapılarak hala yürürlükteyse de, hastalık sigortası için aynı durum söz konusu değildir. Kanunun ilk hali belirtilen şekliyle eşitliğe aykırı olduğu yönüyle de haklı olarak eleştirilmiştir⁹⁶⁹. Ancak Kanunun ilk halinden dahi farklı ve hakkı tamamen ortadan kaldıran düzenleme yapılmıştır.

5510 sayılı Kanunun 18. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde “4 üncü maddenin birinci fıkrasının a bendi ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalılardan hastalık sigortasına tabi olanların...” geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bağımsız çalışanlar için iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından ve analık sigortasından sağlanan geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma şartı öngörülürken, hastalık sigortası kapsamında ödenekten yararlanmaya ilişkin düzenleme yapılmamıştır.

Kısaca açıklamak gerekirse, eskiden olduğu gibi yürürlükteki düzenlemede de bağımsız çalışanların hastalık sigortası kapsamında öngörülen geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması mümkün değildir⁹⁷⁰. Ödenekten, aşağıda açıklanacak belirli koşullarla, sadece m. 4/I,(a) ve m.5 kapsamında sigortalı olup da hastalananlar yararlanabilir⁹⁷¹. Bununla birlikte, öğretide m. 4/I,(b) kapsamında sigortalı olanların da Kuruma prim ve prime ilişkin borcunun olmaması halinde geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabileceği belirtilmiştir⁹⁷². Yukarıda aktardığımız 5510 sayılı Kanunun 18. maddesi karşısında, bu görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir.

Tasarıdan farklı biçimde yürürlüğe giren düzenleme ile hakkın tamamen ortadan kaldırılmasının eşitlik ilkesi açısından yerinde olup olmadığı araştırılmalıdır. Öncelikle, hastalık riskine maruz kalan kişilerin aynı ya da benzer durumda olup olmadığı belirlenmelidir. Yukarıda benimsediğimiz anlayış doğrultusunda, diğer sosyal riskler

getirilmesi 4. maddenin birinci fıkrasının b bendi kapsamındaki sigortalıların farklı konumlarından kaynaklanmaktadır. Yasa koyucu primlerin tahsilindeki güçlükleri de gözетerek, bunların iradi olarak ödenip ödenmemesine göre toplanmalarında farklı yöntemler öngörebilir.” gerekçelerine dayanarak reddetmiştir, AYM., 15.12.2006, E. 2006/111, K. 2006/112, RG. 30.12.2006, 26392, www.hukukturk.com

⁹⁶⁹ Tuncay, 9; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 93; aynı yazar, 5510 Sayılı Yasa Uygulaması, 81.

⁹⁷⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 401; Sözer, Sosyal Sigortalar, 208; Alper, Sosyal Sigortalar, 205; Uşan, 189.

⁹⁷¹ Sözer, Sosyal Sigortalar, 208.

⁹⁷² Tuncay/Ekmekçi, 296.

gibi, hastalık sosyal riski de, olumsuz etkilerini sadece bağımlı çalışanlar üzerinde değil, bağımsız çalışanlar üzerinde de göstermektedir⁹⁷³. Başka bir ifadeyle, sosyal riskin sigortalı üzerinde göstereceği etki -hukuki statüden bağımsız olarak- çoğu zaman benzer ya da aynı olacaktır. Hatta bazı durumlarda bağımsız çalışanın anılan sosyal riskten daha fazla etkilenmesi de mümkündür. Bu nedenle, iki farklı hukuki statüdeki sigortalılar -ortaya çıkacak sonuç bakımından- aynı durumda olacağından, eşitlik ilkesi açısından bunların kıyası mümkündür.

Sosyal güvenliğin yaygınlaştırılması ilkesinin gerçekleştiği alanların başında hastalık gelmesine rağmen, bu anlayışın tam tersine bazı sigortalıları kapsam dışı bırakacak şekilde bir düzenleme yapılması haklılaştırılmalıdır. Geçici iş göremezlik ödeneğinin öngörülmesiyle güdülen amaç, hastalığı nedeniyle çalışamayan sigortalının geçici gelir kayıplarının karşılanmasıdır⁹⁷⁴. Yukarıda da belirtildiği üzere, geçici gelir kaybının karşılanması konusundaki ihtiyaç, bağımsız çalışanlar için de söz konusudur. Nitekim kanun koyucu da “hastalık hali”ni, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalının, iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar şeklinde tanımlayarak, “iş göremezliği” bağımsız çalışanlar için de kabul etmiştir⁹⁷⁵.

Şirket ortağı olan bağımsız çalışanlar açısından kendi iş göremezlikleri işletmenin işleyişini aksatmayabilir ve telafisi gerekli gelir kaybı oluşmayabilir. Ancak esnaf ve sanatkar gibi bireysel girişimciler için aynı durum söz konusu olmaz. Bunlar da hastalık halinde gelir kaybına uğrayacaklardır⁹⁷⁶. Kaldı ki, kanun koyucu iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında bağımsız çalışanlara da ödenek verilmesini, bunlar arasında herhangi bir ayırım yapmadan mümkün kılmıştır. Buna göre, şirket ortağı olan bağımsız çalışanlar açısından kendi iş göremezlikleri işletmenin işleyişini aksatmayabileceği düşüncesi, kanun koyucu tarafından iş kazası çerçevesinde sağlanan ödenek bakımından benimsenmemiştir. Bu anlayışın hastalık sigortası bakımından neden benimsenmediği haklılaştırılmalıdır. İş kazası ve meslek hastalıklarının, hastalık halinden daha ciddi sonuçlar doğurabileceği ihtimaliyle, her iki sigorta koluna farklı yaklaşım olabileceği ileri sürülebilir. Kanımızca, en azından bağımsız çalışanların

⁹⁷³ bkz. §5, I, 2, b.

⁹⁷⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 401.

⁹⁷⁵ Aslanköylü, SSK Yorumu, 453.

⁹⁷⁶ Sözer, Sosyal sigortalar, 215.

tamamı için olmasa bile, belirli kısmı için hastalık sigortası kapsamında ödeneğin verilmesine yönelik düzenleme yapılmalıdır. Buna göre, ancak kendisinin işyerinde fiilen bulunması halinde faaliyetine devam edebilen, kendisi bulunmadığında ise faaliyetin süremeyeceği ve dolayısıyla gelir kaybı yaşayacak esnaflar bakımından ödeneğin verilmesi kabul edilmelidir⁹⁷⁷.

Yürürlükteki düzenlemede bazı bağımsız çalışan sigortalılar da yürüttükleri işin niteliğine bağlı olarak hastalık nedeniyle geçici iş göremez duruma düşüp gelirinden yoksun kalabilecekken, kendilerine ödenekten yararlanma hakkının tanınmamış olması yerinde olmamıştır. Kaldı ki, bunların m.4/I,(a) uyarınca sigortalı olanlarla aynı oranda kısa vadeli sigorta kolları primi ödemesi de eşitlik ilkesine aykırılığı daha net bir biçimde ortaya koymaktadır. Gerçekten, aynı oranda prim ödemesinin kabul edilmesiyle nimet-külfet dengesi farklı hukuki statüde olanlar arasında sağlanamamıştır. Aynı külfete katlanan bağımsız çalışanları söz konusu haktan mahrum edebilecek makul bir nedenden bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla, ayrımı haklı kılan neden olmadığından ve hüküm, öngörülen amaçla bağdaşmadığından, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenmelidir⁹⁷⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu şekildeki düzenlemeyle, sadece bağımlı çalışanlar ile bağımsız çalışanlar arasında fark yaratılmamış, meslek hastalığına yakalanan bağımsız çalışan sigortalıyla, bunun dışında herhangi bir hastalığa yakalanan bağımsız çalışanlar arasında da fark yaratılmıştır. Gerçekten, her ne kadar hastalığın adı ya da niteliği farklı olsa da, aynı hukuki statüdeki sigortalılar için ortaya çıkacak olumsuz etki aynı ya da benzerdir. Buna rağmen, yukarıda da açıklandığı üzere, meslek hastalığına yakalanan bağımsız çalışan bazı koşullar altında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilecekken⁹⁷⁹, başka bir hastalığa yakalanan ve iş göremez durumdaki bağımsız çalışan ise, hiçbir koşul altında ödenekten yararlanamayacaktır. Meslek hastalıkları, çoğu zaman gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınarak engellenebilecek durumdadır. Bu bakımdan bağımsız çalışanın meslek hastalığına

⁹⁷⁷ Yukarıda da ifade edildiği üzere, Kanunun ilk halinde bağımsız çalışanlara hastalık sigortası kapsamında ödeneğin verilmesi prime ilişkin hiçbir borcun olmama şartına bağlı tutulması dahi eşitliğe aykırı olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir, bkz. **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 93.

⁹⁷⁸ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 215.

⁹⁷⁹ bkz. §7, II, 1.

yakalanmasında, kendisinin bu önlemleri almamış olmasının etkisi vardır. Bu durumda koşullar varsa, 5510 sayılı Kanunun 22. maddesi uygulanır. Meslek hastalıkları dışında bazı hastalıklar ise, tamamen kişinin kusurundan bağımsız bir biçimde meydana gelir. Sonuç olarak gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığı için meslek hastalığına yakalanan bağımsız çalışan ödenek alabileceksen, kendisine bağlı olmayan sebeplerle rahatsızlanan bağımsız çalışan ise ödenek alamayacaktır.

Tarım ve orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz olarak çalışanlar sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan sağlanan yardımlardan belli koşullarla yararlanabilirler (Ek m.5). Dolayısıyla, bunlar için hastalık sigortasının uygulanması ve bu sigorta kolundan sağlanan yardımların sunulması mümkün değildir. Oysa, aynı işi kamu sektöründe iş sözleşmesine tabi olarak sürekli ya da süreksiz yapanlar veya özel sektörde ücretli biçimde sürekli yapanlar hastalık sigortası çerçevesinde ödenek alabilirler. Bu ayrımın haklı sebebi olmadığından, eşitlik ilkesine aykırı düzenleme söz konusudur.

DMK m. 188 hükmünde devlet memurlarının hastalığı halinde gerekli sosyal sigorta yardımlarının sağlanacağı ve sigortalardan tanınan hak ve sağlanan yardımların genel sosyal sigorta rejimleri ile kabul edilen hak ve yardımlardan az olamayacağı belirtilmiştir. Buna uygun olarak, memurların ve kamu görevlilerinin de hastalık halinde, bunların özlük haklarının tamamen korunma esası benimsenmiştir. Buna göre, memura, aylık ve özlük hakları korunarak, verilecek raporda gösterilecek lüzum üzerine, kanser, verem ve akıl hastalığı gibi uzun süreli bir tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığı hâlinde onsekiz aya kadar, diğer hastalık hâllerinde ise on iki aya kadar izin verilecektir (DMK m. 105/I). Çalışmamızda benimsediğimiz görüş doğrultusunda ifade etmek gerekir ki, DMK kapsamında işveren sıfatıyla devletin yükümlü tutulduğu bu durumlar eşitlik ilkesine aykırı değildir.

2. İstirahat Raporu ve Asgari İstirahat Süresi

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi veya 5. madde kapsamında olan sigortalının hasta olması, geçici iş göremezlik ödeneğinden

yararlanılması için yeterli değildir. Geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanılması belirli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır⁹⁸⁰.

Hastalık nedeniyle ödeneğe hak kazanılması için öncelikle hastalığın Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından alınan istirahat raporuyla belgelendirilmesi (m.18/I)⁹⁸¹, bunun yanında raporda öngörülen istirahat (iş göremezlik durumunun) süresinin iki günden fazla olması gerekir. Gerçekten, 18. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, ödeneğin üçüncü günden başlamak üzere her gün için verileceği kabul edildiğinden, iş göremezlik hali en az üç gün sürmelidir. Buna göre, hastalık nedeniyle alınan istirahat raporu sigortalının iki gün veya daha az dinlenmesini öngörüyorsa, sigortalı hastalık sigortasının öngördüğü geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamaz⁹⁸².

Hatırlanacağı üzere, iş kazası veya meslek hastalığı sigortasında, geçici iş göremezlik ödeneğinin her gün için verilmesi kabul edilmiştir. Böylece hukuki statü temelinde değil, sosyal risk temelinde fark yaratılmıştır. Örneğin, bu farklılık nedeniyle kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından hastalığı nedeniyle on iki günlük istirahat raporu alan bağımlı çalışan sigortalı, on günlük geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacakken; aynı ya da başka bağımlı çalışan sigortalı meslek hastalığı nedeniyle on iki günlük istirahat raporu alırsa, on iki günlük geçici iş göremezlik ödeneğine sahip olacaktır⁹⁸³. Yukarıda da açıklandığı üzere, hastalık sigortası, tıbbi bakım ve tedavi gerektiren tüm bedensel ve ruhsal bozuklukları –nedenleri ve türleri ne olursa olsun-

⁹⁸⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 401; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 92; Uşan, 188,189; Çenberci, 289.

⁹⁸¹ Ayrıca bkz. SSIY m. 39, KVSUKUT m. 15.

⁹⁸² SSIY m. 40/X hükmü gereğince, sigortalının, geçici iş göremezlik ödeneği almasına esas istirahat raporu süresi içinde, sigortalılık hâlinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde istirahat süresince geçici iş göremezlik ödeneği ödenmeye devam edilir.

⁹⁸³ Güze/Okur/Caniklioğlu, 403. Belirtmek gerekir ki, 506 sayılı Kanunun ilk halinde 37/I hükmü uyarınca, geçici iş göremezlik ödeneği 18 ayı geçmemek üzere verilebilecekti. Bu düzenlemenin isabetli olmadığı haklı olarak belirtilmişti, bkz. Tunçomağ, 317. Daha sonra AYM 17.01.1991 tarihli kararı ile “18 aya kadar” ifadesini iptal etmiştir. Buna dayanarak ödeneğin herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın verilebileceği ileri sürülmüştü, bkz. Ul, 22. Ancak 506 sayılı Kanunun 37. maddesi, 34. madde hükmüne yollama yaptığı için bu sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı da ileri sürülmüştü, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 404. Bununla beraber AYM daha sonra 37. madde hükmünde yer alan “18 ayı geçmemek üzere” ifadesini de iptal etmiştir, bkz. AYM., 17.11.1998, 1998/35-70, RG. 15.01.2003, 24994. DMK m. 105 hükmünde, memura özlük hakları korunarak hastalığın niteliğine göre 12 ile 18 aya kadar izin verileceği, izin süresinin sonunda, hastalığının devam ettiği resmî sağlık kurulu raporu ile tespit edilen memurun izninin ise, belirtilen süreler kadar uzatılacağı ve bu sürenin sonunda da iyileşemeyen memur hakkında emeklilik hükümleri uygulanacağı öngörülmüştür (DMK m.105). Her ne kadar özlük haklarının verilmesinin süreyle sınırlandırılması nedeniyle memurlar aleyhine düzenleme olduğu düşünülebilirse de, memurlara aynı hastalık nedeniyle belirtilen süre sonunda iyileşememelerine bağlı olarak malullük aylığının bağlanması öngörüldüğünden, aleyhe düzenlemeden bahsetmek mümkün değildir.

kapsama almaktadır⁹⁸⁴. İş kazası ve meslek hastalığı ise, daha belirgin rahatsızlıkları dikkate aldığından daha dar kapsamlıdır. Hastalık sigortasının kapsamının belirtildiği şekilde geniş tutulması nedeniyle, sigortalılar basit bir soğuk algınlığına bağlı olarak dahi rapor alabilirler. Nitekim, işletmelerde rahatsızlığa dayalı kısa süreli devamsızlıkların oldukça yaygın olduğu bilinmektedir. Düzenleme ile sigortalıları olası devamsızlık eğilimlerinden caydırmak mümkündür⁹⁸⁵. Kurumu önemsiz sayılabilecek rahatsızlıklar nedeniyle ödeme yükümlülüğü altında tutmak ise, daha önemli nitelikteki sosyal sigorta yardımlarının sağlanmasını zorlaştırır. Dolayısıyla, tespit edilen farklılık isabetlidir.

3. Belirli Bir Süre Prim Bildirilmiş Olması

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi veya 5. maddesi kapsamında olan sigortalının hasta olması ve bu nedenle en az üç gün dinlenmesini öngören istirahat raporu alması, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması için yeterli değildir. Bundan başka, rahatsızlığını belgeleyen sigortalının (m.4/I,(a) veya m. 5) adına belirli miktarda prim *bildirilmiş* olmalıdır. Daha net bir ifadeyle, yukarıda açıklanan şartlardan başka, m.18/I,(b) hükmü gereğince geçici iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde⁹⁸⁶ en az 90 gün kısa vadeli sigorta priminin de bildirilmiş olması zorunludur⁹⁸⁷. Görüldüğü üzere, primlerin ödenmiş olması değil, *bildirilmesi* önemlidir. Buna göre, sigortalıya verilecek ödenek için primlerin ödeneceği hususunda bildirim yapılması yeterlidir⁹⁸⁸.

Hatırlanacağı üzere, iş kazasının ya da meslek hastalığının söz konusu olduğu durumlarda, geçici iş göremezlik ödeneğinin verilebilmesi için benzer herhangi bir şart

⁹⁸⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 400; Alper, Sosyal Sigortalar, 203; Korkusuz/Uğur, 321.

⁹⁸⁵ Sözer, Sosyal Sigortalar, 211.

⁹⁸⁶ Bir yıllık sürenin hesaplanmasında dikkate alınmayacak süreler 5510 sayılı Kanunun “Kısa Vadeli Sigorta Kollarında Dikkate Alınmayan Süreler” başlıklı 24. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre “a) Herhangi bir sebeple silah atkına alınan sigortalının askerlikte geçen hizmet süresi, b) Hükümlülükle sonuçlanmayan tutuklulukta geçen süre, c) İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortalılarından geçici iş göremezlik ödeneği alan sigortalının iş göremediği süre, d) Sigortalının greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde geçen süre” bir yılın hesabında dikkate alınmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu madde sadece hastalık sigortası kapsamında söz konusu olan bir yılın hesabında uygulama alanı bulmayacak, genel olarak kısa vadeli sigorta kollarında dikkate alınmayan sürenin tespitinde uygulama alanı bulacaktır. Anılan maddenin (d) bendinin sadece bağımlı çalışanlar için uygulamasının mümkün olacağı ortadadır.

⁹⁸⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 400; Tuncay/Ekmekçi, 296; Şakar, 245; Alper, 114; Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 92; Uşan, 189; Aslanköylü, SSK Yorumu, 435.

⁹⁸⁸ Sözer, Sosyal Sigortalar, 211; Alper, Sosyal Sigortalar, 206; Korkusuz/Uğur, 323.

öngörülmemiştir. Böylece, aranan şartlar bakımından sosyal risk temelinde farklılık yaratılmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, sosyal riskler farklı olsa da kişi üzerinde doğurduğu sonuçlar aynı ya da benzer olabilir⁹⁸⁹. Örneğin, aynı işyerinde çalışan iki sigortalıdan biri meslek hastalığına yakalansa ve on günlük istirahat raporu alsa, adına hiç prim bildirilmemiş dahi olsa on günlük geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanır. Aynı işyerinde çalışan ve aynı hukuki statüde (m.4/I,(a)) olan diğer sigortalı hastalansa ve on günlük rapor alsa, kendisinin sekiz günlük ödeneğe hak kazanabilmesi için geçici iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde adına en az 90 gün kısa vadeli sigorta primimin bildirilmiş olması gerekir. Bu noktada sosyal risk esas alınarak yapılan farklılığın haklı nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.

Sigorta yardımlarının bazılarının şarta bağlanması Kurumunun finansmanının sağlanması açısından önemli ve gereklidir. Kurumun temel finansman kaynağının primler olduğu düşünüldüğünde benzer şartların aranmaması, Kurumu, dolayısıyla yardım yapılması gereken sigortalıları zor durumda bırakır. Kanımızca, prim ödeme şartının hastalık sigortası için getirilmesi de isabetlidir. İş kazasının ani özellik taşıması ya da sigortalının çok fazla çalışmadan meslek hastalığı nedeniyle iş göremez duruma düşmesi muhtemeldir. Bu şekilde çok çalışmamış olan sigortalı için prim ödeme yönünde şartın öngörülmesi, bir çok sigortalıyı ödenekten mahrum bırakmak anlamına gelirdi.

506 sayılı Kanunda hastalık sigortası çerçevesinde ödeneğe hak kazanabilmek için 120 gün prim ödenmesi gerekiyordu⁹⁹⁰. Bahsi geçen Kanunun yürürlükte olduğu dönemde prim ödenmiş olma şartının aynı işyerinde tamamlanması gerekip gerekmediği konusunda ise tartışma bulunmaktaydı. Benzer düzenlemenin yürürlükteki Kanunda da yer alması nedeniyle, aynı tartışmanın devam edeceği ortadadır. Dolayısıyla, yürürlükteki düzenleme açısından 90 gün prim bildirilmiş olma koşulunun aynı işyerinde tamamlanmamsın zorunlu olup olmadığının belirlenmesi önemlidir.

Sorunun esasen eşitlik ilkesinden hareketle de çözülebileceği kanısındayız. 506 sayılı Kanunun yürürlük döneminde ileri sürülen bir görüş, 120 günlük primin aynı işyerinde

⁹⁸⁹ Ayrıca bkz. §5, I, 2, b.

⁹⁹⁰ Hastalık sigortasından yararlanma koşullarının 506 s. K ile kıyaslanmalı değerlendirilmesi için bkz. **Ertürk**, 123.

çalışırken ödenmesinin gerekli olduğunu⁹⁹¹; diğer görüş ise, bir yıllık sürenin aynı işverene ait işyerinde geçirilmiş olmasının gerekli olmadığını savunmaktaydı⁹⁹².

İlk görüş uyarınca, bir çok işyerinde çalışan, fakat hiçbirinde 120 gün prim ödememiş olan sigortalı geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamaz. Bu görüş, sadece aynı işyerinde 120 gün prim ödeyen sigortalının ödenekten yararlanabileceğini kabul etmektedir. Söz konusu görüşün benimsenmesi, toplam 120 gün (yürürlükteki kanun gereğince 90 gün) primi farklı işyerlerinde çalışarak ödeyenle/bildirenle, aynı işyerinde çalışarak ödeyen/bildiren arasında ödeneğe hak kazanma açısından haklı olmayan farklılık yaratılmasına sebebiyet verir.

İkinci görüş tarafından da ileri sürüldüğü üzere, prim ödeme koşulu geçici iş göremezlik ödeneği veren Kurum açısından düşünüldüğünden, primin sigortalı adına hangi işveren tarafından olursa olsun ödenmiş (veya bildirilmiş) olması yeterlidir⁹⁹³. Yukarıda belirttiğimiz gibi, prim ödeme/bildirme şartının öngörülmesi Kurumun finansman kaynağının sağlanması açısından önemlidir. Farklı işyerlerinde çalışmış olan bir kimse de, toplam 90 gün ya da daha fazla prim ödeyerek amaç doğrultusunda finansmana katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla, sırf farklı işyerlerinde çalıştığı için toplam 90 gün prim ödeyen bir kimseyi, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlandırmamanın haklı görülür bir yanı yoktur.

III. Ödeneğin Miktarının Tespitinde Getirilen Farklılık

İş kazası ve meslek hastalığı halinde olduğu gibi, hastalık halinde sigortalıya ödenecek bir günlük geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarı, tabi olunan hukuki statüye göre değil, tedavi şekline göre değişkenlik gösterir. 5510 sayılı Kanunun 18. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre ödeneğin miktarı, yatarak tedavilerde 17 inci maddeye göre hesaplanacak günlük kazancın yarısı, ayakta tedavilerde ise üçte ikisidir. Bu hususun eşitlik ilkesine aykırı olduğu yukarıda belirtilmişti. Tekrara sebebiyet vermemek için, yukarıdaki görüşlerimize atıf yapmakla yetiniyoruz⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ Tunçomağ, 307-308.

⁹⁹² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 402; Çenberci, 284.

⁹⁹³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 402.

⁹⁹⁴ bkz. §7, II, 1, c.

Günlük kazanç, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasında olduğu gibi Kanunun 17. maddesinin atıfta bulunduğu 80. maddeye göre hesaplanır. Aynı şekilde, günlük kazançlar açısından dikkate alınacak sınırlarda 82. madde hükmü, iş kazası ve meslek hastalığında olduğu gibi dikkate alınır⁹⁹⁵.

Devlet memurları ve kamu görevlileri kısa vadeli sigorta hükümleri kapsamında olmadığından, bunlara hastalık sigortasına ilişkin hükümler uygulanamaz. 657 sayılı Kanunda memurların hastalığına ilişkin izin süreleri ve bu sürelerdeki hakları düzenlenmiştir. Devlet memurları ve kamu görevlilerinin hastalanması durumunda – hastalığa bağlı izinli oldukları süre için- *özlük haklarının tamamen koruması* söz konusudur (DMK m.105). Dolayısıyla, bunlar maaşlarının tamamını alabilecekleri için ayrıca ödenek öngörülmesine gerek kalmamıştır⁹⁹⁶.

İşçiler bakımından ise, aylık maktu ücretle çalışıp çalışmamalarına göre farklı ücretin tamamının ya da sadece ödeneğin verilmesi mümkündür. İş Kanunu m.48 ve m.49 hükümlerinde aylık maktu ücretle çalışanlar için öngörülen geçici iş göremezlik ödeneği ve ücret arasındaki farkın işverence ödeneceğine ilişkin düzenleme ya da kararlaştırmalar ile işçilerin de ücretlerin tamamını alabilmesi öngörülmüştür⁹⁹⁷. Söz konusu durum, sadece aylık maktu ücretle çalışan işçiler için geçerlidir. Bunun dışındaki durumlarda işverence ödeme yapılması zorunlu değildir. Farklı bir ifadeyle, değişen aylık alan işçilerin ücretlerinin hastalık vb. hallerde tam olarak verilmesi söz konusu değildir⁹⁹⁸.

DMK m. 105 hükmü esas alındığında, herhangi bir ayırım yapılmadan memurların tamamı için hastalıkları halinde maaşlarının ödenmesinin söz konusu olduğu, İş

⁹⁹⁵ Güzel/Okur/Caniklioglu, 403; Alper, Sosyal Sigortalar, 208.

⁹⁹⁶ Sözer, Sosyal sigortalar, 208.

⁹⁹⁷ Güzel/Okur/Caniklioglu, 344; Caniklioglu, Yeni Mevzuat, 76.

⁹⁹⁸ Sözer, Sosyal Sigortalar, 208. Konuya ilişkin verilmiş olan Yargıtay kararında, “Davacı dava dilekçesinde, raporlu olduğu sırada Sosyal Sigortalar Kurumundan aldığı ödenekten daha fazla ücret aldığı takdirde bu ücretinin ödenmesi gerektiğini, geçici iş göremezlik ödeneğinin ise işverene verileceği belirterek raporlu olduğu sırada ödenmeyen ücret fark isteminde bulunmuştur. 4857 sayılı İş Yasasının 48/2, işyerinin bu konudaki yönetmeliğinin 2/A maddesine göre mahkemece yapılacak iş; öncelikle davacının SSK’dan aldığı geçici iş göremezlik ödeneğini işverene ödeyip ödemediğini belirlemekten ibarettir. Davacı SSK’dan aldığı bu ödeneği işverene ödemiş ise şimdiki gibi ücret alacağınına tamamına hükmedilecek ancak davacı anılan ödeneği işverene geri ödemiş ise sadece alması gereken ücret ile SSK’dan aldığı ödeneğin farkına karar vermesi gerekecektir.” şeklindeki ifadelere yer verilmiştir. Karara konu olayda işçi raporludur ve ücret fark alacağını talep etmiştir. Görüldüğü üzere, Yargıtay, davacının ödenek alması halinde aradaki farkın işverence tamamlanması gerektiği, eğer aldığı ödeneği işverene vermiş ise, bu durumda da ücretin tamamının işverence karşılanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Y. 9. HD., 19.09.2008 t., E. 21681, K. 24150, karar için bkz. www.legalbank.net

Kanunu'nun bahsi geçen hükümleri esas alındığında ise sadece aylık maktu ücretle çalışanlar açısından ücretin tamamının ödenmesi gerektiği görülmektedir. Dolayısıyla, devlet memurlarının ve aylık maktu ücretle çalışanların değişen aylık alan işçi ve bağımsız çalışanlara göre çok daha ayrıcalıklı konumda tutulduğu iddia edilebilir. Yukarıda ulaştığımız görüş çerçevesinde ifade etmek gerekir ki, devlet memurlarının bu hakları kendilerine devlet tarafından işveren sıfatıyla sağlanmaktadır⁹⁹⁹. Bu haklar 5510 sayılı Kanun kapsamında ödenen primlerin karşılığı olarak Kurumca verilmemektedir. Aynı şekilde kanun koyucu, İş Kanunu çerçevesinde aylık maktu ücretle işçilerin ücretlerinin tamamını ödemesi konusunda işverenleri sorumlu tutmuştur. Bu düzenlemelerin kanun koyucunun takdir hakkı içinde değerlendirilmesi gerektiği birinci bölümde ifade edilmiştir.

IV. Sürekli İş Göremezlik Gelirinin Hastalık Sigortası Kapsamında Öngörülmemesinin Değerlendirilmesi

Hastalık sigortasından öngörülen parasal yardım yukarıda da belirtildiği üzere sadece geçici iş göremezlik ödeneğidir. Bu sigorta kolundan, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından farklı olarak, sürekli iş göremezlik gelirinin verilmesi öngörülmemiştir (5510 s. K. m. 16). Bu durumun, farklı sosyal risklere maruz kalan sigortalılar arasında eşitsizliğe yol açıp açmayacağının belirlenmesi gerekir. Burada eşitlik ilkesi açısından incelenecek olan hukuki statü temelindeki ayrım değil, sosyal risk temelindeki ayrımdır. Benimsediğimiz anlayış çerçevesinde, sigortalıların farklı risklere maruz kalmaları nedeniyle aynı ya da benzer durumda olmadıkları ve bu nedenle eşitlik açısından değerlendiremeyecekleri savunulamaz. Yukarıda da yeri geldikince vurgulandığı üzere, riskin sigortalı üzerinde yarattığı etki dikkate alınarak kişilerin benzer ya da aynı durumda oldukları sonucuna varılmalıdır¹⁰⁰⁰. Ayrıca 5510 sayılı Kanunda iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile hastalık sigortası kapsamında sigorta yardımlarına hak kazanmak için farklı sigorta prim oranları benimsenmemiştir. Bu durum da kıyaslanmayı gerekli kılmaktadır.

⁹⁹⁹ bkz. §6, III.

¹⁰⁰⁰ bkz. §5, I, 2, b.

Yürürlükteki düzenlemede iş kazası geçiren m.4/I,(a) ya da m.4/I,(b) kapsamındaki sigortalı meslekte kazanma gücü kaybı oranına göre sürekli iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilecekken, aynı sigortalı hastalık halinde gelir alamayacaktır. 5510 sayılı Kanunun 15. maddesinin birinci fıkrasında hastalık hali “...iş göremezliğe neden olan rahatsızlıklar...” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰⁰¹. Dikkat edilirse, hastalığın iş göremezliğe neden olabileceği kanun koyucunun da kabulündedir. Belirtmek gerekir ki, Kanunda da ifade edilen iş göremezlik hali hastalığın etkisine göre geçici olabileceği gibi, sürekli de olabilir. Hiç kuşku yok ki, hastalık riskinin getireceği sürekli iş göremezlik hali, iş kazası ya da meslek hastalığının neden olabileceği iş göremezlik halinden daha önemsiz değildir. Sigortalı, hastalık sosyal riskine bağlı olarak meslekte kazanma gücünü en az %10 ya da daha fazla oranda yitirebilir.

İki sosyal sigorta, kapsadığı riskin yaratacağı etki ve bunlar için ödenmesi gereken prim bakımından benzer olmasına rağmen, kanun koyucunun hastalık sigortası kapsamında aynı yardımı öngörmemesi eşitlik ilkesine aykırı değildir. Sürekli iş göremezlik geliri, iş kazası ve meslek hastalığına özgü bir yardım olup, kanun koyucu takdir yetkisi sınırları içinde kalarak bunu sadece anılan sigortaya özgülemiştir. Hastalık sigortasından da böyle bir yardım öngörülse fakat yararlanacakların kapsamı farklı belirlenseydi, bu durumda yaratılan farklılık eşitlik ilkesine aykırı olurdu. Kaldı ki, hastalık sigortası kapsamında sürekli iş göremezlik ödeneği öngörülmemiş olsa bile, meslek hastalığı dışında herhangi bir hastalığa yakalanan ve hastalığı sürekli biçimde devam edenler tamamen korumanın kapsamı dışında da bırakılmamıştır. Zira m.4/I,(a) kapsamındaki bir sigortalı rahatsızlığı nedeniyle hekim raporuyla iki kez onar gün, daha sonra da sağlık kurulu raporu ile altı aya kadar istirahat raporu alabilir ve bu süre boyunca çalışamamasına bağlı olarak geçici iş görmezlik ödeneği alır. Tekrar rapor alınması gerektiğinde ve bu durumda heyet tarafından rahatsızlığın kalıcı olduğuna karar verildiğinde ise, maluliyet sigortası hükümleri uygulanır¹⁰⁰². Dolayısıyla, ödenek verilmesi süreklilik arz etmese de, sigortalı malullük sigortası kapsamında sigorta

¹⁰⁰¹ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hastalık kavramının geçici iş göremezliğe neden olan rahatsızlıklar olarak tanımlanmasına rağmen, bununla çelişen düzenlemeler yapılmıştır. Sürekli iş göremezlik gelirinin kabul edilmemesi, hastalık kavramının tanımıyla çelişki göstermektedir. Hatırlanacağı üzere, bağımsız çalışanlar bakımından ödeneğin kabul edilmemiş olması ve iş göremez duruma düşmeyen sigortalıya da genel sağlık sigortası kapsamında yardımların yapılabilir olması, maddedeki ifadeyle çelişki gösteren diğer hususlar olarak belirtilmiştir.

¹⁰⁰² Sözer, Sosyal sigortalar, 212.

yardımlarından yararlanır. Bağımsız çalışan sigortalılar için ise hastalık sigortası kapsamında ödenek kabul edilmediğinden, şartların varlığı halinde malullük sigortası hükümleri uygulanır.

§ 9. Analık Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi

I. Genel Olarak

Analık hali de iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık gibi sosyal riskler arasında yer alır. Söz konusu risk doğum öncesi, doğum sırası ve doğum sonrası gelir ve gider kaybına neden olur. Başka bir deyişle, belirtilen dönemlerde (doğum öncesi, doğum sırası, doğum sonrası) oluşacak olan rahatsızlıklar ve özürlülük durumları sigortalının çalışmasına engel olacağından bu durum gelir kaybına, tedavi masrafları da gider kaybına yol açar¹⁰⁰³.

İncelediğimiz diğer sigorta kollarında riskin yaratacağı etkiye göre sigortalının çalışıp çalışmaması bir olasılık dahilinde olup kesin değildir. Buna mukabil, kişinin doğum öncesi ve doğum sonrası çalışmayacağı günlerin olacağı kesindir. Daha farklı bir ifadeyle, analık halinde kişinin çalışmaması bir olasılık olmayıp, adeta tıbbi zorunluluktur. Tıbbi zorunluluk dikkate alınarak, bu durum aynı zamanda yasal zorunluluk haline getirilmiş ve çalışma yasakları konulmuştur¹⁰⁰⁴.

İş Kanunu kapsamındaki sigortalılar için, hamile kadının belirli süre çalışmaması yasal bir zorunluluktur. Farklı bir ifadeyle, gebeliğin belirli dönemi için kadın işçi açısından çalışma yasağı bulunmaktadır. Gerçekten, İş Kanunu'nun 74. maddesine göre "*kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta eklenir. Ancak sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası*

¹⁰⁰³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 410; Tunçomağ, 323; Korkusuz/Uğur, 324; Uşan, 189; Çenberci, 320; Ozanoğlu, 3 vd.

¹⁰⁰⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 413.

süreye eklenir”¹⁰⁰⁵. Öngörülen izin gün sayısı bakımından aynı düzenlemenin varlığı DMK m. 104 hükmünde de devlet memurları için söz konusudur. Farklı bir ifadeyle, devlet memurları açısından da aynı süre boyunca çalışmak yasaktır. Basın İş Kanunu’nun 17. maddesine göre de, hamileliğin yedinci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar çalışma yasağı öngörülmüştür. Farklı ifade edilmiş olsa da kabul edilen çalışma yasağı süresi, İş Kanunu ve DMK’da öngörülen ile aynı olup 16 (8+8) haftadır. Aynı konuda, hukuksal statü ayrımı yapılamadan aynı düzenlemelerin kabul edilmesi eşitlik ilkesi bakımından isabetlidir.

Önemle vurgulamak gerekir ki, DMK’da izin sadece sigortalı kadın memur için öngörülmemiştir. Doğum yapan kadın memurun eşi için bazı durumlar açısından izin hakkı tanınmıştır. Buna göre, doğumda veya doğum sonrasında analık izni kullanılırken annenin ölümü hâlinde, isteği üzerine memur olan babaya anne için öngörülen süre kadar izin verilir (DMK m.104/A, son cümle). Bundan başka, eşinin doğum yapması hâlinde, isteği üzerine on gün ücretli babalık izni de öngörülmüştür (DMK m.104/B). Babanın eşe tanınan aylıksız izin hakkından yararlanması da mümkündür. Gerçekten DMK m.108/B hükmünde, “...eşi doğum yapan memura ise, doğum tarihinden itibaren istekleri üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir.” düzenlemesiyle, erkek memura bu hakkın sağlanacağı kabul edilmiştir.

5510 sayılı Kanun -506 sayılı Kanunda ve DMK’da memurlar için olduğu şekilde-analılık haline ilişkin döneme kayıtsız kalmamış ve analık halinin belirli dönemleri için ekonomik güvence getirmeyi amaçlamıştır¹⁰⁰⁶. Analık haline ilişkin ekonomik güvence getirilmesiyle ananın korunması kadar, çocuğun korunması da hedeflenmektedir¹⁰⁰⁷. Söz konusu bu yaklaşım, küçüklerin ve kadınların özel olarak korunması gerektiğini hükme bağlayan Anayasamızın 50. maddesine ve uluslararası hukuk belgelerine uygundur.

¹⁰⁰⁵ Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin (RG. 14.07.2004 t., S. 25522) analık izni başlıklı 11. maddesinde benzer düzenleme yer almaktadır.

¹⁰⁰⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 411; Tunçomağ, 323; Çenberci, 320.

¹⁰⁰⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 411; Tunçomağ, 324; Korkusuz/Uğur, 324; Senyen-Kaplan, 709.

Analık hali ortaya çıktığında, belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak, Kurum Kanunda sayılan sigorta yardımlarını yerine getirmekle yükümlü olur¹⁰⁰⁸. Analık sigortasından yapılacak parasal yardımlar, iş kazası ve meslek hatalığı ile hastalık sigortasında olduğu gibi kısa vadeli sigorta hükümleri kapsamında düzenlenmiştir. Bu hükümler kapsamında analık sigortasından belirli koşullar altında geçici iş göremezlik ödeneği (m.16,18) ve emzirme ödeneği (m.16/III) yardımlarının yapılacağı öngörülmüştür¹⁰⁰⁹.

Sigortalıya analık sigortasından, belirtilen yardımların sağlanması doğumun meydana geldiği tarihe ve yapılacak yardımın türüne (geçici iş göremezlik veya emzirme ödeneği) göre farklı koşullara bağlanmıştır. DMK'da ise, memurların analık izinde olduğu dönemde aylıklı izinde olduğu kabul edilmiştir. Aşağıda, kanun koyucu tarafından yaratılan farklılıkların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı değerlendirilecektir.

II. Geçici İş Göremezlik Ödeneği

1. Ödeneğe Hak Kazanma Koşulları

a) Ön Koşullar: Analık Hali ve Belirli Kapsamda Sigortalı Olması

aa) Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Analık Hali

Ödeneğe hak kazanabilmek için öncelikle analık hali ortaya çıkmalıdır. Analık hali, 5510 sayılı Kanunun 15. maddesinin ikinci fıkrasında “4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri” şeklinde

¹⁰⁰⁸ Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 94.

¹⁰⁰⁹ 506 sayılı Kanunda yer alan maktu gebelik ve doğum yardımları, 5510 sayılı Kanunda yer almamıştır. Düzenleme ülkemiz koşullarında her yerde analık nedeniyle gebelik ve doğum sağlık hizmeti verilebildiği için ve maktu gebelik ile doğum yardımlarının sigortalıların yapmış oldukları sağlık harcamalarının karşılığından oldukça uzak olduğu için isabetli bulunmuştur, bkz. Caniklioğlu, Yeni Mevzuat, 94.

tanımlanmıştır¹⁰¹⁰. Görüldüğü üzere, analık hali, gebeliğin başladığı tarihten itibaren, doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık (çoğul gebelik halinde on haftalık) süreye ilişkin olarak kabul edilmiştir¹⁰¹¹. “Analık hali”, yukarıda bahsi geçen Kanunlarda söz konusu olan “analık izin süreleri”nden daha fazla olacak biçimde düzenlenmiştir.

Analık halinin tanımlandığı 5510 sayılı Kanunun 15. madde hükmü incelendiğinde, “analık halinin” kabul edildiği kişiler açısından hukuki statü temelinde herhangi bir fark yaratılmadığı şeklinde sonuç çıkmaktadır. Ancak ayırım, ek 5. maddede iş sözleşmesiyle tarım işinde süresiz çalışanlar açısından yapılmıştır. Zira anılan maddeye göre, belirtilen şekilde çalışanlar kısa vadeli sigorta kolları kapsamında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabilirler. Buna mukabil, kamu sektöründe çalışan tarım işçileri ve özel sektörde sürekli çalışan tarım işçileri analık sigortası kapsamındadır. Bu ayırımın haklı nedeni bulunmamaktadır.

Analık halinin evlilik içi ilişkiden meydana gelmesinin şart koşulmamış olması¹⁰¹² eşitlik ilkesine uygunluğun sağlanması açısından yerinde olmuştur. Aynı şekilde tüp bebek yöntemi ile gerçekleşen doğumlar da analık sigortası kapsamında değerlendirilebilir¹⁰¹³. Diğer taraftan, analık hali doğum öncesi ve sonrası dönem ile ilişkilendirildiğinden bebeğin evlat edinilmesi, sigortalı kadına analık sigortası yardımlarından yararlanma hakkı vermez¹⁰¹⁴. Aynı şekilde, bunların 4857 ya da 657 sayılı Kanunlar uyarınca analık izni de söz konusu olmaz. Oysa, yukarıda da ifade edildiği üzere, analık hali sadece ana için değil, çocuk için de kabul edilmiştir. Yeni doğan bebek gibi, evlat edinilmiş bebeklerin de bakımı için belirli dönemin geçmesi gerekir. Bu süreçte emzirme söz konusu olmayacaksa da, bebeğin her türlü bakımı için ayracağı zaman yönünden evlat edinen kadın işçiye de analık izni hakkı tanınmasına

¹⁰¹⁰ Analık sigortasına ilişkin açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 410 vd.; **Şakar**, 249 vd.; **Caniklioğlu**, Yeni Mevzuat, 94; **Alper**, Sosyal Sigortalar, 203 vd.; **Korkusuz/Uğur**, 324 vd.; **Canbolat**, Sigorta Hükümleri, 29; **Uşan**, 189; **Aslanköylü**, SSK Yorumu, 453.

¹⁰¹¹ Öğretide, 5510 sayılı Kanunda analık hali gebelik, doğum ve lohusalık olmak üzere üç dönemi kapsadığını belirtilmiştir, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 302. 506 sayılı Kanun döneminde, hamilelik döneminin, gebelik durumunun tespit edildiği andan başlayarak çocuğun doğum anına kadar geçen süre olduğu; analık döneminin ise, çocuğun doğumdan başlayarak kadının lohusalık ve emzirme dönemleriyle, çocuğun büyütülmesi ve bakımı için geçen süreleri kapsayan dönem olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre hamilelik, analıktan ayrı bir dönemi oluşturur. bkz. **Senyen-Kaplan**, 713. İş Kanunu’ndaki analık izninin kesintili olmakla birlikte hamileliğin başlangıcından itibaren süt izni dahil yaklaşık 9 aylık süreyi kapsadığı; 5510 sayılı Kanunda ise, analık halinin hamileliğin başlangıcından itibaren kesintisiz olarak 11 ayı kapsadığı belirtilmiştir, bkz. **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 220.

¹⁰¹² **Tuncay/Ekmekçi**, 303; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 217.

¹⁰¹³ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 217.

¹⁰¹⁴ **Saraç**, 1882.

ilişkin hükme yer verilmesi gerektiği öğretide haklı olarak savunulmuştur¹⁰¹⁵. Nitekim, 03.06.1996 tarihli 96/34 Sayılı AB Konseyi Yönergesi'nin 2. maddesinde, bir çocuğun evlat edinilmesi halinde onun bakımı için kadın ve erkek işçinin 3'er aylık izin hakkı olduğu kabul edilmiştir. Daha sonra 08.03.2010 tarihli 2010/18 Sayılı AB konseyi Yönergesi ile söz konusu üç aylık izin süresi, dört aya yükseltilmiştir¹⁰¹⁶.

AB hukukunda benimsenen anlayışa da uygun olarak, analık hali ve buna bağlı olarak analık izninin evlat edinen kadın bakımından öngörülmesi yerinde olacaksa da, bunlar için doğum yapan kadının yaptığı masrafların bir bölümünün gerçekleşmeyeceği de kesindir. Dolayısıyla, yapılan masraf bakımından doğum yapan kadın ile evlat edinen aynı durumda olmadığından, bunların eşitlik ilkesi açısından da karşılaştırmaları mümkün değildir. Sonuç olarak, ödeneğin aynı miktarda verilmesinin de gerekli olmadığı haklı olarak ileri sürülebilir. Ancak bunların da izinli sayılması durumunda, maktu aylıklı çalışan işçiler olmadığı sürece gelirlerinde kayıp olacaktır. Bu bakımdan ödeneğin, doğum yapan sigortalılarla aynı olmasa bile belirli miktarla sınırlı olarak kabul edilmesi, isabet taşıyacaktır.

5510 sayılı Kanundaki düzenlemeye göre, analık halinin söz konusu olabileceği kişiler iki ana grup ve dört alt grup altında tasnif edilebilir. Buna göre ana grup, aktif ve pasif sigortalılar olarak oluşturulabilir. Aktif ve pasif sigortalılar arasında fark yaratılmamıştır. Bunların altında ise, dört alt grup oluşturulmuştur. Sigortalı kadın (aktif asıl sigortalı), sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşi (aktif bağlı sigortalı), kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadın (pasif asıl sigortalı) ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşi (pasif bağlı sigortalı), analık halinden yararlanabilecek kişiler olarak sayılmıştır. Böylece, analık hali sadece aktif sigortalı olan kadınların kendisi ve erkeklerin sigortalı olmayan eşleri için değil, ayrıca pasif sigortalı olan kadınların kendisi ve erkeklerin sigortalı olmayan eşleri için de kabul edilmiştir¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁵ Saraç, 1882.

¹⁰¹⁶ Saraç, 1883.

¹⁰¹⁷ Sözer, Sosyal Sigortalar, 216.

bb) Belirli Kapsamda Sigortalı Olma

Analık haline bağılı olarak hak edilebilecek geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanacak olanlar, analık halinin öngöröldüğü söz konusu kişilerin tamamı bakımından kabul edilmemiştir. Gerçekten, geçici iş göremezlik ödeneğinin düzenlendiğı 18. maddenin birinci fıkrası gereğince, ödenekten yararlanabilmek için kişi m.4/I,(a) ve (b), 1, 2, 4 kapsamında sigortalı olmalıdır¹⁰¹⁸. Bu düzenleme uyarınca, iş sözleşmesine göre çalışanlar (m.4/I,a) yanında, köy ve mahalle muhtarları (m.4/I,b), bağımsız çalışanlardan ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar (m.4/I,b,1), gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olanlar (m.4/I,b,2), tarımsal faaliyette bulunanlar (m.4/I, b,4) -aşağıda değinilecek olan diğerk koşulların sağlanması halinde- ödenek alabilirler¹⁰¹⁹.

Yürürlükteki düzenleme ile bağımlı ve bağımsız çalışan kadınlar arasında kural olarak fark yaratılmaması, her iki kapsamdaki sigortalıların geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilecek olması eşitlik ilkesi açısından yerinde olmuştur. Buna mukabil, bağımsız çalışanların hepsi değil, bir kısmı kapsama alınmıştır¹⁰²⁰. Gerçekten, m.4/I,(b),(3) gereğince sigortalı sayılan anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğerk şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları analık sigortasından yararlanamaz¹⁰²¹. Aynı şekilde, m.4/I,(b) kapsamında sigortalı sayılan At Yarışları Hakkında Kanun hükümlerine tabi jokey ve antrenörler için böyle bir uygulama söz konusu değildir¹⁰²². Bundan başka ek 5. madde uyarınca sigortalı olanlar kapsam dışı bırakılmıştır.

Benimsenen bu anlayış ile aynı hukuki statüye dahil olanlar arasında, aynı sigorta kolundan öngörölen aynı sigorta yardımdan yararlanma açısından fark yaratılmıştır. Eşitlik ilkesi bakımından kıyaslanabilir durum söz konusu olduğundan farklılığın haklılaştırılması gerekir. Kadın şirket ortaklarının kapsam dışı bırakılma nedeninin, onların şirket yapısı içinde analık nedeniyle herhangi bir gelir kaybına uğramadıkları

¹⁰¹⁸ İfade etmek gerekir ki, 506 sayılı Kanunda analık sigortası düzenlenmiş olmasına rağmen, 1479, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlarda konuya ilişkin hüküm bulunmamaktaydı. Aşağıda ifade edileceğı üzere, yürürlükteki düzenleme ile tarım işinde süresiz çalışan tarım işçileri hariç, bütün sigortalılar kural olarak kapsama alınmıştır.

¹⁰¹⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 413; Şakar, 250; Tuncay/Ekmekçi, 305; Alper, Sosyal Sigortalar, 205; Uşan, 190.

¹⁰²⁰ Uşan, 190.

¹⁰²¹ Uşan, 190; Tuncay/Ekmekçi, 305.

¹⁰²² Uşan, 190.

veya uğrasalar bile kaybın dikkate değer olmadığı varsayımına dayandığı öğretide ileri sürülmektedir¹⁰²³. Yukarıda da hastalık sigortasından sağlanan ödenek için de belirtildiği üzere, olması gereken hepsinin kapsama alınmasıdır¹⁰²⁴. Diğer taraftan, gelir düzeyi dikkate alınarak mutlaka bir ayırım yapılacaksa, hukuki statü dikkate alınmaksızın bu ölçüt bütün sigortalılar açısından gözetilmelidir. Farklı bir ifadeyle, gelir düzeyinin dikkate alınması yönünde getirilen ölçütün sadece bağımsız çalışanlara uygulanması, bağımlı çalışanlara uygulanmaması adil değildir. Zira maktu aylıkla çalışan ve üst düzey yönetici olması nedeniyle önemli sayılabilecek derecede ücret gelirini haiz olan kadın sigortalılar da vardır. Aşağıda değinileceği üzere, bunların ödenekleri Kurum tarafından verilmekte ve ücretleri ile ödenekleri arasındaki fark da işverenlerince karşılanmakta, hiç ödenek verilmese bile İş Kanununun ilgili hükümleri gereğince ücretlerini almaya devam etmektedirler. Bu kriteri, sadece şirket ortakları için ayırımı haklı kılan objektif neden olarak kabul etmek doğru olmaz. Keza At Yarışları Kanun hükümlerine tabi jokey ve antrenörler, gelir düzeyi bakımından iyi durumda olmayabilirler. Dolayısıyla, bunlar için gelir düzeyi gözetilmeksizin ayırım yapılmamalıdır.

b) İstirahat Raporunun Varlığı

Geçici iş göremezlik ödeneğinin düzenlendiği 18. maddenin birinci fıkrasında “Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması şartıyla [...] sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süreler için geçici iş göremezlik ödeneği verilir.” düzenlemesi yer almaktadır¹⁰²⁵. DMK’da da aynı süreler kabul edilmiştir: “Kadın memura; doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta süreyle analık izni verilir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya

¹⁰²³ Sözer, Sosyal Sigortalar, 223.

¹⁰²⁴ bkz. §8, II, 1, b.

¹⁰²⁵ DMK’da da aynı süreler kabul edilmiştir: “Kadın memura; doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta süreyle analık izni verilir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir.” (m. 104/A).

uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir.” (m. 104/A).

Maddenin değerlendirilmesinden önce belirtmek gerekir ki, düzenleme eşitlik ilkesi bakımından incelemeyi gerekli kılmamaktadır. Hüküm, sadece sigorta yardımına hak kazanma açısından öneme sahiptir. Maddenin lafzından geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmek için raporun Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından alınması gerektiği şeklinde sonuç çıkmaktadır. Öğretide ise, analık sigortası kapsamında sağlanan ödenekten yararlanılabilmesi için, kadının doğumdan önceki istirahatının resmi sağlık kurumlarından ya da Kurumla anlaşmalı sağlık hizmeti sunucularından verilmiş olmasının önemi olmadığı; hatta doğumdan önceki 56. günün başlangıcından itibaren sigortalı kadının kendiliğinden istirahat almış olmasının yeterli olduğu ileri sürülmüştür¹⁰²⁶.

İstirahat raporunun resmi sağlık kurullarından ya da kurumla anlaşmalı sağlık hizmet sunucuları tarafından alınması yönünde bir şartın öngörülme amacı, riskin gerçekleştiğinin ve sigortalı üzerinde yarattığı etkinin kanıtlanmasından ve bu şekilde Kurumu dolandırmanın önüne geçmekten ibarettir. Doğum olayının ne zaman gerçekleştirileceğinin birkaç günlük ya da haftalık yanımlarla önceden bilinebilmesi ve ödeneğin de verileceği sürenin Kanunla kesin olarak tespit edilmiş olması karşısında, m.18/I’de öngörülen kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından alınmış istirahat raporuna ilişkin şart olmadan da sigortalının ödenekten yararlanabileceği kanaatindeyiz. Aksi bir düşünce, İş Kanunu ve DMK’da öngörülen çalışma yasaklarına da aykırı olacaktır. Sonuç olarak, kadın sigortalı doktordan alacağı rapor ile koruyucu süreyi işletecek ve ödenek alabilecektir¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ Güzel/Okur/Caniklioglu, 415; Tunçomağ, 329.

¹⁰²⁷ Kaplan-Senyen, 714.

c) Belirli Bir Süre Prim Bildirilmiş/Ödemiş Olma

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından farklı olarak, hastalık sigortasında olduğu gibi analık halinde de ödenek elde edilebilmesi için prim bildirmeye/ödemeye ilişkin şart yerine getirilmelidir¹⁰²⁸. Buna göre, m.4/I,(a) kapsamında sigortalı olan kadın adına doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi *bildirilmiş* olmalıdır (m.18/I,c). Aksi halde, sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma hakkı da olmaz.

Bağımsız çalışan sigortalının ödeneğe hak kazanabilmesi için ise, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün prim *ödemiş* olması gerekir. Ancak “bildirim” değil, “ödeme” yönünde getirilen şart dahi yeterli görülmemiştir. 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olanlar açısından, genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması da gerekmektedir (m.18/II). Buna mukabil, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından farklı olarak *yatarak tedavi* süresince veya *yatarak tedavi* sonrası bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu alma şartı aranmamıştır (m.18/II).

Yukarıda iş kazası ve meslek hastalığı sigortasında da anlatıldığı üzere, riskin yaratacağı etkinin aynı ya da benzer olmasına rağmen, ödenekten yararlanma konusunda çalışma biçimine göre bağımlı ve bağımsız çalışan sigortalılar arasında farklı şartların öngörülmüş olması, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur¹⁰²⁹. Özellikle analık sigortasının kısa vadeli sigorta hükümleri kapsamında düzenlenmiş olması ve kısa vadeli sigorta primi ile finanse edilmesi karşısında, genel sağlık sigortası ya da uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin prim borcunun aranmaması kabul edilemez. Bu bakımdan Kanunda benimsenen sistem gereği, en azından uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına ilişkin prim borcu ödeneğe hak kazanmaya engel olmamalıdır¹⁰³⁰. Esasen bunun da ötesinde bizce yapılması gereken, gerek iş kazası ve meslek hastalığı gerekse analık sigortasından sağlanan ödenekten yararlanma konusunda bağımsız çalışanların bağımlı çalışanlarla aynı duruma getirilmesi, buna göre prim ve prime ilişkin her türlü borcun olmaması yönündeki şartın aranmamasıdır. Salt primlerin

¹⁰²⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 413; Tuncay/Ekmekçi, 303; Şakar, 250; Alper, Sosyal Sigortalar, 206; Uşan, 190.

¹⁰²⁹ bkz. §7, II, 1.

¹⁰³⁰ Sözer, Sosyal Sigortalar, 325.

tahsilindeki zorluktan ya da belirli konumdaki bağımsız çalışanların ekonomik durumlarının iyi olduğu görüşüyle sigortalılar arasında farklı anlayış benimsenmemelidir. Primlerin tahsilindeki zorlukları gidermek meşru bir amaç olmakla birlikte, bu amacın bağımsız çalışanlara yönelik istisnai düzenleme ile gerçekleştirilmesi uygun değildir. Başka bir deyişle, araç ile amaç arasında orantı yoktur.

2. Analık Haliyle Uyumlu Olmayan Süreler İçin Ödeneğin Verilmesinin Değerlendirilmesi

“Analık hali”nin tanımı dikkate alındığında ve 16. maddede açıkça analık hallerine bağlı olarak ödeneğin verilmesinin öngörülmesi karşısında, 18. madde hükmü ile adil olmayan şekilde ödeneğin verilmesi belirli süre ile sınırlandırılmıştır¹⁰³¹. Gerçekten analık hali, yukarıda aktardığımız 15. madde hükmünde *gebeliğin başladığı tarihten itibaren* doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan süreç olarak kabul edilmişse de; analık nedeniyle ödeneğin verileceği süre, doğumdan önceki süreç bakımından sekiz haftayla, çoğul gebelik halinde ise on hafta ile ve doğumdan sonraki süre ise çoğul gebelik olsa bile sekiz hafta ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla ödenek, gebeliğin başladığı tarihten itibaren verilemeyeceği gibi çoğul gebelik halinde doğumdan sonraki on hafta değil, sekiz hafta; doğumdan öncesi içinse çoğul gebelik durumunda on hafta ödeneğin verilmesi mümkündür.

Kısaca ifade etmek gerekirse, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmaya ilişkin öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, ödenek doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftaya iki haftalık süre eklenerek çalışılmayan her gün için verilir (m.18/I,c). Sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süreler için de ödeneğin verileceği öngörülmüştür (m.18/I,d). Kadının doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışması halinde, çalışmadığı beş haftalık süre doğum sonrasına ekleneceğinden, doğumdan sonraki 13. haftanın bitimine kadar ödenek verilir. Eğer çoğul gebelik söz konusu ise, doğumdan önce kullanılmayan 7

¹⁰³¹ Sözer, Sosyal Sigortalar, 220.

hafta (10 hafta-3 hafta), doğum sonrasına eklenir ve doğumdan sonraki 15. haftanın sonuna kadar ödenek verilir¹⁰³². Bu noktada 18. madde hükmünde, çoğul gebelik halinde iki haftalık sürenin doğum öncesine ekleneceği yönündeki düzenleme ulaşılan bu sonucu değiştirmez.

Sonuç olarak, analık sigortası kapsamında ödeneğin verilmesi, analık haline ilişkin süreye değil, kadının çalışmayacağı var sayılan kural olarak doğumdan önce ve sonra 8'er haftalık döneme özgülülmüştür. Analık sigortasından ödeneğin verilmesinin bu şekilde sınırlı dönem için kabul edilmesi ve hastalık sigortasından bağımsız çalışanların ödeneğe hak kazanamaması bazı eşitsiz durumları ortaya çıkaracaktır. Gerçekten, *analık halinde* olan bir sigortalı kadın, doğumdan önceki sekiz haftadan (çoğul gebelikte on haftadan) önce -örneğin doğumdan önceki 9. ya da 11. haftada- iş göremez duruma düşerse, *analık halinde* olmasına rağmen analık sigortası kapsamında kabul edilen geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamayacak; koşulları varsa, hastalık sigortası kapsamındaki ödenekten yararlanabilecektir¹⁰³³. Aynı şekilde sigortalının doğumdan sonraki sekiz hafta sonunda ya da belirttiğimiz olasılıklarda olduğu şekilde 13. haftanın veya 15. haftanın sonunda hala iş göremezlik hali devam ediyorsa -doğumdan 8 hafta önceki iş göremezlikte olduğu gibi- analık sigortasından değil, hastalık sigortasından yardım yapılabilir¹⁰³⁴. Ancak ne var ki m.4/I,(b) kapsamındaki kadın sigortalı, doğumdan önceki 8 haftadan (çoğul gebelikte 10 haftadan) önce ya da sonra hastalığı nedeniyle geçici iş göremez duruma düşse dahi, ödeneğe hak kazanamaz. Zira hatırlanacağı üzere, bunlar için hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği kabul edilmemiştir.

¹⁰³² Kanunda belirtilen süre için geçici iş göremezlik ödeneğinin mutlak şekilde verileceği düşünülmemelidir. Zira ödeneğe hak kazanabilmek için önemli olan kadın sigortalının Kanunda belirtilen sürelerde çalışmamış olmasıdır, **Senyen-Kaplan**, 715. Dolayısıyla, kadın sigortalının doğumdan önceki iznini erken doğum nedeniyle tam olarak kullanamaması ve bu dönemde çalışmış olması halinde, Kurum çalışılan süreler için ödenek verme yükümlülüğü altında değildir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 415. Ancak bu durumda erken doğum nedeniyle kullanılamayan süreler, doğum sonrasına eklenir, **Güzel/Özkaraca**, 453; **Senyen-Kaplan**, 716. Öğretide de, 5510 sayılı Kanun ile toplam olarak en az 16 hafta ödeneğinin verilmesinin öngörüldüğü ve bunun hiçbir şekilde kesilmesinin kabul edilmediği savunulmuştur, **Güzel/Özkaraca**, 453. DMK m. 104 hükmünde de -5510 sayılı Kanunun 18. maddesinde yer alan düzenlemeyle benzer biçimde- bu husus devlet memurları için açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “*Doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılamayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir.*”

¹⁰³³ **Tunçomağ**, 328; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 320; **Çenberci**, 333.

¹⁰³⁴ **Çenberci**, 334; **Tunçomağ**, 328.

Ortaya koyduğumuz sorun, İşK. m.74/II hükmü doğrultusunda değerlendirildiğinde, geniş bir yorumla aksi sonuca ulaşılabileceği, yani yukarıda belirtilen süre sınırının dışına çıkılarak, “analık halinde” analık sigortası kapsamında ödeneğin verilebileceği de öğretide belirtilmiştir¹⁰³⁵. Zira anılan hükümde doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürelerin işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra hekim raporuyla artırılabileceğinin belirtildiği ileri sürülerek, doktor raporuyla uzatılan süreler kadar analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneğinin verilebileceği vurgulanmıştır¹⁰³⁶. Gerçekten, 1475 ve 506 sayılı Kanunların yürürlükte olduğu dönemde, Kurumun ödenek verme yükümlülüğü altında olduğunu ileri süren bu görüşün¹⁰³⁷ yürürlükteki düzenlemeler için de kabulü mümkündür. Savunulan bu görüşe göre “...bu süre doktor raporu ile artırılabilir. O halde 12 haftanın doktor raporu ile uzaması halinde analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmesi, 49. maddede getirilen *çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir* şeklindeki düzenlemeye de uygundur [...] hastalık söz konusu olmadığından, hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi, SSK m. 49’un ruhuna uygun olmaz.” Bizce de doğumdan sekiz hafta öncesinde ya da sonrasında doğan rahatsızlığın analıktan kaynaklanması halinde analık sigortası kapsamında ödeneğe hak kazanılabileceği kabul edilmelidir. Şüphesiz “analık hali”nin başlamış ve bitmemiş olması bunun için ön koşuldur.

İş Kanunu kapsamında olmayan sigortalı kadınların da istirahat raporu alarak, dinleneceği sürelerin uzatılması durumunda, kendilerine analık sigortası kapsamında ödeneğin verileceği yukarıdaki görüş doğrultusunda kabul edilmelidir. Zira kişi, analık halindedir ve iş göremezlik, hastalıktan değil, analıktan kaynaklanmaktadır. Buna mukabil, 13 haftalık sürenin sonunda hastalık sigortasından ödeneğin verileceğinin kabul edilmesi halindeyse, bağımsız çalışan sigortalılar ödeneğe hak kazanamaz. Dolayısıyla, uygulamada eşitliğin sağlanabilmesi amacıyla kadın sigortalıların analığa bağlı olarak analık hali sınırları içindeyken, istirahat raporu almaları durumunda, analık sigortası kapsamında ödeneğin verilebileceğinin benimsenmesi isabetli olur.

¹⁰³⁵ Çenberci, 334; Ozanoğlu, 8.

¹⁰³⁶ Çenberci, 334; Ozanoğlu, 8.

¹⁰³⁷ Senyen-Kaplan, 716.

Doğumdan sekiz hafta öncesinde veya doğumdan sekiz hafta sonrasında doğan rahatsızlıkların *analıktan kaynaklanması durumunda* –analık hali sınırları içinde olmak şartıyla–ödenegin analık sigortası kapsamında verileceğinin kabul edilmesi karşısında, eğer belirtilen süre içerisinde analıktan değil de, *hastalıktan ileri gelen bir rahatsızlık olursa*, ödenek hastalık sigortasından verilmelidir. Daha net bir ifadeyle, analık haline ilişkin dönemde analık sigortası kapsamında ödeneğin verilebilmesi için rahatsızlığın gebelik ve doğumla ilgisi bulunmalıdır¹⁰³⁸. Buna göre, düşük dışında kalan her türlü doğum -ölü doğumlar dahil- analık sigortası kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰³⁹. Gebelik ve doğum ile ilgisi bulunmayan rahatsızlıklar için hastalık sigortasına ilişkin kuralların uygulanması gerektiğinin hükmün zıt kavramından anlaşıldığı haklı olarak öğretide ileri sürülmektedir¹⁰⁴⁰. Zira hükümde gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik hallerinden bahsedilmiştir. Her ne kadar ulaşılan bu sonuç kanuna uygunsa da, bunun benimsenmesi bağımsız çalışanlar aleyhine eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurur.

3. Devlet Memurları ve Maktu Aylık Ücretli İşçilerin Durumu

DMK m.188’de analık halinde sigorta yardımlarının sağlanması gerektiği ve sigortalardan tanınan hak ve sağlanan yardımların, genel sosyal sigorta rejimleri ile kabul edilen hak ve yardımlardan az olamayacağı düzenlenmiştir. Buna uygun olarak, 5510 sayılı Kanunda ödeneğin verilmesi gereken sürenin aynısı, DMK’da öngörülmüş ve bu süre boyunca memurların özlük haklarından yoksun kalmayacakları prensibi benimsenmiştir. Böylece kadın memur analık izninde maaşını tamamen alacaktır. Bu durum karşısında kendileri için ayrıca ödenek verilmesi söz konusu değildir. Çalışmamızda benimsediğimiz görüş çerçevesinde bu durum eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Analık halinde İş Kanununa tabi işçilerin ücretleriyle ödenekleri arasındaki farkın işverenleri tarafından ödenip ödenmeyeceği konusunda ise açıklık bulunmamaktadır. Yukarıda, *iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık hallerinde işverence ücret ile ödenek*

¹⁰³⁸ Saraç, 1884.

¹⁰³⁹ Saraç, 1882.

¹⁰⁴⁰ Saraç, 1883, 1884.

arasındaki farkın ödenmesinin İşK. m.48 ve m.49 hükümleri gereğince “maktu aylıklı” işçiler için zorunlu olduğu sonucu benimsenmiştir¹⁰⁴¹. Bu durumun analık izninde olan ve Kurumdan ödenek alan sigortalılar açısından geçerli olup olmadığı konumuz bakımından değerlendirilmelidir. Gerçekten, iş kazası, meslek hastalığı ya da hastalık sosyal riskiyle karşılaşan sigortalıyla ücret ile ödenek arasındaki farkın tam olarak verileceğini kabul etmek, ancak aynı anlayışı analık sosyal riskiyle karşılaşana sağlamamak isabetli değildir. Önemle ifade etmek gerekir ki, burada eşitlik ilkesi bakımından incelenen İş Kanunundaki düzenlemedir.

1475 sayılı Kanunda, yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanununun 48. ve 49. madde hükümlerine benzer hüküm bulunmasına rağmen, doğum yapan kadın işçinin analık izni süresince çalışmadığı için işverenden kural olarak ücret isteyemeyeceği, 17. maddenin I. fıkrasının (b) bendinin ikinci bendine dayanarak ileri sürülmüştü¹⁰⁴². Bu görüş doğrultusunda analık haline girilmesiyle birlikte çalıştırılma yasağının olduğu dönem için iş sözleşmesinin askıya alındığı kabul edilmiş¹⁰⁴³ ve geçici iş göremezliğin ortadan kalkmasıyla beraber sözleşmenin tekrar eski hükümlerini icra edeceği belirtilmiştir¹⁰⁴⁴. 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesine göre de işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işe gidemediği süreler için ücret işlemez (İşK. m.25/I,b).

Yürürlükteki düzenlemede İşK. m.74 hükmünde, doğum izninin ücretli ya da ücretsiz olduğu açık değildir. Buna mukabil, aynı maddenin 5. fıkrasında, “*isteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, kadın işçi onaltı haftalık iznini kullandıktan sonra talep ederse, işveren tarafından altı aylık daha izin verilmek zorundadır. Söz konusu, bu altı aylık iznin ücretsiz olacağı açıkça ortaya konmuştur. İlk kullanılan 16 haftalık iznin ücretsiz olduğu belirtilmemiş, sadece sonraki altı aylık iznin ücretsiz olacağı açıkça vurgulanmıştır.

¹⁰⁴¹ bkz. §7, II, 1, c.

¹⁰⁴² **Tunçomağ**, Kadının durumu, 121,122; ancak aylık ücretli işçi ise, tam olarak ödenmesi gerektiği de belirtilmiştir, **Senyen-Kaplan**, 714.

¹⁰⁴³ **Saraç**, 1890.

¹⁰⁴⁴ **Saraç**, 1890.

Hükmün anlamının tayininde sadece maddenin lafzı dikkate alınmamalı, aynı zamanda amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira kanun özüyle (amaç) ve sözüyle (lafzı) olaylara uygulanmaktadır. Daha net bir ifadeyle, hükmün lafzı gibi konuluş amacı da maddenin anlamının tayininde son derece önem taşımaktadır. Bu noktada, kanun koyucunun güttüğü amaç mutlaka dikkate alınmalıdır. Bu amaç madde gerekçelerinden tespit edilebilmektedir. Madde gerekçesinde, “...*bu açıdan bakıldığında, kadın çalışanların doğum öncesi ve sonrasında kullanabilecekleri ücretli doğum izinlerinin geliştirilmesi, ülkemiz kadınlarının çalışma yaşamında aktif rollerini geliştirmeleri açısından vazgeçilmez bir öneme sahiptir...*” şeklinde ifadelerle yer verilmiştir¹⁰⁴⁵. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, kadınların çalışma yaşamından kopmamalarını sağlamak için ücretli izin öngördüğünü açıkça ortaya koymuştur¹⁰⁴⁶. Amaç ve lafzı bağımsız düşünmek söz konusu değildir. Nitekim, madde metninde de aksine sonuca ulaşmak mümkün olmamış, sadece 16 haftalık izin sonrası kullanılan 6 aylık iznin ücretsiz olacağı açıkça ortaya konmuştur. Bundan başka, İşK. m.49 hükmünde geçen “...veya sair sebeplerle mazeretli...” ifadesine iş kazası ve meslek hastalığı dahil olduğu gibi analık halinin de dahil olduğunu kabul etmek gerekir.

Belirtilen gerekçelerle analık izninde maktu aylıklı işçilerin ücretlerini tam alacakları, farklı bir ifadeyle ödenek ile ücret arasındaki farkın işverence karşılanması gerektiği şeklinde görüşün benimsenmesi halinde, iş kazasına ya da meslek hastalığına veya hastalık sosyal riskleriyle karşılaşan 4857 sayılı İş Kanuna tabi maktu aylıklı işçiler bakımından, eşitlik sağlanır.

Basın İş Kanunu’nun 16. maddesinin yedinci fıkrasında, kadın gazetecinin hamileliği halinde, izinli olduğu süre için son aldığı ücretin yarısının verileceği hükmüne bağlanmıştır. Böylece, anılan Kanuna tabi işçiler maktu aylıklı ücretli değilse bile, son aldığı ücretin yarısına hak kazanırlar. Hiç kuşku yok ki, maktu aylıklı ücretle çalışanlar ücretlerin tamamını alırlar. Yukarıda da izah edildiği üzere, söz konusu işçilere ödenek verilmesiyle beraber, işçinin çalışırken aldığı ücretten daha fazlasının ödenmesi

¹⁰⁴⁵ Şakar, İş Kanunu Yorumu, 753

¹⁰⁴⁶ Nitekim 1475 sayılı Kanun zamanında da kadına ücretli izin hakkı tanındığı ileri sürülmüştür, bkz. Senyen-Kaplan, 709.

noktasına gelinemez. Dolayısıyla, Kurumdan ödenek alınması durumunda ücretle ödenek arasındaki fark işverenlerince verilmelidir. Aksi durumda, işverenin ödenek kadar olan kısmı, işçiden talep edebileceği düşüncesindeyiz. Doğumun gerçekleşmemesi veya çocuğun ölü dünyaya gelmesi halinde, bu durumun meydana gelmesinden itibaren bir ay süreyle ücretin ödeneceği anılan hükümde kabul edilmiştir.

Bunlardan başka ifade etmek gerekir ki, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile İş Kanunu'nda öngörülen 16 haftalık (çoğul gebelikte 18 haftalık) süre artırılabilmektedir¹⁰⁴⁷. Ancak bu noktada, ödenek 5510 sayılı Kanunda öngörülen süreyle sınırlı olarak verilmelidir. Gerçekten, tarafların anlaşarak Kurumu yükümlülük altına sokması mümkün değildir. Buna mukabil, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile sürelerin artırılması halinde -16 haftalık süre boyunca ödenek ile ücret arasındaki fark işverence karşılanacaktır- 16 haftalık süreyi geçen dönem içinse ücretin tamamı, çalışmamasına rağmen benimsediğimiz görüş doğrultusunda işverence ödenecektir¹⁰⁴⁸. Yukarıda açıklandığı üzere, sağlık gereği alınan rapor ile sürenin uzamasında ise Kurumun ödenek verme yükümlülüğü söz konusudur.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarı, iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası kapsamında öngörülen ödeneğin miktarı ile aynıdır. Buna göre 18. maddenin üçüncü fıkrası gereği, geçici iş göremezlik ödeneği yatarak tedavilerde 17. maddeye göre hesaplanan günlük kazancın yarısı, ayakta tedavilerde ise üçte ikisi kadar olacaktır. Günlük kazanç, diğer ödeneklerin hesaplanmasında olduğu gibi, 17. maddenin atıfta bulunduğu 80. madde hükmüne göre hesaplanacaktır. Konunun eşitlik ilkesi

¹⁰⁴⁷ **Tunçomağ**, Kadının Durumu, 121; **Senyen-Kaplan**, 714.

¹⁰⁴⁸ Ücretin verilmesinin zorunlu olması karşısında, Kurumun ödeneği verme yükümlülüğü olduğu durumlarda, Kurumun bu yükümlülüğünden kurtulduğu ya da verdiği ödeneği geri alıp alamayacağı konusu üzerinde de durulmalıdır. Hastalık sigortası kapsamında da değinildiği üzere, 5510 sayılı Kanunun 22. maddesi gereği, Kurumun ödeneği vermemesi ya da verdiği ödeneği geri alması söz konusu değildir. Sadece sigortalının çalışması halinde, ödeneği geri alınması mümkündür. Diğer taraftan, iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık halinde uygulama alanı bulan İşK. m.48/2 hükmünün burada da uygulanması gerektiği kanısındayız. Dolayısıyla, işveren ücreti öderken, ödenek kısmını mahsup edebilecek; eğer tamamını ödemişse ödenek miktarını işçiden talep edebilecektir düşüncesindeyiz. Nitekim, uygulamada da işveren bu durumda dahi ücreti tam olarak ödemekte, işçi aldığı geçici iş göremezlik ödenekleri tutarını işverene vermektedir, **Şakar**, İş Kanunu Yorumu, 655. Konuya ilişkin bir olayda Yargıtay, “*Davacı işçinin doğum sebebiyle çalışmadığı dönemde kurum tarafından verilen geçici iş göremezlik ödeneği verilmiş olmasına rağmen aylık ücretlerinin tam olarak ödendiği tartışma dışıdır. Bu halde işçi mükerrer yararlanmış olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 48/2. maddesi hükmüne göre sözü edilen ödemelerin işçi ücretlerinden mahsubu gerekir. Böyle olunca davalı işverence yapılan fazla ödemenin iadesi yönünde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde talebin reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir*” şeklinde sonuca ulaşmıştır, Y. 20.04.2010 t., E.2008/3522, K.2010/11355, bkz. www.legalbank.net

bakımından değerlendirilmesi yukarıda yapıldığı için, tekrara neden olmamak için burada yer vermiyoruz¹⁰⁴⁹.

III. Emzirme Ödeneği

Analık sigortası kapsamında yapılan parasal yardımlardan bir diğeri emzirme ödeneğidir. Bu yardım diğere sosyal riskler için öngörülmemiş olup, analık sigortasına özgü olarak kabul edilmiştir. 5510 sayılı Kanunun 16. maddesinin üçüncü fıkrasında *“Analık sigortasından sigortalı kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğe, bu kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının a ve b bentleri kapsamındaki sigortalılardan; kendi çalışmalarından dolayı gelir ve aylık alan kadına ya da gelir ve aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşine her çocuk için yaşaması şartıyla doğum tarihinde geçerli olan ve Kurum Yönetim Kurulunca belirlenip Bakan tarafından onaylanan tarife üzerinden emzirme ödeneği verilir.”* şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Anılan maddenin dördüncü fıkrasında ödenekten yararlanabilme koşulları belirtilmiştir. Buna göre, Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olanlar için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları priminin bildirilmiş olması, m.4/I,(b) bendi kapsamında sigortalı olanlar içinse doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları priminin ödenmiş ve genel sağlık sigortası primi dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması gerekmektedir. Diğer sigorta kollarından yapılan ödenek yardımlarında olduğu gibi, bu ödenekten yararlanma imkanının da bağımsız çalışanlar için hiç prim borcu olmaması şartına bağlı kılınması, yukarıdaki tespit ettiğimiz esaslar çerçevesinde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır¹⁰⁵⁰.

Hükmün beşinci fıkrasında, emzirme ödeneğine hak kazanabilecek sigortalılardan sigortalılığı sona erenlerin, sigortalılığın sona ermesinden itibaren 300 gün içinde çocukları doğarsa, ödenekten yararlanabilecekleri ortaya konmuştur. Ancak bu

¹⁰⁴⁹ bkz. §7, II, 1, c.

¹⁰⁵⁰ bkz. §5, §6.

durumda, doğum tarihiden önceki 15 ay içinde en az 120 gün prim ödemeleri gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, ödeneğe hak kazanma koşulları bakımından çalışma ilişkisinin devam edip etmemesine göre ayırım yapılmıştır. Bundan başka, emzirme ödeneğinden yararlanacak olanlar açısından hukuki statü vb. haklı olmayan bir ayırımın yapılmamış olması hem Kanunda benimsenen analık hali tanımına (m.15/2) hem de analık sigortasıyla güdülen amaca uygun olduğu gibi eşitlik ilkesine de uygundur. Gerçekten, ödenekten hukuki statüsü ne olursa olsun aktif ya da pasif sigortalı kadın ile aktif ya da pasif sigortalı erkek yararlanmaktadır¹⁰⁵¹.

DMK'da memurlar için emzirme ödeneğinin benzeri olarak doğum yardım ödeneği düzenlenmiştir. Söz konusu ödenek formüle bağlı olarak hesaplanmaktadır. Buna göre, ödeneğin tutarı 2500 gösterge rakamının aylık katsayı ile çarpımı sonucu bulunmaktadır. Eşlerin ikisi de memur ise, ödenek sadece babaya verilecektir (m.207). Aynı maddenin devamında *“Eşlerden birine iş akdi veya toplu sözleşme gereği yapılan doğum yardımı ödeneği daha yüksek ise, memur olan eşe ayrıca doğum yardımı ödeneği ödenmez, daha düşük ise yalnız aradaki fark ödenir.”* şeklindeki düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, her ne kadar açıkça işçi ifadesi kullanılmamışsa da, ancak iş sözleşmesine tabi olarak çalışmada çalışanın işçi olacağı ortadadır. Dolayısıyla, eşlerden biri işçi olup daha yüksek doğum yardımı almakta ise, memur eşe doğum için herhangi bir ödeme yapılamayacaktır¹⁰⁵².

Emzirme ödeneği gibi, doğum yardım ödeneği de sadece aktif sigortalı kadını kapsamamaktadır. Gerçekten, DMK 207. madde hükmünde, devlet memurlarından çocuğu dünyaya gelenlere doğum yardım ödeneği verileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hüküm eşi doğum yapan erkek memuru da kapsamaktadır¹⁰⁵³. Bu bakımdan aynı ve benzer durumda olanlar arasında eşitliğin sağlanması isabet taşımaktadır.

¹⁰⁵¹ Sözer, Sosyal Sigortalar, 222.

¹⁰⁵² Sözer, Sosyal Sigortalar, 226.

¹⁰⁵³ Sözer, Sosyal sigortalar, 226.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UZUN VADELİ SİGORTA KOLLARI KAPSAMINDA SAĞLANAN SİGORTA YARDIMLARI ve EŞİTLİK İLKESİ

§10. Malullük Sigortası Kapsamında Sağlanan Malullük Aylığına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi

I. Genel Olarak

Ülkede yaşayanların gelecek endişesi duymadan çalışabilecekleri ortam hazırlamak ve çalışmadıkları dönemde sigortalılara asgari güvence sağlamak durumunda olan sosyal devletin, diğer sosyal risklere olduğu gibi, malullük riskine de kayıtsız kalması beklenemezdi. “Malullük” riski için kabul edilmiş olan “malullük sigortası”, sağlığı bozulması nedeniyle çalışamayan ve gelirinden yoksun kalan sigortalıya ekonomik güvence sağlamayı amaç edinmiştir¹⁰⁵⁴.

Ülkemizde ilk defa 01.04.1950 tarihli ve 5417 sayılı Kanunla¹⁰⁵⁵ düzenlenmiş olan malullük sigortası, daha sonra biraz daha kapsamlı biçimde 01.06.1957 tarihli ve 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunu¹⁰⁵⁶ içine alınmış, daha sonra da 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu içinde düzenlenmiştir. Memurların malullük sigortası ise 08.06.1949 tarihli ve 5434 sayılı Emekli Sandığı

¹⁰⁵⁴ Uzun vadeli sigorta kapsamında düzenlenen tehlikelerden biri de malullüktür. Malullük riski gerçekleştiğinde, sigortalı üzerinde kalıcı ve sürekli bir etki meydana getirir. Riskin doğurduğu etkinin sürekliliğinden kast edilen mutlaka yaşam boyu sürmesi değil, malullük süresince devam etmesidir. Gerçekten, sigortalının malul sayılmasına neden olan sağlık durumu zamanla değişiklik gösterebilir. Değişikliğin iyileşme yönünde olması halinde ise - Kanunda öngörülen şartların yitirilmesine bağlı olarak- malullük aylığı azaltılabilir ya da kesilebilir. Kontrol muayenesinin yapılmasının öngörülmesi de malullük durumunun değişebileceğinin kanun koyucu tarafından kabul edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla, riskin yarattığı etkinin sürekli olması, *malullük süresince* çalışma gücünün veya meslekte kazanma gücünün kısmen veya tamamen devamlı biçimde yitirilmesine sebebiyet vermesinden kaynaklanmaktadır. Farklı bir deyişle, malul duruma düşen sigortalı sadece rahatsızlığı boyunca çalışma yetisini sürekli biçimde kaybeder, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 145; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 187. Belirtilen şekilde çalışamayacak duruma düşen sigortalının maddi durumunun olumsuz etkileneceği açıktır, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 145. Olumsuzluk, basit bir nitelik taşımaz ve çoğu zaman ekonomik durumun temelden sarsılması şeklinde ortaya çıkar, **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 187. Zira sigortalı böylece, malul duruma düşmeden önce elde ettiği gelirden yoksun kalır. Malullük sigortasına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 501 vd.; **Tuncay/Ekmekçi**, 361 vd.; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 226 vd.; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 145 vd.; **Akın**, Maluliyet, 143 vd.; *aynı yazar*, Yeni Malullük Sigortası, 879 vd.; *aynı yazar*, Maluliyet Düzenlemeleri, 132 vd.; **Alper**, Sosyal Sigortalar, 228 vd.; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 187 vd.

¹⁰⁵⁵ RG. 02.06.1949, 7227.

¹⁰⁵⁶ RG. 13.02.1957, 9534.

Kanununda, bağımsız çalışanların malullük sigortası ise, 02.09.1971 tarihli 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda yer almıştır¹⁰⁵⁷.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte diğer sosyal sigorta kanunlarındaki hükümler yürürlükten kaldırılmış ve Kanunun 25-27. maddelerinde malullük sigortasına yer verilmiştir¹⁰⁵⁸. Malul sayılmak için gereken şartlar 25. maddenin birinci fıkrasında, iş sözleşmesine tabi bağımlı çalışanlar ve bağımsız çalışanlar için ortak, devlet memurları-kamu görevlileri için biraz daha farklı olmak üzere malullüğü doğuran nedene bağlı olarak belirtilmiştir¹⁰⁵⁹. Konumuz açısından incelenmesi gereken husus,

¹⁰⁵⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 419; Tuncay/Ekmekçi, 342; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 187.

¹⁰⁵⁸ 5510 sayılı Kanun -diğer sigorta kollarında olduğu gibi- malullük sigortasından sağlanan yardımları da 506 sayılı Kanunun genel sistematiğine uygun biçimde ele almıştır, Aslanköylü, Malullük Sigortası, 187. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere 506 sayılı Kanuna göre önemli farklılıklar da söz konusu olup, bazı konularda 5434 sayılı Kanun esas alınmıştır. Gerçekten, yürürlükteki düzenlemede çalışma gücü ve meslekte kazanma gücü kayıp oranlarının aynı rakamsal değerlerle ifade edilmesi 506 sayılı Kanuna göre önemli farklılıktır, Akın, Yeni Malullük Sigortası, 901. Ayrıca, aylığa hak kazanmak için gereken sigortalılık süresi 5434 sayılı Kanunda olduğu gibi on yıl olarak belirlenmiştir. Bunlardan başka genel sistematiği dikkate alınan 506 sayılı Kanundan farklı olarak, malullük durumunda sağlanan yardımlar ayrı bir malullük sigortası başlığı altında değil, uzun vadeli sigorta hükümleri başlığı altında yaşlılık ve ölüm riskleriyle birlikte düzenlenmiştir, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 419; Tuncay/Ekmekçi, 341; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 145; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 187. Riskin yaratacağı etkinin olası süresi dikkate alınarak, uzun vadeli sigorta kolundan aylık bağlanması öngörülmüştür. Kavramsal olarak üzerinde hassasiyetle durulması gereken malullüğün daha çok sunduğu sigorta yardımı dikkate alınarak değerlendirildiği ve malullük denildiğinde akla çoğunlukla malullük aylığının ve koşullarının geldiği belirtilmiştir. Akın, Yeni Malullük Sigortası, 880; aynı yazar, Maluliyet Düzenlemeleri, 132; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 145.

¹⁰⁵⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 420; Alper, Sosyal Sigortalar, 230; Korkusuz/Uğur, 366. Aşağıda eşitlik ilkesi bakımından incelenecek şartlar Yargıtay kararında da şu şekilde özetlenmiştir: “Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 Sayılı Kanunun 25 ve 26 maddeleridir. 25. madde de malul sayılma hali “Sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, 4 üncü maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60’ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az % 60’ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalının, malul sayılacağı, ancak, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün % 60’ını veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalının bu hastalık veya özrü sebebiyle malullük aylığından yararlanamayacağı, malullük sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartlarını düzenleyen 26 maddede de; “Malullük sigortasından sigortalılara sağlanan hakkın, malullük aylığı bağlanması olduğu, sigortalıya malullük aylığı bağlanabilmesi için sigortalının; a) 25 inci maddeye göre malul sayılması b) En az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması, c) Maluliyeti sebebiyle sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan veya işyerini kapattıktan veya devrettikten sonra Kurumdan yazılı istekte bulunması. Ancak, 4. maddenin 1. fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanların kendi sigortalılığı sebebiyle genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olmasının zorunlu olduğu bildirilmiştir.” Y.21.HD., 03.05.2011 t., E.2010/3927, K.2011/4150, www.legalbank.net. Malullük aylığından yararlanabilmek için işten ayrılmanın şart olduğuna da vurgu yapılmıştır: “Dava, maluliyet aylığı bağlanmaya hak kazandığının tespiti ve ödenmeyen aylıklara mahsuben ... TL’nin tahsili istemine ilişkindir. Davacı, maluliyet aylığı bağlanmasına ilişkin olarak daha önce dava açmış olup, İ. 5. İş Mahkemesince istemi kabul edilmiş ve Yargıtay ilamıyla onanarak kesinleşmiştir. Davacıya 1.3.2002 tarihi itibarıyla maluliyet aylığı bağlanması gerekirken, Kurum tarafından “işten ayrılma” koşulunun yerine gelmemiş olması nedeniyle Mahkeme ilamının uygulanmayarak 31.10.2008 tarihine kadar maluliyet aylığı bağlanmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, 1.10.2002 tarihinden itibaren 31.10.2008 tarihine kadar, davacının çalışmadığı dönemleri tespit ederek, bu dönemler itibarıyla çalışma gücünün en az 2/3 ünün yitirilmiş olduğunun raporla tespit edilmesi halinde, işin bırakılmasını takip eden aybaşı itibarıyla aylığa hak kazandığı ve tekrar çalışmaya başladığı tarih itibarıyla aylığın kesilme koşulunun

sigortalıların malullük sigortası kapsamında sağlanan aylıktan hangi şartlar altında yararlanacağı, öngörülen şartlar arasında sigortalılık ilişkisi yaratan faaliyete göre farklılık yaratılıp yaratılmadığı ve aylığın miktarının farklı nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkindir. Özellikle devlet memurlarının da kısa vadeli sigorta kollarından farklı olarak uzun vadeli sigorta kolları kapsamında kabul edilmesi, incelemenin önemini artırmaktadır.

II. Ön Koşul: Sigortalı Olma

Aylığa hak kazanabilmek için *sigortalı* durumunda olan kişinin *malul olması* gerekir. Bundan başka malullük aylığı gibi süreklilik niteliği taşıyan yardımlarda, bunları sağlayan Kurumun aktüeryal dengesinin gözetilmesi önemlidir. Dolayısıyla, sigortalıların *belirli bir süre sigortalılık süresine* ve/veya *belirli bir prim ödeme gün sayısına* sahip olması da aranır¹⁰⁶⁰. Bütün bunların yanında *çalışma yaşamına son veren sigortalı malullük durumunu belgelemeli* ve aylık tahsisi için *talepte* de bulunmalıdır.

İlk defa 5510 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlar anılan Kanunun 25 vd. maddelerinde yer alan şartlar uyarınca malullük aylığına hak kazanırlar. İlk defa 5510 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmaya başlayanlar yanında, mülga Kanunlar döneminde ilk defa sigortalı olanların (kazanılmış hak sahiplerinin ve beklenen hak sahiplerinin¹⁰⁶¹) durumu da önemlidir. Başka bir deyişle, bu durumdaki kişilerin malullük aylığına hak kazanma şartları bakımından hangi kanun kapsamına girdikleri konumuz bakımından değerlendirilmelidir. Zira şartlar arasında farklılıkların eşitlik ilkesi temelinde incelenmesi, öncelikle sigortalıların hangi kanuna tabi olduğunun belirlenmesiyle mümkündür.

Bu tespiti yapmadan önce kısaca ifade etmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 506 sayılı Kanunda malullük sigortası (m.52-58), sadece iş sözleşmesiyle çalışanlar için düzenlenmişti. Tarım işlerinde iş sözleşmesiyle süresiz

oluşturduğu kabul etmek suretiyle sonucuna göre bir karar vermek gerekir.” Y.10.HD., 20.10.2011 t., E.2010/2732, K.2011/14256, www.legalbank.net

¹⁰⁶⁰ **Tuncay/Ekmekçi**, 341; **Caniklioglu**, Malullük Aylığı, 145; **Alper**, Sosyal Sigortalar, 231; **Korkusuz/Uğur**, 369; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 187.

¹⁰⁶¹ Beklenen hak sahipleri, sigorta sürelerinin bir kısmı önceki bir kısmı ise yeni kanun döneminde geçen sigortalılardır, bkz. **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 229. Beklenen hak, eski kanun zamanında tüm sonuçlarıyla doğmamış, kazanılmamış bulunan fakat doğması muhtemel haktır, **Uşan**, Tespitler, 244.

biçimde iş sözleşmesine tabi olarak çalışanlar açısından ise 2925 sayılı Kanunun 39/a hükmü gereği, 506 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulmaktaydı. Bundan başka, yürürlükteki Kanundan önce malullük sigortası, devlet memurları ve kamu görevlileri için 5434, bağımsız çalışanlar için 1479 sayılı Kanunlarda düzenlenmişti. Tarımda bağımsız çalışanlar bakımından 2926 sayılı Kanunda bulunan hükümler, “malullük aylığının hesaplanması” başlıklı 14. madde hariç olmak üzere, 24.07.2003 tarihli 4956 sayılı Kanunun 56. maddesiyle ve 22.01.2004 tarihli 5073 sayılı Kanunun 16. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştı. Bunun sonucu olarak, 4956 sayılı Kanunun geçici 3. maddesinde, 2926 sayılı Kanunda yürürlükten kaldırılan düzenlemelerin yerine 1479 sayılı Kanunun uygulanacağı belirtilmişti¹⁰⁶².

Belirtilen bu Kanunlar döneminde, yaşlılık aylığına hak kazanmış veya aylık bağlanmış olan sigortalılara aylıkları ödenmeye devam edilir¹⁰⁶³. Bağlanmış olan yaşlılık aylığının durum değişikliği nedeniyle artırılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, 5510 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanacaktır (5510 s.K. geç. m.1/II). Devlet memurları ve kamu görevlileri için bu durum geçici m.4 hükmünde yinelenmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse, mülga Kanunlara göre aylığa hak kazananların bu hakları 5510 sayılı Kanun ile korunmuştur¹⁰⁶⁴. Yukarıda da değinildiği üzere, kazanılmış hak sahipleri yanında ilk defa mülga kanunlara tabi olarak çalışmaya başlamış ve çalışması 5510 sayılı Kanun döneminde devam eden sigortalıların hangi kanunda yer alan şartlarla aylığa hak kazanacağı belirlenmelidir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, 5510 sayılı Kanun öncesi 506 ve 2925 sayılı Kanuna tabi olan işçiler m.4/I,(a), 1479 ve 2926 sayılı Kanun kapsamında olan bağımsız çalışanlar m.4/I,(b), 5434 sayılı Kanun gereği iştirakçi olan devlet memurları ve kamu görevlileri ise, m.4/I,(c) gereği sigortalı sayılmaya devam ederler (geç.m.1/I).

¹⁰⁶² Geçici 3. madde şu şekildeydi: “2926 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri sonucunda oluşan yeni statü nedeniyle, 2926 sayılı Kanuna tâbi sigortalılar hakkında, 1479 sayılı Kanunun 30, 36, 42, 49, 50, 51, 52 nci maddelerinin, 53 üncü maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ile üçüncü ve beşinci fıkraları hariç diğer fıkralarının, ek 15 inci maddesinin (a) bendinin, geçici 11 ve 21 inci maddelerinin uygulanmasına 1.1.2005 tarihinde başlanır ve bu tarihe kadar eski hükümlerin uygulanmasına devam edilir.”

¹⁰⁶³ **Ekmekçi**, Değerlendirme, 324, 325.

¹⁰⁶⁴ Öğretide geçmişte var olan bir hakkın ortadan kaldırılmasının ya da koşullarının güçleştirilmesinin kazanılmış hak kavramı ile ilgili olduğu ve kişinin eski mevzuat döneminde bir hak elde etmesi halinde, böyle bir hakkın yeni kanunla ortadan kaldırılmasının veya hak kazanma koşullarının güçleştirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür, bkz. **Ekmekçi**, Değerlendirme, 325.

5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesinde, “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanunda belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak kanun, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit olunur ve bunlar hakkında, bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bahsi geçen düzenleme uyarınca, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olup, Kanun yürürlüğe girdikten sonra aylık talebinde bulunanlara, aylık bağlanmasında esas alınacak kanun 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit edilir¹⁰⁶⁵. Bahsi geçen Kanun, 24.05.1983 t., ve 2829 Sayılı “Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun”dur.

Önemle ifade etmek gerekir ki, aylığa hak kazanmak için şartlar, *anılan Kanun uyarınca belirlenecek olan Kanun hükümlerine göre değil, bunlar için 5510 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan geçiş hükümleri* uyarınca belirlenir. Şöyle ki, 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrası, “*Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir.*” şeklindedir. Bu düzenlemenin gereği olarak, beklenen hak sahibi sigortalıların önceki dönemde kapsamına girdikleri kanun tespit edilir¹⁰⁶⁶ ve tespit edilen bu kanunun yürürlükte olan hükümleri ile bunlar hakkında 5510 sayılı Kanunda geçiş hükümlerinde bulunan düzenlemeler malullük aylığına hak kazanmak için uygulanır. Yoksa, geçmiş dönemde sigortalı olanların aylığa hak kazanma şartları mülga Kanunlara göre belirlenir yönündeki anlayış yanıltıcı olur. Zira tekrar ifade etmek gerekirse geçici 2. maddenin son fıkrasının ilk cümlesinde geçen “*...bunlar hakkında, bu kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır.*” ifadesi bu sonucu doğurur. Örneğin, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olan ve anılan Kanun yürürlüğe girdikten 4 ay

¹⁰⁶⁵ Sözer, Sosyal Sigortalar, 332.

¹⁰⁶⁶ Son yedi yılda hizmetin fazla olduğu kurum mevzuatının uygulanması kuralı, malullük ve ölüm gibi hallerde geçerli olmayıp, bu hallerde ilgiliye hizmetinin geçtiği son kurum tarafından ve kendi mevzuatına göre aylık bağlanacaktır (m.8/II), bkz. Ergin, Geçiş Hükümler, 96, 97. Avukatların artık eskisinden farklı olarak bağımsız çalışan olarak sigortalı kabul edileceği ifade edilmiştir, bkz. Şakar, Kazanılmış Haklar, 127.

sonra malullük aylığı talebinde bulunan sigortalı, son 7 yılın 3,5 yılından fazlasında 506 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmışsa, kendisine 506 sayılı Kanunun malullük sigortası hükümlerini düzenleyen 52 vd. hükümleri uygulanmaz. Bu durumda, bu kişi 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve söz konusu Kanunun geçici maddelerindeki düzenleme uyarınca aylığa hak kazanma şartları belirlenir. 5510 sayılı Kanunda açıkça yollama yapılması halinde ise, yürürlükten kalkan düzenleme uygulama kabiliyetini haiz olur. Başka bir deyişle, beklenen hak sahibi konumundaki kişiler, bir çok hükümleri mülga olan 506 ve 1479 sayılı Kanunlar dikkate alınarak düzenlenmiş olan *5510 sayılı Kanundaki geçiş hükümleri* uyarınca aylıklara hak kazanırlar. Öğretide *Sözer* ise, mülga Kanunlar döneminde sigortalı olmuş, 506 veya 1479 sayılı Kanunlara tabi olarak çalışmış ve sigortalılığı 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında devam edenlerin malullük aylığına hak kazanma şartlarının 506 veya 1479 sayılı Kanun hükümlerine göre belirleneceğini -geçici madde 2/VI,VII hükümleri dolayısıyla- ileri sürmüştür¹⁰⁶⁷.

Oysa 5510 sayılı Kanunun geçici hükümlerine bakıldığında malullük aylığına ilişkin olarak beklenen hak sahibi işçiler bakımından mülga kanunların uygulanmasını gerektiren tek durum, geçici 10. maddenin 5. fıkrasında yer almıştır. Buna göre, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, malullük durumlarının tespiti için talepte bulunan ve bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra malul olduklarına karar verilenler hakkında 506 ve 2925 sayılı Kanunlara göre aylık bağlanır¹⁰⁶⁸. Bundan başka, işçiler veya bağımsız çalışanlar bakımından malullük aylığına hak kazanma noktasında mülga kanunların uygulanmasını gerektiren bir hüküm yoktur¹⁰⁶⁹. Ayrıca bunlar için 5510

¹⁰⁶⁷ *Sözer*, Sosyal Sigortalar, 229, 230.

¹⁰⁶⁸ 5510 sayılı Kanundan önceki sosyal güvenlik kanunlarında aranan şartları taşımadığı için sigorta yardımlarından yararlanmayan sigortalıların 5510 sayılı Kanundaki koşulları taşımaları halinde geleceğe yönelik olarak sigorta yardımlarından yararlanmasının mevzuat değişikliğinin sigortalılar arasında yaratması mümkün adil olmayan farklılıkları ortadan kaldıracığı ileri sürülmüştür, **Ekmekçi**, Değerlendirme, 328. *Yazar*, bu durumda sigortalıya geleceğe yönelik bir hak tanındığı için, kanunların geriye yürütmesine aykırı bir durum olmadığını da ifade etmiştir. *Güzel* de Yargıtay kararının değerlendirmesinde şu ifadelerle yer vermiştir: “...5510 sayılı Kanun m.28/III hükmü ile önceki dönemden farklı olarak sigortalıların lehine getirilen bir düzenlemeye vurgu yapmak yerinde olacaktır. Buna göre, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce Kanunun m.25/II hükmü uyarınca malul sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya özrü bulunan ve bu nedenle malullük aylığından yararlanamayan sigortalılara, en az onbeş yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3960 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmiş olmak şartıyla yaşlılık aylığı bağlanabilmektedir. İnceleme konusu yaptığımız davanın tarafı olan davacı da, malullük aylığına hak kazanamayacak olursa, yeni kanunla getirilen olanaktan yararlanabilecektir.” bkz. *Güzel*, Değerlendirme, 359.

¹⁰⁶⁹ İfade edelim ki, bu durum kanunların geriye yürütmemesi kuralıyla da çelişmemektedir. Zira burada geçmişe uygulanmadan bahsedilemez. Yeri gelmişken vurgulayalım ki, Kanunların geçmişe etkili olmaması kuralının istisnalarından birini beklenen haklar oluşturduğu Yargıtay tarafından belirtilmiştir. Buna ilişkin olarak Yargıtay

sayılı Kanunun geçici maddelerinde -yaşlılık aylığında olduğu gibi- mülga kanunlarda yer alan düzenlemeler aynen ya da benzer biçimde alınmamıştır. Dolayısıyla, beklenen hak sahibi işçi ve bağımsız çalışanlar hakkında mülga kanunlar değil, 5510 sayılı Kanunun 25 vd. maddeleri uygulanır¹⁰⁷⁰.

Devlet memurları ve kamu görevlileri bakımından ise farklı anlayış benimsenmiştir. Gerçekten, 5434 sayılı Kanuna tabi olarak çalışırken, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi çalışmaya devam edenler ya da 5434 sayılı Kanuna tabi çalışmış ve 5510 sayılı Kanun döneminde yeniden m.4/(c) kapsamında çalışanlara 5434 sayılı Kanuna göre işlem yapılır (geç.m.4/IV). Vazife malullüğü bakımından ise, bu esas benimsenmemiştir. Buna göre 5434 sayılı Kanuna göre iştirakçi olup 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra m.4/I,(c) kapsamında çalışmaya başlayanlardan vazife malullüğü kapsamına girenlere 5510 sayılı Kanunun 47. maddesi uygulanır (geç.4/III).

Sonuç olarak, beklenen hak sahibi işçi ya da bağımsız çalışanlar yani sigortalılığı 506, 1479, 2925 ya da 2926 sayılı Kanunların yürürlükte olduğu dönemde başlamış ve çalışması 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ya da (b) bendine tabi olarak devam edenler hakkında malullük aylığına hak kazanma şartları bakımından 5510 sayılı Kanunun 25 vd. maddeleri uygulanır. Buna karşılık, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce malullük durumlarının tespiti için talepte bulunanlar ve 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünde sonra malul olduğuna karar verilenler hakkında ise 506 ve

kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “...kanunların geriye yürütmesi veya yürütmemesi konusunda mevzuatımızda genel bir hüküm yoktur. Ancak, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretide kanunların geriye yürütmemesi esası kabul edilmiştir. Buna göre, gerek özel hukuk ve gerekse kamu hukuku alanında, kural olarak her kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Hukuk güvenliği bunu gerektirir. Kanunların geriye yürütmemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının istisnalarından birini beklenen haklar oluşturmaktadır. Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürütmesi söz konusudur...” YHGK., 13.10.2004 t., E. 2004/10-528, K. 2004/533, www.hukukturk.com. **Ekmekçi**, söz konusu görüşe katılmıştır, bkz. **Ekmekçi**, Değerlendirme, 327. Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Güzel**, Değerlendirme, 330. Öğretide **Uşan** tarafından beklenen haklarda kanunun geriye yürüyemeyeceğine ilişkin tespitin doğru olmadığı belirtilmiştir. Gerçekten **Uşan**ın ifade ettiği üzere, kazanılmış haklara ilişkin olarak kanunun geçmişe yürüyemeyeceğinden bahsedilmelidir. Ancak beklenen hak sahiplerinin de durumu gözetilerek makul ve adil geçiş kabul edilmelidir, bkz. **Uşan**, Tespitler, 244. **Şakar** da beklenen hak üzerinde kanun koyucunun her zaman değişiklik yapabileceğini belirtmiştir, **Şakar**, Kazanılmış Haklar, 194-195.

¹⁰⁷⁰ Öğretide **Ekmekçi**, bir kazanın veya hastalığın yarattığı maluliyet durumunun devam ettiği durumlarda, bunu tüketilmiş bir durum olarak değerlendirmenin yerinde olmadığını, yeni kanunun bu maluliyet durumuna bir sonuç bağlaması halinde artık geleceğe yönelik olarak yararlanma olanağının ortaya çıktığının kabul etmenin doğru olduğunu belirtmiştir, bkz. **Ekmekçi**, Değerlendirme, 326.

2925 sayılı Kanunda yer alan şartları taşımaları halinde aylık bağlanır. Benzer bir düzenleme bağımsız çalışanlar için söz konusu değildir¹⁰⁷¹. İlk defa 5434 sayılı Kanun döneminde iştirakçi olan devlet memuru ve kamu görevlileri içinse 5434 sayılı Kanun uygulanmaya devam eder. Buna mukabil, vazife malullü durumunda olanlara 5510 sayılı Kanun uygulanır. Eşitlik ilkesi bakımından değerlendirme yapılırken öncelikli olarak şartların belirlenmesi ortaya koyduğumuz bu duruma göre yapılacaktır.

III. Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Maluliyet Hali: “Çalışma Gücü” veya “Meslekte Kazanma Gücü” ile “Vazife Yapılamayacak Derecede Meslekte Kazanma Gücü” Kaybı Ölçütleri

1. Bütün Sigortalılar İçin Kabul Edilen Ortak Şart: Çalışma Gücünün %60’ının Kaybedilmesi

Sigortalıya malullük aylığı bağlanabilmesi için her şeyden önce sigortalının malul duruma düşmesi gerekir. Bu noktada, hangi durumlarda sigortalıların “malul” sayılacağı sorusunun cevaplanması önem taşımaktadır. Malullük kavramı, gerek 5510 sayılı Kanunda gerekse mülga sosyal güvenlik kanunlarında tanımlanmamıştır¹⁰⁷². Esasen bu durum olağandır. Zira sosyal güvenlik sistemleri sosyal riski yansıtan kavramları içeriği

¹⁰⁷¹ Öğretide aynı sonuç 1479 sayılı Kanuna tabi olanlar için de 5510 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi ile kabul edilmiştir, bkz. **Ekmekçi**, Değerlendirme, 327.

¹⁰⁷² TDK’nun Büyük Türkçe Sözlüğünde ve Güncel Sözlüğünde malullük kavramı, “sakatlık” olarak ifade edilmiştir (www.tdk.gov.tr). Türk Hukuk Lügatı’na göre maluliyet, bir kişinin dıştan gelen etki veya bir kaza ya da hastalık neticesinde hareket yeteneğini tümüyle ya da kısmen kaybetmesidir, (http://www.turkhukukurumu.org.tr/thl/metin/M.pdf). Ancak sosyal güvenlik hukuku açısından malullüğü, belirtilen tanımlardaki gibi ifade etmek yetersiz olacaktır. Gerçekten sakatlık, dahil olduğu alana ve onu düzenleyen mevzuata göre farklı biçimde tanımlanarak, değişik biçimde adlandırılmaktadır, **Akın**, Maluliyet, 155. Öğretide maluliyet, çalışma gücünün sürekli biçimde kısmen veya tamamen kaybedilmesi sonucunu doğuran sağlık bozukluğu hali olarak tanımlanmıştır, **Tuncay/Ekmekçi**, 301. Bundan başka maluliyetin, sosyal güvenlik hukuku bağlamında belirli düzeye gelmiş sakatlığı ifade ettiği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, malullük sigortası kapsamında sigorta yardımlarına hak kazanılabilmesinin sakatlık oranının belli bir orana ulaşmasına bağlı tutulduğu ve bu oranlara ulaşanların malul sayıldığı belirtilmiştir **Akın**, Maluliyet, 155. Malullük sigortasında öncelikli olarak, çalışamayan iş göremez duruma düşen kişiye yardım yapılması amaç edinilmektedir. Bu durumdaki kişilerin bazı hukuki korumalardan ve kolaylıklardan yararlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, malullük kavramının tanımı, mutlaka “iş göremezliği” barındırmalıdır. Ancak her iş göremezlik değil, belirli iş göremezlikler sigorta kapsamında olabilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, iş göremezliğe neden olan bütün sağlık bozukluğu hallerine bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik malul sayılmak için yeterli değildir. Sağlık bozukluğuna bağlı iş göremezliğin, “çalışma gücünün” ya da “meslekte kazanma gücünün” belli oranda yitirilmesine bağlı olarak ortaya çıkması gerekmektedir. Daha net bir ifadeyle sağlık bozukluğu, çalışma gücünün ya da meslekte kazanma gücünün kaybına neden olmalıdır. Dolayısıyla, sosyal güvenlik hukuku bakımından malullük, çalışma ya da meslekte kazanma gücünün kaybı şeklinde görünen sonuçtur. Tüm bu açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, herhangi bir nedenle meydana gelecek sağlık bozukluğuna bağlı olarak çalışma gücünün ya da iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle oluşacak sağlık bozukluğuna bağlı meslekte kazanma gücünün ilk defa sigortalı olunan tarihten sonra belirli oranda kaybedilmesi halinde sosyal güvenlik hukuku bakımından malullük sonucu ortaya çıkacaktır.

itibariyle tanımlamak yerine, sadece kendi belirledikleri şartlara bağlı olarak riskin ortaya çıktığını kabul etmektedir¹⁰⁷³.

Yürürlükteki düzenlemede belirlenen şartlara değinmeden önce ifade etmek gerekir ki, mülga Kanunlar döneminde sadece iş sözleşmesine göre çalışan sigortalılar ile bağımsız çalışan sigortalılar bakımından herhangi bir fark yaratılmadan, çalışma gücünün herhangi bir olaya bağlı olarak aynı oranda (2/3) kaybı halinde, sigortalının malul sayılabileceği düzenlenmişti¹⁰⁷⁴. Devlet memuru ve kamu görevlileri içinse farklı esaslar benimsenmişti.

506 sayılı Kanunun 53. maddesinde, “a)...*çalışma gücünün en az 2/3 ünü yitirdiği*, b) 34. madde gereğince yapılan tedavi sonucunda [...] *çalışma gücünün en az 2/3 ünü yitirdiği*” Kurumca tespit edilen sigortalının malul sayılacağı hükme bağlanmıştı. Benzer düzenleme, bazı farklılıklarla 1479 sayılı Kanunda bağımsız çalışanlar için de kabul edilmişti. Bahsi geçen Kanunun 28. maddesinde, *çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirdiği belirlenen sigortalının* malul olacağı açıkça düzenlenmişti. Görüldüğü üzere, 506 sayılı Kanunun 53. maddesinin (a) bendindeki düzenleme bağımsız çalışanlar için yinelenmişti. Buna mukabil 1479 sayılı Kanunda, 506 sayılı Kanunun 53. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmemişti. Farklı bir ifadeyle, bağımsız çalışanlar için hastalığa bağlı olarak yapılacak sağlık yardımı neticesinde, sigortalının iyileşememesi ve çalışma gücünü belirli oranda yitirmesine bağlı olarak malul sayılması mümkün değildi. Açıklanan farklılığın söz konusu dönem bakımından eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı kısaca değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesine göre çalışan sigortalı, (b) bendindeki düzenleme olmasaydı dahi, zaten hastalığına bağlı olarak çalışma gücünün üçte ikisini kaybettiğinde (a) bendi gereği malul sayılabilecekti¹⁰⁷⁵. Dolayısıyla (b) bendi, 506 sayılı Kanunun kapsamındaki

¹⁰⁷³ Akın, Yeni Malullük Sigortası, 882, 883.

¹⁰⁷⁴ Mülga kanunlardaki açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 11. bası, 404 vd., 606 vd., 672 vd.; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 146; Akın, Maluliyet, 157; aynı yazar, Yeni Gelişmeler, 38; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 188.

¹⁰⁷⁵ Tuncay/Ekmekçi, 344; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 146; Akın, Maluliyet, 159; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 189. Yapılan değişiklik ile düzenlemenin çalışma gücünü en az 2/3’ünü yitirmesine ilişkin koşulun tekrarı niteliğine dönüştüğü ileri sürülmüştür, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 421.

sigortalılar için malullüğü gerektiren farklı bir olasılık sunmamaktaydı¹⁰⁷⁶. Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı bir durum söz konusu değildi. Ancak hükmün bağımsız çalışan sigortalılara nazaran farklı olanak sunmaması 2003 yılı sonrası için geçerli olmuştur. Zira 2003 yılından önce, 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalının hastalık sigortasından yapılan tedavi neticesinde iyileşemeyeceğinin raporla belgelenmesi durumunda, kendisi çalışma gücünü *en az 2/3 oranında kaybetmemiş olsa bile* malul sayılabilmekteydi¹⁰⁷⁷. Böylece malullüğü gerektiren farklı bir olasılık, eşitlik ilkesine aykırı biçimde 2003 yılı öncesindeki düzenleme nedeniyle sadece 506 sayılı Kanun kapsamındakiler için bulunmaktaydı. 2003 yılında yapılan değişiklik neticesinde hüküm, malullüğü doğuran farklı bir olanak sunma işlevini yitirmiştir. Hükmün 2003 yılından sonraki şekli ile herhangi bir işlevi olmadığı için 5510 sayılı Kanuna alınmamış olması isabetli olmuştur¹⁰⁷⁸. İfade edelim ki, 2003 yılından önceki gibi olanağı sadece iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan sigortalılar için mümkün kılmak ise, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ederdi. Bu bakımdan, düzenlemenin 2003 yılından önceki biçimiyle de 5510 sayılı Kanunda bulunmaması isabetlidir.

5434 sayılı Kanunda, çalışma gücü kavramına yer verilmeden maluliyet hali daha geniş kapsamlı biçimde düzenlenmişti. Adı geçen Kanunun 44. maddesinde “*Her ne sebep ve suretle olursa olsun vücutlarında hasıl olan arızalar veya düçar oldukları tedavisi imkansız hastalıklar yüzünden vazifelerini yapamayacak duruma giren iştirakçilere (malul) denir ve haklarında bu Kanunun malullüğe ait hükümler uygulanır.*” düzenlemesi yer almaktaydı. Görüldüğü üzere, 506 ve 1479 sayılı Kanunlardan farklı olarak, çalışma gücü ya da meslekte kazanma gücü kavramlarına 5434 sayılı Kanunda yer verilmediği gibi, kaybın rakamsal olarak oranı üzerinde de durulmamıştı¹⁰⁷⁹.

5510 sayılı Kanunun 25. maddesinde ise, “... 4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün [...] en az %60’ını, (c) bendi

¹⁰⁷⁶ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 146. Akın, Maluliyet, 158; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 189.

¹⁰⁷⁷ Tuncay/Ekmekçi, 342; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 146.

¹⁰⁷⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 420; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 146, Akın, Maluliyet, 159; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 189.

¹⁰⁷⁹ Aslanköylü, Malullük Sigortası, 189; 5434 sayılı Kanunun malul sayılmayı iştirakçinin görevini yapamayacak olmasına bağladığını, bunun bir anlamda çalışma gücü kaybı olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Akın, Maluliyet, 159; aynı yazar, Yeni Gelişmeler, 39.

kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün¹⁰⁸⁰ en az %60'ını [...] kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı, malul sayılır.” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.

Hükmün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, malullüğe sebebiyet veren *çalışma gücünü yüzde altmış oranında kaybetmek* ölçütü, hukuki statü ayrımı gözetmeksizin iş sözleşmesine göre çalışanlar ile devlet memuru/kamu görevlileri ve bağımsız çalışanlar için -herhangi bir fark yaratılmadan- kabul edildiğinden eşitlik ilkesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Gerçekten aynı ölçüt, aynı uygulama esasları çerçevesinde sigortalıların tamamı için, sigortalılık ilişkisini doğuran faaliyetin özelliğinden bağımsız biçimde kabul edilmiştir¹⁰⁸¹. Böylece, kişi hangi bent kapsamında sigortalı olursa olsun, *herhangi bir nedenle¹⁰⁸² çalışma gücünü en az %60 oranında kaybetmişse* malul

¹⁰⁸⁰ “Çalışma gücü kaybı” kavramı, hukukumuzda tanımlanmamıştır. Öğretide bedensel zarar nedeniyle sigortalının kendi durumundaki kişilerden daha az kazanç elde edebilmesi şeklinde ifade edilmiştir, **Akın**, Maluliyet, 164. Farklı bir deyişle, kişinin ilgili piyasada kazanç sağlayabilme yeteneğini yitirerek, durumuna uygun işte çalışamaması anlamına gelmektedir, **Akın**, Maluliyet, 165. Dolayısıyla, çalışma gücünün kaybında, sigortalının malul duruma düştüğü sırada yürüttüğü işi yapabilme yeteneğindeki kayıp değil, yapabileceği diğer işlerde dikkate alınarak kazanç kaybı esas alınmalıdır. Belirtelim ki, bu bakımdan önemli olan hareket kabiliyetinin değil, kazanç elde etme yeteneğinin azalmasıdır. İki durum her zaman aynı olay için de yer almayabilir. Gerçekten hareket yeteneği olan sigortalı çalışma gücünü kaybetmiş veya hareket yeteneği sınırlı olan sigortalı çalışma yeteneğine sahip olabilir, **Akın**, Maluliyet, 164. Örneğin, hareket yeteneğine sahip ancak hastalık yayan sigortalı çalışma gücünü tamamen ya da kısmen kaybetmiş sayılabilir, ancak ayağı kırılan bir kişi saat tamirciliğine devam edebilir, **Akın**, Maluliyet, 165. Dolayısıyla, çalışma gücü kaybindan, kazanç elde etme yeteneğinin azaldığının anlaşılması yerinde olacaktır. Bu durum malullük sigortasıyla güdülen amaca da uygundur. Gerçekten malullük sigortasının, kazancından yoksun kalan sigortalılara güvence sağlamak amacıyla olduğu düşünüldüğünde, çalışma gücünün yitirilmesinin önemli olduğu rahatlıkla savunulabilir. Alman hukukunda çalışma gücü kaybı kavramına karşılık olmak üzere, gelir elde edemezlik ifadesi kullanılmaktadır. Sigortalının bir hastalık ya da sakatlık nedeniyle öngörülemeyen bir süre için çalışma piyasasının olağan koşulları altında günlük en az altı saatlik gelir elde edemez duruma düşmesi kısmi gelir elde edemezlik; buna mukabil en az üç saat gelir edemez durumda olması ise tam gelir elde edemezlik olarak adlandırılmıştır **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 505; **Tuncay/Ekmekçi**, 367. Sonuç olarak, çalışma gücünün kaybı, sigortalının genel çalışma piyasasında herhangi bir faaliyette gelir elde edebilme yeteneğine sahip olup olmamasına göre belirlenir. Maluliyet Tespit İşlemleri Yönetmeliği’nin 9. ve 10. maddelerinde hangi durumlarda çalışma gücünün yüzde altmış oranının kaybedilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Öğretide çalışma gücü kaybı “...genel olarak çalışma piyasasındaki herhangi bir mesleği (iş) yerine getirebilme yeteneğinin kaybı...” şeklinde tanımlanmıştır, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 147. Bundan başka kavram sigortalının çalışırken eskiye göre daha düşük bir performansla sergilemesi şeklinde de tanımlanmıştır, **Tuncay/Ekmekçi**, 313.

¹⁰⁸¹ Oysa aşağıda açıklandığı üzere, meslekte kazanma gücünün kaybı ölçütü, farklı esaslarla kabul edilmiştir.

¹⁰⁸² Çalışma gücünün kaybına neden olan sağlık bozukluklarının nedeni önemli değildir. Herhangi bir olay, hastalık, sakatlık vb. neden çalışma gücünün kaybına sebebiyet vermiş olabilir. Bu nedenin ya da oluşacak sağlık bozukluğunun ne şekilde isimlendirildiğinin önemi bulunmamaktadır. Aynı şekilde ortaya çıkan sağlık bozukluğu halinin sakatlık, engellilik, hastalık, özürülük olarak ifade edilmesinin bir önemi yoktur. Her ne ad altında olursa olsun ortaya çıkacak sağlık bozukluğunun sadece doğurduğu sonucun önemi bulunmaktadır. Ruh hastalıkları da maluliyete yol açabilir, Y. 21 HD. t. 03.05.2011, E. 2010/3927, K. 2011/4150; Y. 10. HD. t. 20.12.2004, E. 2004/8985, K. 2004/12129, www.legalbank.net. Buna mukabil, sağlık bozukluğuna neden olan olay bir iş kazası ya da meslek hastalığı ise, bu durum malullük kavramı bakımından önem taşır. Zira, meslekte kazanma gücünün kaybına neden olan sağlık bozukluğunun -kural olarak- iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanması gerekmektedir. Daha net bir ifadeyle, meslekte kazanma gücünün herhangi bir olaya bağlı olarak değil, sadece iş kazası ve meslek hastalığı olarak nitelenebilen olay neticesinde yitirilmesi halinde malullük söz konusu olacaktır, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 147; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 45; **Akın**, Yeni Malullük Sigortası, 903; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 188. Benzer şekilde *vazife malullüğünden* bahsedebilmek için de malullüğe neden olan olayın niteliği dikkate alınmaktadır.

sayılacaktır¹⁰⁸³. Belirtilen oranda çalışma gücünü kaybeden sigortalının kusurlu olup olmaması da önemli değildir¹⁰⁸⁴. Buna göre sigortalı, trafik kazası ya da evde geçirdiği kaza veya intihara teşebbüs vb. herhangi bir olay sonucu en az %60 oranında çalışma gücünü yitirirse malul sayılacak¹⁰⁸⁵ ve aşağıda açıklanan şartların varlığı halinde de aylıktan yararlanabilecektir.

Sonuç olarak malullüğün, çalışma gücündeki kayıp esas alınarak belirlenmesinde, buna neden olan olay ve ortaya çıkması gereken malullük oranı açısından sigortalılar arasında fark yaratılmayıp, ortak esaslara yer verilmesi eşitlik ilkesi bakımından yerindedir¹⁰⁸⁶.

Düzenleme eşitlik ilkesi açısından isabet taşıdığı gibi çalışma kayıp oranının düşürülmüş olması da yerindedir. Gerçekten, yukarıda aktardığımız yürürlükten önceki ve sonraki düzenlemeler kıyaslandığında, iş sözleşmesine göre (m.4/I,a) ve bağımsız (m.4/I,b) çalışan sigortalılar için olumlu yönde değişiklik getirildiği görülmektedir¹⁰⁸⁷. Zira yürürlükten kaldırılan hükümlere göre çalışma gücünün %66'sını (2/3'ü) kaybedenler malul sayılabilirken, yeni düzenlemenin gereği olarak %60 oranındaki kayıp yeterli olacaktır¹⁰⁸⁸. Yürürlükteki düzenlemeyle, belirtilen kapsamdaki sigortalılar için malul sayılma kolaylaştırılmış ve böylece sosyal korumanın kapsamı genişletilmiştir¹⁰⁸⁹. İş sözleşmesine göre çalışanlar ile bağımsız çalışanlar için olumlu yönde nitelendirilebilecek bu değişiklik, aynı özelliği -5434 sayılı Kanun dikkate alındığında- devlet memuru ve kamu görevlileri açısından taşımamaktadır. 5434 sayılı Kanunda yer alan düzenleme, 5510 sayılı Kanundaki hükme kıyasla, devlet memurları ve kamu görevlileri için daha leheydi. Ancak bu şekilde sadece devlet memurları ve kamu görevlileri için lehe düzenlemenin yapılmasını gerektirecek haklı neden olmadığından, yürürlükteki düzenlemede -yukarıda ifade edildiği şekilde- Kanun

¹⁰⁸³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 421; Tuncay/Ekmekçi, 342; Tuncay, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 44; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 146, 147; Alper, Sosyal Sigortalar, 230; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 188.

¹⁰⁸⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 421; Tuncay/Ekmekçi, 342; Tuncay, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 44; Tunçomağ, 380; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 147; Ozanoğlu, 4.

¹⁰⁸⁵ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 147; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 188.

¹⁰⁸⁶ Kanunun birçok hükmünün AYM tarafından iptalinden önce de çalışma gücünün kaybı açısından farklı hukuki statüdeki sigortalılar arasında aynı hüküm mevcuttu. Kanunun ilk haline ilişkin açıklamalar için bkz. Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 145 vd.; Akın, Maluliyet, 160; Saraç, 125.

¹⁰⁸⁷ Akın, Maluliyet, 204.

¹⁰⁸⁸ Tuncay, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 45; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 147; Akın, Maluliyet, 204; aynı yazar, Yeni Malullük Sigortası, 901. Tasarıda ise, mülga Kanunlarda olduğu gibi çalışma gücünün en az 2/3'ünün kaybı durumunda malullük halinin ortaya çıkabileceği kabul edilmişti. Tasarının bu şekilde kanunlaşmamış olması isabetli olmuştur.

¹⁰⁸⁹ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 147.

kapsamına giren bütün sigortalılar açısından herhangi bir nedene bağlı olarak, çalışma gücünün aynı oran ile kaybedilmesinin şart koşulması eşitlik ilkesi açısından son derece isabetli olmuştur.

2. İş Sözleşmesine Tabi Çalışanlarla Bağımsız Çalışanlar İçin Kabul Edilen Ortak Şart: Meslekte Kazanma Gücünün %60'ının Kaybedilmesi

Malullüğün belirlenmesinde başka bir ölçüt olarak “meslekte kazanma gücünün kaybı” 5510 sayılı Kanunda yer almıştır¹⁰⁹⁰. 506 sayılı Kanun döneminde -yürürlükteki düzenlemeyle aynı esaslara yer verilerek- iş kazası ya da meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü %60 oranında kaybeden sigortalının malul sayılabileceği düzenlenmişti (506 s.K. m.53/A,1,c). Buna mukabil, bağımsız çalışanlar için meslekte kazanma gücüne bağlı olarak maluliyet hali öngörülmemiştir. Belirtilen ölçüt bağımsız çalışanlar için öngörülmediğinden, *zararlandırııcı olayın niteliği* maluliyetin belirlenmesinde önem taşımamakta, olayın niteliği aylık bağlanmasına ilişkin koşulu etkilemekteydi. Gerçekten, bağımsız çalışanın iş kazası veya meslek hastalığı sonucu çalışma gücünün üçte ikisinin kaybı halinde, prim ödemiş olma şartının aranmayacağı 1479 sayılı Kanunda belirtilmiştir.

5510 sayılı Kanunda ise, “çalışma gücünün kaybı” ölçütü gibi, “meslekte kazanma gücünün kaybı” ölçütü de Kanun kapsamındaki sigortalıların tamamı için maluliyeti belirleyen bir hal olarak kabul edilmiştir. Ancak sigortalılar için çalışma gücü kaybindan farklı olarak, meslekte kazanma gücünün kaybına bağlı oluşacak malullük hali, ortak bazı hükümlerin yanında, farklı şartlarla öngörülmüştür. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 25. maddesinde meslekte kazanma gücünün kaybı bakımından ortak ve farklı şartların varlığı açık bir şekilde görülmektedir. Bahsi geçen maddede “...4 üncü

¹⁰⁹⁰ Çalışma gücü kaybı kavramı gibi meslekte kazanma gücü kaybı kavramı da Kanunda tanımlanmamıştır. Meslekte kazanma gücü, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak meydana gelen malullük durumlarında önem taşımaktadır. İfade edilen sosyal risklere bağlı olarak vücut bütünlüğü ihlal edilen sigortalının bu nedenle mesleğini tam ya da gereği gibi yürütememesi, meslekte kazanma gücünün kaybı olarak adlandırılmaktadır. Alman sosyal güvenlik hukukunda mesleği yürütemezlik kavramı tercih edilmiştir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 505. Buna göre, gelir elde etme yeteneği, benzer bilgi, eğitim ve yeteneğe sahip sağlıklı bir sigortalıya göre yarıdan aza inen kişi mesleği yürütemez durumdadır, **Akın**, Maluliyet, 179. Sigortalının bu durumu değerlendirirken dikkate alınacak meslekler, o kişinin yapabileceği, eğitimine ve daha önceki iş deneyimlerine uygun olmalıdır. Dolayısıyla, geniş kapsamlı gruba yönelik değerlendirme söz konusudur. Caniklioğlu tarafından meslekte kazanma gücü kaybı “...sigortalının mesleğini ya da bir başka ifadeyle görmekte olduğu işi yerine getirmesi için gerekli niteliklerin kaybı...” şeklinde ifade edilmiştir, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 147. Bundan başka, öğretilde meslekte kazanma gücünün kaybı kavramının sigortalının mesleğini ya da görmekte olduğu işi yerine getirmesi için gerekli olan nitelikleri kaybetmesi şeklinde tanımlandığı da görülmektedir, **Tuncay/Ekmekçi**, 313.

maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için... iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için [...] vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği [...] tespit edilen sigortalı, malul sayılır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Buna göre, m.4/I,(a) ve (b) çerçevesinde sigortalı olan kişinin “iş kazası ve meslek hastalığı” sonucu “meslekte kazanma gücünü” %60 oranında kaybetmesi halinde malullük durumu ortaya çıkar¹⁰⁹¹. Böylece, belirtilen kapsamdaki sigortalılar için herhangi bir fark yaratılmayarak, bunların iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak meslekte kazanma gücünü belirli oranda yitirmeleri malullük halinin doğumu için ortak şart durumuna getirilmiştir. Ancak bu olasılıkta meslekte kazanma gücünü doğuran olayın niteliği önem taşımaktadır. Bunun sonucunda da iş kazası ya da meslek hastalığı dışında herhangi bir nedenle meslekte kazanma gücünün en az %60 oranında yitirilmesi halinde malullük durumundan bahsedilemez¹⁰⁹². Önemle belirtmek gerekir ki, meslekte kazanma gücü kaybı ölçütünün devlet memurları ve kamu görevlileri için uygulanması farklılık göstermektedir. Aşağıda da açıklanacağı üzere, m.4/I, (c) kapsamındaki sigortalılar için herhangi bir rakamsal oran öngörülmemiştir.

Her ne kadar belirtilen şekilde m.4/I,(a) ve (b) kapsamındaki sigortalılar için ortak şarta yer verilmişse de, Kanunda iş kazası ve meslek hastalığı bakımından benimsenen sistem

¹⁰⁹¹ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 423; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 45. Çalışma gücü kaybının ve meslekte kazanma gücü kaybının, malullük halinin doğumuna neden olan ölçütler olduğu daha önce belirtilmişti. Yukarıda da ifade edildiği üzere, çalışma gücünün kaybına herhangi bir neden yol açabilirken; meslekte kazanma gücünün yitirilmesine sadece iş kazasının veya meslek hastalığının neden olması halinde maluliyetten bahsedilebilir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 423; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 147. Çalışma gücünün kaybına yol açan nedenle, meslekte kazanma gücünün kaybını doğuran neden arasında fark yaratılmışsa da, her iki durumda da kayıp oranının %60 olarak belirlenmiş olması isabetli olmuştur. Farklı bir deyişle, çalışma gücü ve meslekte kazanma gücü kayıp oranları –Kanunun ilk halinde olduğu gibi- aynı rakamsal değerle ifade edilmiştir, **Akın**, Maluliyet, 161. Yürürlükteki düzenlemelerden önce 506 sayılı Kanunda aynı sonucu doğuran ölçütler için farklı oranlar öngörülmesi isabet taşımamaktaydı. Zira 506 sayılı Kanunda çalışma gücünün 2/3'ünün, meslekte kazanma gücünün ise, %60'ının kaybı dikkate alınmıştı, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 145. Böylece, malullüğün kaynağını oluşturan nedenlerdeki kayıp oranları sadece farklı terimlerle değil, aynı zamanda farklı değerlerle de ifade edilmiştir. Bu farklılığın temelinde çalışma gücü kaybının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerle, meslekte kazanma gücü kaybının tespitinde dikkate alınan değerlerin birbirinden farklı olmasının yattığı belirtilmiştir, **Akın**, Maluliyet, 161; *aynı yazar*, Yeni Malullük Sigortası, 901. Söz konusu durum, kayıp oranının ondalık ve yüzde olarak ifadesini haklı kılmaktaysa da, farklı oranların benimsenmesini haklı kılmamaktaydı. Tasarıda da, çalışma gücünün ve meslekte kazanma gücünün kaybında farklı rakamlarla da olsa (2/3 ve %66) aynı oran esas alınmıştı. Kanunlaşan metinde % 66 (2/3) yerine, %60 oranının kabul edilmiş olması isabetli olmuştur. Bu sayede, 506 sayılı Kanundan farklı olarak -sadece meslekte kazanma gücünü değil- çalışma gücünü %60-%65 kaybedenler de malul sayılabilecektir. Bu şekilde sosyal korumanın kapsamı genişletilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, 1479 sayılı Kanunda meslekte kazanma gücünün kaybına bağlı olarak malullük hali kabul edilmemiştir.

¹⁰⁹² **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 423; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 147.

gereği uygulamada eşitsizlikler ortaya çıkacaktır. Kazanın iş kazası, hastalığın da meslek hastalığı niteliğinde olduğunun tespiti, Kanunun 13. ve 14. maddelerine ve Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinin ekindeki meslek hastalıkları listesine göre belirlenecektir¹⁰⁹³. Yukarıda da açıklandığı üzere, iş kazası hallerinin bağımsız çalışanlar için daha dar kapsamlı düzenlenmiş¹⁰⁹⁴ olmasına bağlı olarak, belirtilen ortak şart çerçevesinde kendilerinin malul sayılma ihtimalleri de azalacaktır. Örneğin, m.4/I,(a) çerçevesindeki sigortalı, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında zararlandırıcı olayla karşılaşır ve meslekte kazanma gücünü en az %60 oranında yitirirse malul sayılabileceken; bağımsız çalışan sigortalının aynı durumda geçirdiği kaza m.13 hükmüne göre iş kazası olarak kabul edilemeyeceğinden, malullük aylığından yararlanması da söz konusu olmayacaktır. Bağımsız çalışan sigortalı bu olayda *çalışma gücünü* en az %60 oranında kaybetmesi halinde malul sayılabilecektir. Ortaya çıkan farklılığın haklı nedene dayanmadığı ve bağımsız çalışanlar için de iş kazası hallerinin genişletilmesi gerektiği yukarıda belirtmiştir¹⁰⁹⁵.

Tüm bunlara rağmen yine de, 506 ve 1479 sayılı Kanunlardaki hükümler dikkate alındığında, hukuki statü temelindeki eşitsizliğin büyük oranda giderilmiştir. Gerçekten sonuç olarak, 1479 sayılı Kanun döneminde iş kazasına ya da meslek hastalığına bağlı olarak meslekte kazanma gücünü %60 oranında kaybeden, ancak çalışma gücünü belirtilen oranda kaybetmeyen sigortalı malul sayılamayacakken; yürürlükteki

¹⁰⁹³ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 423. Kazanın iş kazası, hastalığında meslek hastalığı niteliğinde olduğunun tespiti, Kanunun 13. ve 14. maddelerine ve Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin ekindeki meslek hastalıkları listesine göre belirlenecek olması, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile malullük sigortası arasında yeknesaklığın sağlanması açısından yerinde olmuştur. Gerçekten aksi halde, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında iş kazası ve meslek hastalığı olarak nitelenen bir olaya bağlı olarak sürekli iş göremezlik geliri alabilen sigortalı, malullük sigortası bakımından olayın farklı değerlendirilmesi halinde malullük aylığı alamamaktaydı. Bunun haksızlıklara yol açtığı ise ortadaydı. Yapılan bu düzenleme ile bir olayın iki ayrı sigorta kolu açısından farklı şekilde nitelendirilmesinin önüne geçilerek, olası eşitsizlikler önlenmiştir. Maluliyet oranının belirlenmesinde 506 sayılı Kanun döneminde verilmiş karara dikkat çekmek gerekir. Buna göre, öncelikle, maluliyet oranı ve başlangıcının belirlenmesi gerekir. Bunun için, 506 Sayılı Kanunun 109. maddesindeki (5510 Sayılı Kanunun 95. maddesi) prosedür işletilerek, öncelikle. Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulundan rapor alınması. Yüksek Sağlık Kurulu raporu Kurum açısından bağlayıcı olmasına karşın, davacının bu rapora itiraz hakkı bulunduğu ve bu halde ise, (Adli Tıp Kurumundan rapor alındığı gözetilerek) Tıp Fakültesi ilgili kürsü konseyinden rapor alınmak suretiyle, sigortalının meslekte kazanma güç kaybı oranı ve başlangıcının çelişkiden uzak ve kesin olarak belirlenmesi gerekirken; yukarıda belirtilen prosedür işletilmeksizin, doğrudan Adli Tıp Kurumu'ndan alınan rapora dayalı olarak karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırıdır, Y. 10.HD., 14.02.2012 t., E.2012/2600, K. 2012/2203; aynı yöndeki bir başka karar Y.10.HD., 07.07.2011 t., E.2011/8538, K.2011/10427, www.legalbank.net

¹⁰⁹⁴ bkz. §7, I, 2.

¹⁰⁹⁵ bkz. §7, I, 2.

düzenleme ile artık malul olabilecektir. Öğretide bunun bağımsız çalışanlar için önemli bir değişiklik olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁰⁹⁶.

3. Kamu Görevlileri ve Devlet Memurları İçin Kabul Edilen Şart: Meslekte Kazanma Gücünün Vazife Yapılamayacak Derecede Kaybedilmesi (Adi Malullük Benzeri Hal)

Yukarıda aktardığımız madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, devlet memurları ve Kamu görevlileri (m.4/I,c) bakımından *meslekte kazanma gücüne bağlı olarak* çıkacak maluliyet hali için farklı esaslara yer verilmiştir (m.25). Buna göre, m.4/I,(c) çerçevesinde sigortalı olanlar *vazifelerini yapamayacak derecede herhangi bir nedenle meslekte kazanma gücünü yitirirlerse* malul sayılabileceklerdir¹⁰⁹⁷.

Söz konusu düzenleme, 5434 sayılı Kanunda sandık iştirakçileri için kabul edilen “adi malullük” haline benzemektedir. Bahsi geçen Kanunun 44. maddesinde adi malullüğe ilişkin “*Her ne sebep ve suretle olursa olsun vücutlarında hasıl olan arızalar veya dışarı oldukları tedavisi imkansız hastalıklar yüzünden vazifelerini yapamayacak duruma giren iştirakçilere (malul) denir ve haklarında bu Kanunun malullüğe ait hükümler uygulanır.*” şeklindeki düzenleme yer almaktaydı.

Görüldüğü üzere, her iki Kanunda da malullüğün doğumu için herhangi bir asgari rakamsal oran kabul edilmemiştir¹⁰⁹⁸. Ayrıca malullüğü doğuran neden de, her iki Kanun açısından önem taşımamaktadır¹⁰⁹⁹. 5434 sayılı Kanunda benimsenen anlayış gereği, sigortalının salt vazifesini yapamayacak duruma düşmesi, adi malul sayılması için yeterliydi. Benzer esasın yürürlükteki düzenleme için de söz konusu olduğu anlaşılmakla birlikte, 5434 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeye göre bazı farklılıklar dikkat çekmektedir. Gerçekten 5510 sayılı Kanundan farklı olarak, 5434 sayılı Kanunda “meslekte kazanma gücü kaybı” kavramına yer verilmemiştir. Bu farklılık nedeniyle, 5510 sayılı Kanunda sadece m.4/I,(c)’liler için malullüğü doğuran incelediğimiz ölçütün 5434 sayılı Kanunda olduğu gibi açıkça “adi malullük” olarak nitelendirilmesi mümkün olmamıştır. Buna mukabil, 5510 ve 5434 sayılı Kanunlarda yer alan ortak unsur

¹⁰⁹⁶ Akın, Yeni Malullük Sigortası, 903.

¹⁰⁹⁷ Güzel/Okur/Caniklioglu, 424.

¹⁰⁹⁸ Akın, Maluliyet, 211.

¹⁰⁹⁹ Akın, Maluliyet, 211.

nedeniyle “adi malullük benzeri bir hal” olarak değerlendirilmiştir. Diğer taraftan, m.4/I,(c) kapsamındaki sigortalılar için kabul edilen özel düzenlemenin yukarıda açıklanan “genel maluliyet” halinden oldukça farklı esasları barındırması da devlet memurları ve kamu görevlileri için “genel maluliyet” kavramının kullanılmasına engel olmaktadır. Gerçekten 5510 sayılı Kanunda, m.4/I,(c) hükmü kapsamında olanlar açısından meslekte kazanma gücünün kaybında herhangi bir asgari rakamsal oran aranmadığı gibi, bunu doğuran nedenin de önemi bulunmamaktadır¹¹⁰⁰.

Maluliyeti doğuran olayların niteliği bakımından sigortalılar arasında yaratılan bu farklılığın değerlendirilmesi gerekir. Hatırlanacağı üzere, m.4/I,(a) ve (b) bendi çerçevesinde sigortalı olanların meslekte kazanma gücü kayıplarının iş kazası ya da meslek hastalığı neticesinde ve %60 oranında olması gerekmektedir. Devlet memurları için meslekte kazanma gücü kaybının iş kazası ile ilişkilendirilmemesi Kanunun benimsediği sistem bakımından yerinde olmuştur. Gerçekten, Kanunun 13. ve 14. maddelerinde düzenlenmiş olan iş kazası ve meslek hastalığı m.4/I,(c) çerçevesinde sigortalı olanlar için uygulanmaz¹¹⁰¹. Diğer taraftan, iş kazasına benzeyen hallere Kanunun 47. maddesinde vazife malullüğü altında yer verilmiştir. Dolayısıyla, meslekte kazanma gücü kaybının bu hallerle ilişkilendirilmesi yerinde olurdu. Böylece, benzer olaylara aynı malullük hükümlerinin uygulanması öngörülerek, sigortalılar arasında norm birliği sağlanırdı. Oysa, bahsi geçen 47. maddede devlet memurları ve kamu görevlileri için sayılan iş kazası durumlarında ortaya çıkacak maluliyetin vazife maluliyeti olarak adlandırılacağı belirtilmiştir¹¹⁰². Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, olayın niteliği devlet memurlarının malul sayılmasını etkilememekte, sadece uygulama alanı bulacak malullük türünün belirlenmesinde rol oynamaktadır.

Yapılan farklı düzenleme nedeniyle, m.4/I,(a) veya (b) kapsamında sigortalı olan bir kimse iş kazası olarak nitelenemeyecek zararlandırıcı olay veya meslek hastalığı sayılmayan herhangi bir hastalık sonucunda, meslekte kazanma gücünü % 60 veya daha fazla kaybetse bile malul sayılamazken; benzer riske maruz kalıp, aynı şekilde etkilenen

¹¹⁰⁰ Güzel/Okur/Caniklioglu, 424; Akın, Yeni Gelişmeler, 40; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 188.

¹¹⁰¹ Akın, Maluliyet, 219.

¹¹⁰² Akın, Maluliyet, 219.

-hatta %60'lık oran aranmadığından daha az etkilenen- memur ise, malul kabul edilebilecek ve diğer şartların varlığı halinde kendisine aylık bağlanacaktır

Yapılan düzenlemeyle kanun koyucunun m.4/I,(c) kapsamındaki sigortalıya ayrı bir önem verdiği öğretide ileri sürülmüştür¹¹⁰³. Belirtilen şekilde sigortalılar arasında farklı sonuçları doğuracak düzenleme yapmanın ya da ileri sürüldüğü şekilde m.4/I, (c)'lilere ayrı bir önem vermenin haklı nedeni bulunmamaktadır. Özellikle kayıp oranı bakımından yaratılan farklılığı savunmak mümkün değildir. Malullüğün rakamsal oranı açısından 5510 sayılı Kanundan önce var olan haklı nedene dayanmayan ayırım, yürürlükteki düzenlemede de devam etmektedir. Kanunun ilk halinde kapsamdaki bütün sigortalılara aynı malullük şartlarının uygulanması kabul edilmişti¹¹⁰⁴. Gerçekten, “...iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı, malûllük sigortası bakımından malûl sayılır.”düzenlemesine yer verilerek bütün sigortalılar bakımından %60'lık kayıp oranı öngörülmüştü. Aynı anlayışın devam ettirilmesi eşitlik ilkesi açısından yerinde olacaktır. Zira bu farklılığın temelinde herhangi bir haklı, meşru bir sebep bulmak da mümkün görünmemektedir.

Kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında malul olmaya ilişkin 25. maddenin 3. fıkrasına da değinmek gerekir. Buna göre askeri hizmet sırasında malul duruma gelen sigortalı, asli işini yapabilir durumda ise kendilerine malullük aylığı bağlanmaz¹¹⁰⁵. Bu durumda sigortalının seçme hakkı yoktur. Farklı bir ifadeyle, malullük aylığını alma ve çalışma yaşamına son verme şeklinde seçimlik hakkı yoktur. Gerçekten madde hükmünün “yedek subay veya er olarak ya da talim, manevra, seferberlik veya harp dolayısıyla görevleri ile ilgileri kesilmeksizin silâh altına alındıkları dönemde malûl olup, bu malûllükleri asıl görevlerini veya işlerini yapmaya mani olmayanlar hakkında, bu hastalık veya özürleri sebebiyle malûllük sigortasına ilişkin hükümler uygulanmaz.” şeklinde olması aksi sonuca ulaşılmasına engeldir.

Belirli kapsamdaki sigortalılar içinse seçme hakkı tanınmış ve malullük aylığından yararlanma yerine talepte bulunduklarında başka bir vazifeye nakledilmeleri mümkün

¹¹⁰³ Aslanköylü, Malullük Sigortası, 188.

¹¹⁰⁴ Akın, Maluliyet, 162.

¹¹⁰⁵ Sözer, Sosyal Sigortalar, 253.

kılınmıştır. Bu halde eski görevlerinden istifa etmiş sayılan kamu görevlileri, daha sonra talep ederek geçtikleri vazifeleri sona erince, önceki malullükleri nedeniyle malullük aylığından yararlanma hakkını sürdürürler¹¹⁰⁶. Farklı bir ifadeyle, malullük aylığından yararlanma haklarını kaybetmezler. Buna imkân veren düzenleme şu şekildedir: “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalıların yazılı talepleri halinde, haklarında bu madde hükümleri uygulanmaksızın malûllüklerinin mani olmadığı başka vazife veya sınıflara nakil suretiyle tayinleri yapılmak üzere istifa etmiş sayılırlar. Bunların, istifa etmiş sayıldıktan sonra dahi, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını isteme hakları mahfuzdur. Ancak, kurumlarında başka vazife ve sınıflara nakli mümkün olanlardan özel kanunlarına göre yükümlülük süresine tabi olanlar, bu yükümlülüklerini tamamlamadıkça veya malûliyetlerinin yeni vazifelerine de mani olduğuna dair usulüne uygun yeniden rapor almadıkça bu haklarını kullanamazlar.” Söz konusu olanağın sadece kamu görevlilerine tanınmış olması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Böyle bir durumda devletin işveren sıfatıyla yükümlülük altına girdiği kabul edilmelidir. Esasen, başka bir iş verme yükümü, İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshinin son çare dikkate alınması gerekliliği söz konusudur. Feshin son çare olması ilkesi gereğince işveren işçiye işyerinde niteliklerine uygun başka bir iş veremekle yükümlüdür.

4. Çalışma ve Meslekte Kazanma Gücünün Kaybından Bağımsız Olarak Kamu Görevlileri ve Devlet Memurları İçin Kabul Edilen Özel Şart: Hastalık İzin Süresi

Buraya kadar incelenen malullüğün kaynağını oluşturan haller, bütün sigortalılar için öngörülen ortak ya da farklı şartlarla ilgiliydi. Bundan başka, kanun koyucunun “genel maluliyet” halini doğuran neden bakımından sadece devlet memurları ve kamu görevlileri için kabul ettiği durum da söz konusudur. Gerçekten, Kanunun 25. maddesinin beşinci fıkrasında m.4/I,(c) kapsamındaki sigortalıların malul sayılabilmesi için diğer sigortalılara sunulandan farklı bir olanak daha sağlanmıştır. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılardan, vazifelerini yapamayacak derecede hastalığa uğrayanlar, hastalıkları

¹¹⁰⁶ Sözer, Sosyal Sigortalar, 253.

kanunlarında tayin edilen sürelerden fazla devam etmesi halinde, hastalıklarının mahiyetlerine ve doğuş sebeplerine göre birinci fıkra uyarınca malul veya 47 inci madde hükümleri göre vazife malulü sayılırlar.” Aynı maddenin altıncı fıkrasında, personel kanunlarına tabi olmayanlar bakımından hastalığın devam etmesi gereken sürenin nasıl belirleneceği açıklanmıştır: “4 üncü maddenin birinci fıkrasının c bendi kapsamındaki sigortalılardan; personel kanunlarına tabi olmayanların hastalık sebebiyle malul sayılmalarına esas alınacak hastalık süresi hakkında kendi özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun hastalık iznine ilişkin hükümleri uygulanır. Kanunlarındaki yazılı sürelerden önce geçen hastalığı en çok bir yıl içinde nüksetmesi halinde eski ve yeni hastalık süreleri birleştirilmek suretiyle işlem yapılır”¹¹⁰⁷.

Kamu Görevlilerinin Maluliyet İşlemleri Hakkında Tebliğ’in 5. maddesinde, belirtilen düzenlemelere uygun olarak, personel kanunlarına tabi olanların hastalıklarının kanunlarında tayin edilen sürelerden fazla devam ettiği, olmayanların ise hastalık sebebiyle malûl sayılmalarına esas alınacak hastalık süreleri hakkında kendi özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun hastalık iznine ilişkin hükümleri uygulanmak suretiyle bu süreleri doldurdıkları tespit edilen sigortalıların malul sayılacağı hükme bağlanmıştır¹¹⁰⁸.

Anılan düzenlemeler uyarınca, vazifelerini yapamayacak derecede hastalığa uğrayan devlet memurları, hastalıklarının kanunlarında tayin edilen sürelerden fazla devam etmesi halinde, hastalıklarının mahiyetlerine ve doğuş nedenlerine göre malul ya da vazife malulü sayılırlar. Bu durumdaki sigortalıların malul duruma düşmeleri için çalışma güçlerini %60 oranında ya da vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma güçlerini kaybetmeleri gerekip gerekmediği belirlenmelidir.

Devlet memurlarının ya da kamu görevlilerinin hastalıkları nedeniyle hak kazandıkları izin sürelerinin sonunda, sadece 25. maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlar altında

¹¹⁰⁷ İfade etmek gerekir ki, benzer bir düzenleme sandık iştirakçileri için 5434 sayılı Kanunun 47. maddesinde yer almaktaydı.

¹¹⁰⁸ Aynı düzenleme SSIY m. 49/(3), (c)’ de yer almaktadır. Öğretide kanunda yer almayan olanağın yönetmelikle getirilmesinin kanuna ters düştüğü ileri sürülmüştür, bkz **Tuncay/Ekmekçi**, 343. Kanımızca yönetmelikteki hüküm kanundaki hükmün tekrarı niteliğindedir. Ancak Kanunun ilk halindeki gibi bu şekilde farklı olasılık sunmayan bir düzenleme olmasaydı, bu takdirde yönetmeliğin Kanuna aykırılığından bahsedilebilirdi düşüncesindeyiz.

malul sayılabileceğinin kabul edilmesi durumunda, 25. maddenin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemenin bir önemi kalmaz. Özellikle 5510 sayılı Kanunun ilk halinde bu yönde düzenlemenin olmaması ancak yapılan değişiklikle belirtilen hükmün 5434 sayılı Kanunda olduğu gibi yeniden getirilmesi, düzenlemenin farklı bir olasılık sunmak amacıyla yapıldığını göstermektedir. Söz konusu değişiklik olmadan da, devlet memurları 25. madde hükmüne göre malul nitelenebilir. Ayrıca Devlet Memurlar Kanunu'nun 105. maddesinde, verilmesi gereken izin gün sayıları belirtildikten sonra, izin süresinin sonunda iyileşemeyen memur hakkında emeklilik hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu şekilde, 5510 sayılı Kanunun 25/V hükmüyle, DMK'nın 105. madde hükmü arasında benzerlik sağlandığı anlaşılmaktadır. Yukarıda aktardığımız Tebliğ'de (m.5/(4)) ve SSİY'de (m.49/c) yer alan düzenlemelerde de sürelerin doldurulduğu tarih itibarıyla kişinin malul sayılacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında aksi sonuca varmak mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, devlet memurları, hastalıklarının belirli süre devam etmesi durumunda çalışma gücündeki kayıp oranı ya da meslekte kazanma gücünü kaybedip kaybetmediği dikkate alınmaksızın malul sayılabilecektir. Farklı bir deyişle, 5510 sayılı Kanunda devlet memurlarının vazifelerini yapmalarına engel olan hastalıklarının kanunlarında öngörülen süreden daha fazla sürmesi halinde, başka bir şart aranmadan malul sayılması öngörülmüştür.

Yukarıda da değinildiği üzere, benzer bir olanak 506 sayılı Kanunda, 2003 yılında yapılan değişiklikten önce anılan Kanun kapsamında sigortalı olanlar için de söz konusuydu. Buna göre, hastalık sigortasından yapılan tedavi neticesinde sigortalının iyileşemeyeceğinin bir raporla belgelenmesinin malullük hali için yeterli görülmüştü. 2003 yılından önce iş sözleşmesine göre çalışanlar bakımından ve yürürlükteki düzenlemeyle sadece devlet memurları için sağlanan olanağın, 5510 sayılı Kanunda m.4/I,(a) ve (b) kapsamındaki sigortalılar için de sağlanması eşitlik ilkesi açısından isabetli olacaktır. Bu olanağın belirtilen kapsamdaki sigortalılar için sağlanmaması durumunda ise, ayrımı haklı kılan neden olmadığından devlet memurları ve kamu görevlileri için farklı olanak sunan düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerekir.

Malul sayılmayı düzenleyen hüküm genel olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun çalışma gücünün kaybı bakımından bütün sigortalılar açısından genel hüküm niteliğinde düzenleme yaptığı görülmektedir. Buna mukabil meslekte kazanma gücünün kaybı bakımından ise, sigortalılar arasında asgari düzeyde bile olsa norm birliği sağlanamamıştır. Ayrıca sadece devlet memurları ve kamu personelleri için uygulanabilecek vazife ve harp malullüklerinin kabul edilmiş olması, asgari norm birliğinden çokça uzaklaşılmasına sebebiyet vermiştir.

IV. Malullük Durumunun Doğma Anı

1. Malullüğün İlk Defa Sigortalı Olarak Çalışmaya Başladıktan Sonra Ortaya Çıkması

Sosyal güvenlik sistemlerinde gerçekleşmiş bir riskin sigortalanmama esası benimsenmiştir. Malullük sigortasına ilişkin yapılan düzenlemede de, bu esasın dikkate alındığı görülmektedir. Bu bakımdan çalışma gücünün ya da meslekte kazanma gücünün belirli oranda kaybı veya vazife yapılamayacak şekilde meslekte kazanma gücünün kaybı, malullük halinin ortaya çıkması için yeterli değildir. Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başlanıldığı tarihten önce çalışma gücünün ya da meslekte kazanma gücünün belirli oranda kaybı, kişinin sosyal güvenlik hukuku bakımından malul sayılmasına, daha doğru bir ifade ile malullük aylığına hak kazanmasına engel olur¹¹⁰⁹. Malullük için aranan meslekte kazanma ya da çalışma gücünün kaybı, sigortalılık dönemi içinde gerçekleşmelidir¹¹¹⁰. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 25. maddesinin ikinci fıkrasında, malullük halinin doğma anının da malul sayılabilmek bakımından önemli olduğu “*Ancak sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün %60’ını veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalı bu hastalık*

¹¹⁰⁹ Uşan, Değerlendirmeler, 458. Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte malul durumda olanlar malulen emekli olamayacakları için, bu durumdaki kişiler 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 31. maddesinde düzenlenmiş olan sakatlık indiriminden yararlanabileceklerdir. Anılan kanunda sakatlık indiriminden yararlanmak için kişinin en az %40 oranında çalışma gücünü kaybetmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, ilk defa çalışmaya başladığı tarihte malul durumda olanlar gibi çalışma gücünü %60’ın altında ve fakat %40 ve üzeri kaybetmiş olanlar da emekli olamayacaklarından sakatlık indiriminden yararlanabileceklerdir, bkz. Tuncay/Ekmekçi, 345; Ayrıca bkz. Tuncay, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 47; sakatlık indiriminin düzenlenmiş olduğu GUK m. 31 hükmünde sadece çalışma gücü kaybına yer verildiğinden, meslekte kazanma gücünü kaybedenler sakatlık indiriminden yararlanmayacaktır. Kanımızca aynı olanağın meslekte kazanma gücünü yitirenler için de verilmesi yerinde olacaktır.

¹¹¹⁰ Tuncay/Ekmekçi, 348; Akın, Maluliyet, 204; Alper, Sosyal Sigortalar, 203; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 193.

veya özü sebebiyle malullük aylığından yararlanmaz.” düzenlemesiyle belirtilmiştir¹¹¹¹.

Kanunun ilk halinde de malullük durumunun doğma anının önemli olduğu görülmekteydi. Buna göre “*Ancak, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün % 60'ını kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalı bu hastalık veya özü sebebiyle malullük aylığından yararlanamaz.*” şeklindeki düzenleme yer almaktaydı.

Her ne kadar iki hüküm aynı gibi görünse de, önemli farklılık söz konusudur. Kanunun AYM tarafından iptal edilmeden önceki halinde, aylık bağlanılmasına engel olan husus, ilk defa çalışmaya başlanıldığı tarihte var olan *çalışma gücünün* belirli oranda kaybıydı. İlk defa sigortalı olarak çalışmaya başlandığı tarihte bulunan *meslekte kazanma gücünün* belirli oranda kaybedilmiş olması ise, bütün sigortalılar için dışlanarak, aylığın bağlanılmasına engel bir hal olarak kabul edilmemişti. Esasen yürürlükteki hükmün lafzı dikkate alındığında da, ilk defa sigortalı olunan tarihten önce meslekte kazanma gücünün %60'nın kaybedilmiş olmasının aylığa hak kazanılmasına engel olmadığı şeklinde sonuç ortaya çıkmaktadır. Zira hükümde sadece *vazife yapılamayacak şekilde meslekte kazanma gücünün kaybı* ifadesine yer verilmiştir. Bu ölçütün devlet memurları

¹¹¹¹ Malullülüğün fiilen çalışma anında ya da sigortalılık durumu devam ederken doğup doğmaması üzerinde de durulması gerekmektedir. Malullüğün kaynağına ve sigortalının hukuki statüsüne göre, konu üzerinde değerlendirme yapılabilir. Buna göre, malullüğü doğuran neden çalışma gücünün kaybı ise, sigortalının fiilen çalışıyor olması gerekmez. Fiilen çalışma, niteliği itibarıyla sadece meslekte kazanma gücünün kaybı bakımından önemlidir. Nitekim, “Kamu görevlilerinin maluliyet işlemleri hakkında tebliğ”de, *görevlerine devam etmekte olanların*, çalışma gücünün en az %60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybetmesi; *görevlerinden ayrıldıktan sonra* herhangi bir sigortalılık haline tabi olmayanların çalışma gücünü en az %60 oranında yitirmesi halinde aylık bağlanabileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, Tebliğde açıkça çalışma gücü kaybının görevlerinden ayrıldıktan sonra da gerçekleşebileceği kabul edilmiştir. Her ne kadar tebliğ, sadece kamu görevlileri bakımından uygulama kabiliyetini haizse de, aynı sonucu diğer kapsamdaki sigortalılar bakımından da benimsemek eşitlik ilkesinin ve malullüğü doğuran nedenlerin niteliği gereğidir. Öte yandan önemle ifade etmek gerekir ki, Kanundaki düzenleme dikkate alındığında sigortalının çalışmaya başladığı tarihte malul sayılmayı gerektirecek nitelikte rahatsızlığa sahip olmaması önemlidir. Dolayısıyla, çalışmaya başladığı tarihte rahatsızlığının malul olmayı gerektirmeyecek ağırlıkta olması, ancak durumunun daha sonra ağırlaşarak maluliyetine yol açması, diğer şartlarında olması koşuluyla, aylığın bağlanılmasına mani olmaz¹¹¹¹. Örneğin, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten önce çalışma gücünün %40'ını, daha sonra %20'sini yitirmiş ise, kendisine malullük aylığı bağlanabilecektir¹¹¹¹. Benzer şekilde sigortalının ilk defa çalışmaya başladıktan sonra ve fakat çalışmaya ara verdiği dönemde meydana gelen hastalıkları aylık bağlanılmasına engel teşkil etmez¹¹¹¹. Bundan başka SSİY m.12 hükmüne göre, çalışma gücünün en az %60'ını kaybetmiş haliyle ilk defa çalışmaya başlayan, ancak daha sonra ortaya çıkan farklı bir hastalık veya arıza nedeniyle yönetmelik hükümlerine göre çalışma gücünün en az %60'ını kaybettiği tespit edilen sigortalının malul sayılır. Öğretide kanunda yer verilmeyen bu ayrıntının sigortalı lehine olduğu ileri sürülmüştür. Kanımızca böyle bir düzenleme olmasaydı dahi, sigortalının çalışmaya başladığı anda sahip olduğu hastalıktan başka bir nedenle çalışma gücünü kaybetmesi halinde aynı sonuca ulaşılabilecekti.

ve kamu görevlileri için geçerli olduğu yukarıda izah edilmişti¹¹¹². Kullanılan bu ifade nedeniyle, m.4/I,(a) ve (b) uyarınca sigortalı olanın ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce meslekte kazanma gücünü %60 oranında kaybetmesinin malullük aylığına hak kazanmasına mani olmadığı; ilk defa çalışmaya başlamadan önce söz konusu olan meslekte kazanma gücü kayıp oranının sadece m.4/I,(c) kapsamındaki sigortalıların aylık almasına engel olduğu şeklinde bir sonuç çıkmaktadır.

Öğretide, fıkranın meslekte kazanma gücünün %60'nın kaybedildiği olasılığı da kapsadığı belirtilmiştir¹¹¹³. Gerçekten ilk defa sigortalı olmadan önce “%60 oranında meslekte kazanma gücü kaybı”nın malullük aylığına hak kazanılmasına engel olmaması yönünde aksi anlayış, m.4/I,(a) ve (b) kapsamındaki sigortalılar lehine haklı nedene dayanmayan bir ayırım yapılmasına sebebiyet verir. İlk defa sigortalı olmadan önce iş kazası ve meslek hastalığından bahsedilemeyeceğinden meslekte kazanma gücünün kaybı ölçütünün uygulama alanı bulamayacağı şeklindeki gerekçe de sadece m.4/I,(a) ve (b) kapsamındaki sigortalılar için değil, devlet memurları ve kamu görevlileri için de geçerli olmalıdır. Dolayısıyla, sigortalı olmadan önce iş kazasının ve meslek hastalığının olmayacağı şeklindeki gerekçe de kanımızca haklı neden oluşturmaz. Bu bakımdan, eşitlik ilkesi açısından olması gereken, bütün sigortalıları Kanunun ilk halinde olduğu gibi meslekte kazanma gücü bakımından dışlamak ya da hepsini kapsama almaktır.

Sonuç olarak, sigortalı ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce *Kanun gereği malul durumdaysa* malullük aylığından yararlanamaz. Ancak yanlış anlaşılmanın önüne geçmek bakımından fıkranın kaleme alınış şeklinin değiştirilmesi yerinde olacaktır. Bu doğrultuda “*Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte hastalığı veya engel olanlar, bu hastalıklarının veya arızalarının birinci fıkra hükmüne göre malul sayılmalarını gerektirecek seviyede olması durumunda, malullük aylığından yararlanamazlar. İspat yükümlülüğü Kuruma aittir.*” şeklinde yapılacak bir düzenleme ile malullük halinin doğum anı bakımından, malullüğü doğuran nedene dayalı herhangi bir fark yaratılmadığı tartışmaya yer bırakılmadan açıkça ortaya konabilecektir.

¹¹¹² bkz. §10, III, 3.

¹¹¹³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 508.

2. İlk Defa Sigortalı Olarak Çalışmaya Başlanılan Kanun

Yukarıda da izah edildiği üzere, malullük durumunun, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlanıldığı tarihte olmaması gerekir. İlk defa sigortalı olarak çalışmaya başlanan *kanunun* belirlenmesi eşitlik ilkesi bakımından önemlidir.

506 ve 1479 sayılı Kanunlarda eşitlik ilkesine aykırılık yaratacak şekilde farklı esaslara yer verilmiştir. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 53. maddesinde "**bu kanun kapsamında ilk defa çalışmaya başladıkları tarihte mevcut hastalık ve arızası bulunanlar [...]** malullük sigortası yardımlarından yararlanmazlar"; 1479 sayılı Kanunda "**Şu kadar ki, bu Kanuna tabi sigortalılığın başladığı tarihte malul sayılacak derecede hastalık veya arızası bulunduğu [...]** tespit edilen sigortalı, ...malullük sigortası yardımından yararlanmaz" düzenlemeleri yer almaktaydı. Böylece, sigortalıların 506 ya da 1479 sayılı Kanunun kapsamına girdikleri tarihte malul olacak düzeyde olmamaları, malullük aylığına hak kazanmak için gereklidi¹¹¹⁴. Farklı bir deyişle, 506 sayılı veya 1479 sayılı

¹¹¹⁴ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 508, 509; **Akan**, Maluliyet, 207. Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "Somut olayda, davacının 6.7.1982 tarihi itibarıyla 506 sayılı Yasa'ya tabi zorunlu sigortalı olarak çalışmaya başladığı 6.7.1982-5.11.1982, 1.5.1996-30.11.1996 tarihleri arasında zorunlu SSK sigortalısı olarak çalıştığı 18.6.1999 tarihinden itibaren de Bağ-Kur isteğe bağlı sigortalısı olduğu anlaşılmaktadır. (...) Dosyadaki belgelerden Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi ve bu raporları teyit eden Adli Tıp Kurumu raporundan davacının 27.11.1996 tarihi itibarıyla çalışma gücünün 2/3'ünü kaybettiği hususu ihtilafsızdır. İhtilaf davacının isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalısı kapsamına 2/3 oranında malul olarak girmesi nedeniyle malullük sigortası yardımlarından faydalanıp faydalanmayacağı noktasındadır. 1479 sayılı 28/1. maddesinde bu Kurumun uygulanmasında çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirdiği tespit edilen sigortalının malul sayılacağı bildirilmiştir. İkinci fıkranın başında yer alan "sigortalılığın başladığı tarihte" ibaresi 04.10.2000 tarihli 619 sayılı KHK'nin 16. maddesi ile "bu Kanuna tabi sigortalılığın başladığı tarihte" olarak değiştirilmiş, anılan Kararname Anayasa Mahkemesinin 26.10.2000 tarihli kararı ile iptal edilmiş, iptal hükmü 08.08.2001 tarihle yürürlüğe girdikten sonra 24.07.2003 tarihli 08.08.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4956 sayılı Kanunun 17. maddesi ile "bu Kanuna tabi sigortalılığın başladığı tarihte" ibaresi madde metnine aynen eklenmiştir. Davacının ilk kez isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalısı olduğu 18.06.1999 tarihinde yürürlükte bulunan 1479 sayılı Yasa'nın 28/2. maddesinde "sigortalılığın başladığı tarihte" ibaresi yürürlükte bulunduğundan uyumsuzluğun bu hükme göre çözümlenmesi gerekeceğinin ve davacı sigortalı olduktan sonra aleyhe yapılan düzenlemenin uygulanmayacağını kabulü gerekir. Öte yandan, çeşitli Yasalara tabi sigortalılık statülerinin bulunduğu hallerde sigortalılık süresinin başlangıç tarihi olarak, ilk defa hangi yasaya tabi olarak sigortalı çalışmaya başlandı ise o tarihin esas alınacağını belli olması karşısında, davanın yasal dayanağını oluşturan 1479 sayılı Yasa'nın 28. maddesinde yer alan "Bu kanuna tabi olarak sigortalılığın başladığı tarihte" ifadesinin, birden fazla sigortalı hizmet sürelerinin arasında ayırım yapılmaksızın ilk defa hangi yasaya tabi çalışmaya başlanmış ise o tarihin kabul edilmesinin, sosyal güvenliğin temel ilkelerine giderek 2829 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde ifadesini bulan çeşitli sosyal güvenlik Kuruluşlarına tabi olarak geçen hizmet süreleri birleştirilerek ilgilerin sosyal güvenliklerinin sağlanmasına yönelik amaca uygun düşeceği ortadadır. Davacının ilk kez 506 sayılı Yasa kapsamında 6.7.1982 tarihinde çalışmaya başladığı ve maluliyet başlangıcının 27.11.1996 tarihi olduğu gözetilerek davacının sigortalılığının başladığı tarihte 2/3 oranında çalışma gücünü kaybetmediği anlaşılmakla davacının maluliyet aylığı bağlanmasına ilişkin diğer şartları taşıyıp taşımadığı tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." Y. 21.HD., 05.11.2009 t., E.2008/15239, K.2009/14254, www.legalbank.net

Kanuna göre aylık talep eden sigortalı, ilk defa anılan Kanunların kapsamında çalışmaya başladığı tarihte malul sayılmayı gerektirecek durumda olmamalıydı¹¹¹⁵.

Söz konusu anlayış, uygulamada eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecek nitelikteydi. Gerçekten ilk defa 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olan bir kimse, çalışmaya başladıktan sonra malul duruma düşse ve 1479 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya devam etse, 1479 sayılı Kanun bakımından aranan sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını sağlasa dahi, sadece malullük aylığı bağlanacak kuruma göre değerlendirme yapıldığından aylık alması da söz konusu olmayacaktı. Diğer taraftan, 1479 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başladığı tarihte malul durumda olmayan daha sonra malul durumuna düşen kişi ise malul sayılabilecekti. Aynı durum, önce 1479 sonra 506 sayılı Kanun kapsamında çalışanlar bakımından da geçerliydi. Görüldüğü üzere, aynı kapsamdaki iki sigortalı arasında haklı nedene dayanmayan ayırım yapılmıştı. Hatta verdiğimiz ilk örnekteki sigortalı tarafından 506 sayılı Kanun kapsamında prim ödendiği düşünüldüğünde, hakkaniyete aykırı sonucun varlığı daha belirgin şekilde ortaya çıkacaktır. Ancak bununla beraber, bu eşitliğe aykırı durumu gözetken Kurum, 12-147 sayılı Genelgesiyle bu anlayıştan vazgeçmişti¹¹¹⁶.

Eşitlik ilkesine aykırı durum belirtilenle de sınırlı değildi. 5434 sayılı Kanunda adi maluliyet talebinde bulunan iştirakçilerin sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce çalışma güçlerini malul sayılacak düzeyde kaybetmemiş olmalarını arayan düzenleme bulunmamaktaydı¹¹¹⁷. Başka bir deyişle, ilk defa çalışmaya başlamadan önce malul durumda olmak 5434 sayılı Kanun kapsamında aylığa hak kazanmaya engel değildi¹¹¹⁸.

Yürürlükteki düzenlemede ise, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlamadan anlaşılması gereken, sadece 5510 sayılı Kanuna tabi olarak çalışma değildir¹¹¹⁹. 5510 sayılı Kanun *sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başlanılan tarihi* esas almıştır. Kanunun kural olarak bütün sigortalıları kapsama aldığı düşünüldüğünde, aksi bir

¹¹¹⁵ **Akn**, Maluliyet, 207

¹¹¹⁶ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 13. Bası, 426.

¹¹¹⁷ **Akn**, Maluliyet, 211.

¹¹¹⁸ Gerçi öğretide, düzenlemenin anılan koşulun iştirakçiler için aranmayacağı gibi bir sonuç doğurmadığı, zira iştirakçinin vazifesini yapamayacak duruma gelmesi, en azından daha önce o vazifeyi yapabiliyor olmasını zorunlu kıldığı ileri sürülmüştür, **Akn**, Maluliyet, 211.

¹¹¹⁹ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 425; **Tuncay/Ekmekçi**, 349.

düzenleme Kanunda benimsenen sistemle uyumlu olmazdı. Bu şekildeki düzenlemeyle mülga Kanunlar döneminde eşitlik ilkesine aykırı durumlar giderilmiştir.

V. Belirli Süre Sigortalı Olma

1. “Eşit” Şartın “Eşitsizlik” Doğurması

Malullüğü doğuran sağlık sorunları, sigortalının erken yaşta iş yaşamına son vermesine neden olabilecek türden rahatsızlıklardır. Farklı bir deyişle, ortaya çıkan rahatsızlık nedeniyle sigortalılar normal çalışma süresinden daha erken bir zamanda emeklilik konumuna ulaşarak çalışma yaşamını sonlandırırlar¹¹²⁰. Rahatsızlıkları nedeniyle erken yaşta çalışma yaşamını sonlandıran sigortalıların, prim ödeyerek pasif döneme ilişkin önemli sayılabilecek nitelikte birikim oluşturmaları da söz konusu olmaz. Buna mukabil, aylık alabilecekleri kabul edilir. Dolayısıyla, malullük sigortası sigortalının ödediği primlerle aldığı yardımları karşılamayan sigorta türü konumundadır¹¹²¹. Bu özelliği nedeniyle malullük, aktüeryal dengeyi bozan özelliğe sahiptir¹¹²². Gerçekten, yeteri kadar pirim ödeyen sigortalılara emeklilik sonrası gelir oluşturmayı hedef alan aktüeryal denge, az prim ödeyenlere de gelir ya da aylık bağlanması karşısında bozulacaktır¹¹²³. Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, malullük aylığına hak kazanabilmek için –yaşlılık aylığına hak kazanılan kadar olmasa da- sigortalıların belirli bir “sigortalılık süresine” ve/veya belirli bir “prim ödeme gün sayısına” sahip olması aranır¹¹²⁴. Bu noktada konumuz bakımından önemli olan sigortalılar açısından haksız ayrıma yol açacak farklı şartların benimsenmemiş olup olmamasıdır.

Mülga Kanunlarda da belirli süre sigortalı olma koşulu açıkça aranmış ya da bu koşul prim ödeme gün sayısına bağlı olarak zorunlu kılınmıştı. 506 sayılı Kanunun 54. maddesinde en az beş yıllık sigortalılık süresi, 5434 sayılı Kanunda sandık iştirakçileri için on yıllık fiili hizmet süresi aranmış¹¹²⁵; 1479 sayılı Kanun kapsamındakiler içinse sigortalılık süresi açıkça aranmamıştı. Buna mukabil, bahsi geçen Kanun kapsamında olanlar için beş tam yıl sigorta primi ödemiş olma şartı getirilmişti. Prim ödemenin

¹¹²⁰ Tuncay/Ekmekçi, 341; Akın, Yeni Gelişmeler, 36

¹¹²¹ Akın, Yeni Gelişmeler, 36.

¹¹²² Tuncay/Ekmekçi, 341; Akın, Yeni Gelişmeler, 36; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 187.

¹¹²³ Akın, Yeni Malullük Sigortası, 880; aynı yazar, Maluliyet Düzenlemeleri, 133.

¹¹²⁴ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 145; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 187.

¹¹²⁵ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 145.

sigortalılık süresinden ayrı düşünülmesi mümkün olmayacağından, bağımsız çalışanlar için de 5 yıllık sigortalılık süresinin kabul edildiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Ayrıca, 506 sayılı Kanun döneminde sigortalılık süresinden bağımsız olarak, sadece 1800 gün prim ödeme şartını yerine getirmiş olanlar da aylığa hak kazanabiliyorlardı¹¹²⁶. Ancak ödenmesi gereken prim gün sayısı dikkate alındığında, bunun için de en az 5 yıl sigortalılık süresinin varlığının gerektiği de ortadaydı. Sonuç olarak, yürürlükteki düzenlemeden önce malullük aylığına hak kazanmak için tamamlanması gereken sigortalılık süresi şartı açısından tam anlamıyla norm birliği söz konusu değildi.

5510 sayılı Kanunun 26. maddesinde de aylık bağlanması için malul olan sigortalının belirli bir sigortalılık süresine sahip olması yönünde şart aranmıştır¹¹²⁷. Ancak mülga Kanunlardan farklı olarak, farklı hukuki statüdeki sigortalılar için sigortalılık süresi bakımından norm birliği sağlanmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde konuya ilişkin *“En az on yıldan beri sigortalı bulunup, [...] başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması”* halinde malullük aylığına hak kazanır düzenlemesine yer verilmiştir. Kanunun ilk halinde de kolaylaştırılmış seçenek hariç olmak üzere, aynı şartlar yer almaktaydı¹¹²⁸.

Görüldüğü üzere, 5510 sayılı Kanunda, sigortalılar arasında herhangi bir ayırım yapılmadan tamamlanması gereken süre -5434 sayılı Kanun esas alınmak suretiyle- 10 yıl olarak belirlenmiştir¹¹²⁹. Bu şekilde yaratılan norm birliği –yürürlükten kaldırılan

¹¹²⁶ Akın, Maluliyet, 309.

¹¹²⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 428. Tuncay 316 p.4.; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 191.

¹¹²⁸ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 151.

¹¹²⁹ On yıllık sürenin başlangıç ve bitiş tarihlerinin ne şekilde tespit edileceğinin belirlenmelidir. Konuya ilişkin “uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresi başlıklı” 38. madde dikkate alınmalıdır. Anılan maddenin birinci fıkrasında şu düzenlemeye yer verilmiştir: *“Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının, mülga 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanununa, mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Hakkında Kanuna, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır.”* Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da *“Aylık bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süreleri, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen*

düzenlemeler dikkate alındığında- önemli değişiklikleri beraberinde getirmiş, Sosyal Sigortalar Kanunu'na ve Bağ-Kur Kanunu'na tabi sigortalıların sigortalılık süresi için aranan şart ağırlaştırılmış¹¹³⁰, iştirakçiler içinse sigortalılık süresi bakımından değişiklik yapılmamıştır.

Sigortalılar için tamamlanması gereken sürenin eşit kabul edilmiş olması eşitlik ilkesi açısından tartışılması gereken bir husustur. Birinci bölümde de ulaştığımız sonuç uyarınca ifade etmek gerekir ki, sigortalılara “eşit” davranılması, her zaman eşitlik ilkesine uygun değildir. Maddi eşitlik gereği kişiler arasındaki farklar gözetilmeli ve farklılara olumlu yönde farklı davranarak gerçek anlamda eşitlik sağlanmalıdır. Tamamlanması gereken sürenin doldurulmasına kadar geçen zaman zarfında sigortalılar aynı konumda değildir. Gerçekten malullük aylığına hak kazanmak için bildirilmesi/ödenmesi gereken prim gün sayısı dikkate alındığında sigortalının beş yıllık çalışması yeterli olacaktır, kalan beş yıl ise malul olan sigortalı bekletilecektir. Bu süreyi, maluliyet durumuna düşmüş devlet memurunun başka bir iş yaparak tamamlaması mümkün olabileceken¹¹³¹; malul durumda olmayanların dahi zor iş

süredir. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından sigortalılık süresi; sigortalılığın başlangıç tarihi ile 48 inci maddeye göre yetkili makamdan emekliye sevk onayının alınarak görevi ile ilişkisinin kesildiği ayın son günü arasında geçen süredir.” Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, sigortalılık süresinin başlangıcı için sigortalının 5510 sayılı Kanunlardan önce yürürlükte olan kanunlardan birinin kapsamında ya da 5510 sayılı Kanuna göre ilk defa çalışmaya başladığı tarih esas alınacaktır, **Tuncay/Ekmekçi**, 350; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 50; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152; **Akın**, Maluliyet, 318; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 191. Sürenin sonu ise, sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar içinse ölüm tarihi dikkate alınacaktır, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152; **Akın**, Maluliyet, 318; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 192. 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından sürenin sonu, 48. maddeye göre yetkili makamdan emekliye sevk onayının alınarak görevi ile ilişkisinin kesildiği ayın son günüdür. Dolayısıyla, sigortalılık süresi, sigortalılığın başlangıcı ile belirtilen tarihler arasında geçen süre esas alınarak hesaplanacaktır. Tamamlanması gereken sigortalılık süresinin hesaplanmasında 5510 sayılı Kanun'a göre geçen sürelerin yanında 506, 5434 ve 1479 sayılı Kanuna tabi olarak geçirilmiş olan süreler ile 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine göre kurulmuş olan sandıklara tabi olarak geçen sürelerin de dahil edilmesi ilke açısından son derece isabetli olmuştur. Belirtmek gerekir ki, aynı şekilde isteğe bağlı sigortaya ya da 506 sayılı Kanun döneminde topluluk sigortasına prim ödenen sürelerin de dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152. Farklı bir deyişle, sadece sigortalı olarak çalışılmaya başlanılan Kanunun değil, sigortalı olarak geçirilen sürelerin hangi kanun kapsamında olduğunun önemi bulunmamaktadır, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 430; **Tunçomağ**, 372; **Çenberci**, 347. Öğretide ileri sürüldüğü üzere, isteğe bağlı sigorta ve topluluk sigortasına prim ödenen sürelerin de sigortalılık süresinde dikkate alınması gerekmektedir, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152; **Akın**, Maluliyet, 318. Bu şekilde tespit edilecek sigortalılık süresi içinde sigortalının çalışması doğal olarak beklenen durumdur. Ancak bu durum zorunluluk değildir. Sigortalı işe başladıktan kısa bir süre sonra işten çıkmış bile olsa sigortalılığı devam etmektedir, **Akın**, Maluliyet, 308. Farklı bir ifadeyle, sigortalıların sigortalılık niteliğini yitirdiği süreler de sigortalılık süresine dahildir, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 192. Ancak çalışmadan geçirilen sigortalılık süresinde, prim ödeme şartının yerine getirilmesi de mümkün olmayacaktır. Aşağıda da değinileceği üzere, sigortalılık süresinin tamamı boyunca prim ödenmesi gerekmemekteyse de, prim gün sayısı bakımından asgari şartın sağlanması lazımdır, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 192. Farklı bir deyişle önemli olan asgari prim bildirme/ödeme şartının yerine getirilmesidir.

¹¹³⁰ **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 145; **Akın**, Yeni Gelişmeler, 49.

¹¹³¹ **Akın**, Maluliyet, 320.

bulduğu ülkemizde malullük durumuna düşmüş m.4/I,(a) ve (b) kapsamındaki sigortalının süreyi aynı şekilde çalışarak geçirme ihtimali çok azdır. Dolayısıyla, bu kişiler bekleyecekleri beş yıl boyunca devlet memurlarından farklı olarak herhangi bir gelir elde etmeleri çok düşük ihtimal içerisinde kalacaktır. Ayrıca, bekleyeceği bu süre içinde, fiili çalışma olmadığından kurum bütçesine katkı da söz konusu olmaz. Kısaca belirtmek gerekirse, çalışma koşulları ve olanakları aynı olmayan sigortalılar için aynı sigortalılık süresini aramak isabetli olmamıştır.

Eşitlik ilkesi bakımından değerlendirme yapılırken sadece kıyaslanan sigortalıların farklı ya da aynı olması değil, düzenlemeyle güdülen amaç da dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu aylığa hak kazanma şartlarını zorlaştırırken, Kurumun finansmanını dikkate almıştır. Bu durum özellikle Kanunun gerekçesinden anlaşılmaktadır. Şüphesiz, malullük sigortası bakımından sigortalılık süresinin aranması sigorta tekniğine uygundur. Ancak yaşlılık sigortasından farklı olarak, malullük sigortasında Kurumun finansmanı daha sınırlı biçimde göz önünde bulundurulmalıdır. Her şeyden önce belirtilmelidir ki, şartlar oluşturulurken ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan malullüğün, istenen ve beklenen durum olmadığı göz ardı edilmemelidir¹¹³². Kabul edilen on yıllık süre, ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan sosyal risk için uzundur¹¹³³. Bunun sonucu olarak, yürürlükteki düzenlemeye göre aylık bağlanma olanağı oldukça sınırlı durumlarda söz konusu olacaktır¹¹³⁴. Bu bakımdan, ulaşılmak istenen amaç için öngörülen düzenlemenin elverişli olduğundan bahsetmek de mümkün değildir.

Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, özellikle 506 ve 1479 sayılı Kanun kapsamındakiler için sürenin devlet memurları ve kamu görevlileri için kabul edilmiş olan 10 yıla çıkartılmasını haklı kılacak gerekçe bulunmamaktadır. Nitekim öğretilerde de Alman Hukukunda gelir elde etme yeteneğindeki kayıp tarihinden önceki beş yıl içinde üç yıl prim ödeme yükümlülüğü gerektiren istihdam ilişkisi içinde olma ya da faaliyette

¹¹³² Bununla birlikte, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de malullüğün artık beklenen sigortalılık düzeyine çıktığı, çoğu kişinin yaşlılık aylığından umudu kestiği, bunların malul olmaya çalıştığı ileri sürülmüştür, bkz. **Akın**, Yeni Gelişmeler, 37.

¹¹³³ **Caniklioglu**, Malullük Aylığı, 152; **Akın**, Maluliyet, 320

¹¹³⁴ **Caniklioglu**, Malullük Aylığı, 151.

bulunmak ve genel bekleme süresinin doldurulması gerektiği belirtilmiştir¹¹³⁵. Ülkemiz için de aynı sürenin yeterli sayılması isabetli olacaktır.

2. On Sekiz Yaşından Önce Geçen Sigortalılık Süresinin Dikkate Alınmamasının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi

On Sekiz yaşından önce geçen sürenin, sigortalılık süresine etkisi, eşitlik ilkesi açısından değerlendirilmelidir. Zira kanun koyucu, sigortalılıkta geçen sürelerle ilişkin özel bir hüküm öngörmek suretiyle 18 yaş ölçütünü esas alarak sınıflandırma yapmıştır. Gerçekten, “Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Sigortalılık Süresi” başlıklı 38. madde hükmünde “*Bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasına tabi olanların¹¹³⁶ sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayısına dahil edilir.*” şeklindeki düzenleme yer almaktadır¹¹³⁷. Bundan da anlaşılacağı üzere, 5510 sayılı Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malullülük, yaşlılık ve ölüm sigortasına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlar¹¹³⁸.

Düzenleme uyarınca örneğin, İş Kanunu’ndaki çalıştırılma yaşına uygun olarak 15 yaşında çalışmaya başlayan bir kişi 25 yaşında bir kaza sonucu çalışma gücünü %60 oranında kaybetse (ya da iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü aynı oranda yitirse), 10 yıllık sigortalılık süresi dolmadığından kendisine aylık

¹¹³⁵ **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 153.

¹¹³⁶ Madde metninde, “malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanlar” ifadesinin, “tabi olması gerekenler”i de kapsayıcı bir biçimde düşünmek gerektiği öğretiler ileri sürülmüştür, bkz. **Uşan**, Değerlendirmeler, 420.

¹¹³⁷ Her ne kadar öğretilerdeki bir görüş tarafından bu hükmün 506 sayılı Kanundaki düzenlemenin tekrarı niteliğinde olduğunu ileri sürülmüşse de, **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 50. 506 sayılı Kanundan farklı olarak yürürlükteki düzenlemenin uygulama alanı, sadece yaşlılık aylığı için değil, malullük ve ölüm aylıkları için de kabul edildiğinden daha geniştir, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 192. Diğer taraftan öğretilerdeki bir görüşe göre, 506 sayılı Kanunda da malullük aylığı için aranan beş yıllık sigortalılık süresi 18 yaşından itibaren başlar, **Akın**, Maluliyet, 309. Bu görüş, 506 sayılı Kanunun 60/G hükmünden bu sonuca ulaşmaktadır. Anılan madde şu şekildedir: “*Bu maddenin uygulanmasında; 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir.*” Hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, sigortalılık süresinin 18 yaşında başlayacak olması 506 sayılı Kanunun 60/G maddesine özgüdür. Düzenlemede geçen “bu maddenin uygulanmasında” ifadesi bu sonucu doğurur. Maddenin başlığı “yaşlılık aylığından yararlanma şartları” olup, hükümde malullüğe ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, 506 sayılı Kanun bakımından sigortalılık süresinin 18 yaşından itibaren başlayacak olması yaşlılık aylığına hak kazanmada söz konusu olmaktaydı. Oysa 5510 sayılı Kanunun 38. maddesinin lafzı ve başlığı dikkate alındığında, uygulama alanının 506 sayılı Kanuna göre genişliği anlaşılmaktadır, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 192.

¹¹³⁸ **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 50; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 152.

bağlanamaz¹¹³⁹. Başka bir deyişle, bu sigortalının 13 yıl beklemesi gerekir. Buna mukabil, aynı kapsamda sigortalı olan ve 18 yaşında çalışmaya başlayan bir kimse aynı ya da benzer hastalık veya engel neticesinde çalışma ya da meslekte kazanma gücünü kaybetse malul sayılabilecek ve 10 yıllık sigortalılık süresi tamamlanmış olduğunda – diğer şartların da varlığı halinde- aylık bağlanabilecektir. Görüldüğü üzere, 18 yaşında çalışmaya başlayan sigortalının 10 yıl beklemesi yeterli olacaktır. Kanun koyucunun yaş bakımından ölçüt getirerek yaptığı farklı muameleyi haklılaştırması gerekir. Haklılaştırma bakımından değerlendirme yapabilmek için, birinci bölümde ulaştığımız sonuç çerçevesinde düzenlemenin amacının meşru olup olmadığı ve amaca ulaşmak için kullanılan aracın elverişli ve gerekli olup olmadığı belirlenmelidir.

Yaşlılık aylığının yaş şartı olmaksızın sadece “sigortalılık süresi” ve “prim ödeme gün sayısı” esas alınarak bağlanabilme olanağı bulunduğu durumlarda, 18 yaşından önce geçen sürelerin sigortalılık süresinden sayılmaması haklı nedene dayanır. Zira belirli bir yaş sınırına ulaşma şartının aranmadığı seçenekler bakımından, 18 yaşından önceki sürelerin dikkate alınmaması genç yaşta emekliliğin önüne geçmek ve aktüeryal dengenin korunması adına gereklidir. Daha net bir ifadeyle, genç yaşta emekli olmayı engellemek amacı, yaşlılık sigortası için benzer düzenlemeler yapıldığında, haklı bir neden oluşturur¹¹⁴⁰. Benzer şekilde haklı bir nedeni malullük ya da ölüm aylığı için - yaşlılık aylığından farklı olarak- hiçbir olasılıkta savunmak mümkün değildir. Gerçekten, belirtilen aylıkların yaşla ilgisi bulunmamaktadır¹¹⁴¹. Malullük hali, yaştan bağımsız olarak ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen sosyal risktir. Aynı durum ölüm riski için de geçerlidir. Bu bakımdan prim ödenerek Kurumun finansmanına katkının da sağlandığı 18 yaşından önceki sürelerin sigortalılık süresinden sayılmamasını gerekli kılan düzenlemeler her iki sigorta kolunun amaçlarına da ters düşmektedir¹¹⁴². Açıklananlar doğrultusunda ifade etmek gerekir ki, düzenleme haklı nedene dayanmamaktadır ve adil değildir¹¹⁴³.

¹¹³⁹ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 152.

¹¹⁴⁰ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 152.

¹¹⁴¹ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 152, Aslanköylü, Malullük Sigortası, 192.

¹¹⁴² Aslanköylü, Malullük Sigortası, 192.

¹¹⁴³ Tuncay/Ekmekçi, 350.

Sonuç olarak, malullük ve ölüm sigortalarında getirilen düzenlemenin meşru amacı bulunmadığından, yaş ölçütü getirilerek yapılan düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır. Çalışma hayatına 18 yaşından önce başlayan ve Kurumun finansmanına katkı sağlayan çok kişinin olduğu dikkate alındığında eşitlik ilkesine aykırılığın olumsuz sonuçları daha belirgin şekilde ortaya çıkacaktır. Yeri gelmişken açıklamak gerekir ki, 5510 sayılı Kanunda -4447 sayılı Kanunda yer alan engellilere yaşlılık aylığı bağlanmasına ilişkin düzenleme hariç olmak üzere- yaş şartı aranmaksızın *sadece sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı* dikkate alınarak yaşlılık aylığı bağlanma olanağı kaldırılmıştır¹¹⁴⁴. Dolayısıyla, 18 yaşından önceki sürelerin sigortalılık süresinden sayılmamasını haklı kılan neden yaşlılık sigortası içinde ortadan kalkmıştır. Başka bir deyişle, hükümle yaşlılık aylığı konusunda da yaşa göre haklı olmayan bir ayırım yapılmıştır. Yapılacak yeni bir düzenlemeyle, önceden ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen sosyal tehlikelerden olan malullük ve ölüm için yaşa ilişkin getirilen kuralın ve kaldırılması gerekir. Esasen yaş dikkate alınmaksızın kolaylaştırılmış emeklilik yürürlükteki Kanunda tanınmadığından hükmün tamamen kaldırılması yerinde olacaktır¹¹⁴⁵.

Öte yandan, kişilerin 18 yaşından önce sigortalı olmalarına rağmen uzun vadeli sigorta kollarına prim ödeyerek katkı sağlamadıkları yani malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasına tabi olmadıkları dönemin sigortalılık süresinde dikkate alınmaması isabetlidir. Bu bakımdan, 18 yaşından önceki çalışma ilişkisinin çıraklık olması durumunda eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olmaz. Zira Kanunun 5. maddesinin (b) bendi gereği, 05.06.1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslek eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Farklı bir deyişle, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası bakımından çıraklar kapsama alınmamışlardır. Dolayısıyla, kendilerinden uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin prim de tahsil edilmeyecektir. Kanun gereği kapsama alınmadıkları ve prim ödeyerek finansmana katkı sağlanmayan dönem için ilgili sigorta kolu bakımından sürenin başlatılmayacak olmasında eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Ancak 18 yaşından önce çalışma ilişkisinin çıraklık olarak nitelendirilmemesi ve sigortalıların uzun vadeli

¹¹⁴⁴ Caniklioglu, Malullük Aylığı, 152

¹¹⁴⁵ Caniklioglu, Malullük Aylığı, 152

sigorta kolları kapsamına dahil olarak finansmana katkı sağladığı durumlarda, yukarıda ortaya konduğu şekilde eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olur.

Şüphesiz, 18 yaşından önce geçen sürelerin sigortalılık süresinden sayılmayacağına düzenlendiği 38. madde hükmü, m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalılar için uygulama kabiliyetini haizdir¹¹⁴⁶. Buna mukabil, diğer kapsamdaki sigortalıların (m.4/I,b ve c) 18 yaşından önce geçirdikleri sürelerin, sigortalılık süresinden sayılacağı düşünülmemelidir. Zira Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde “*4 üncü maddenin birinci fıkrasının b ve c bentleri gereği sigortalı sayılması gerekenlerden 18 yaşını doldurmamış olanların*” sigortalı sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, belirtilen kapsamdaki kişiler zaten sigortalı sayılmayacağından, 18 yaşından önce geçirdikleri süreler dikkate alınmaz ve bunların uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin prim ödemeleri de söz konusu olmaz. Bu düzenleme DMK’daki düzenleme ile de uyumluluk göstermektedir. Gerçekten anılan Kanunun 40. maddesinde genel olarak 18 yaşını tamamlayanların devlet memuru olabileceği düzenlenmiştir.

Öte yandan DMK m.40 hükmünün devamında “*Bir meslek veya sanat okulunu bitirenler en az 15 yaşını doldurmuş olmak ve Türk Medeni Kanununun 12 nci maddesine göre kazai rüşt kararı almak şartıyla Devlet memurluklarına atanabilirler*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle, meslek ve sanat okullarını bitirenlere en az onbeş yaşını doldurmuş olmak şartıyla mahkeme kararı ile reşit sayılma imkanı tanınmıştır. 5510 sayılı Kanunun 6. maddesine göre, Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca ergin kılınmak suretiyle, öğrenimleri ile ilgili görevlerde çalışanlar hakkında *18 yaşın bitirilmiş olma şartı* sigortalı olmak için aranmaz. Başka bir deyişle, belirtilen kişilerin sigortalı olması için 18 yaş bitirmiş olma şartının aranmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Böylece, bu durumdaki sigortalılar da prim ödeyerek Kurumun bütçesine katkı sağlamalarına rağmen, bunların sigortalılık süreleri 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlar. Yukarıda da izah edildiği üzere, yaşlılık aylığına hak kazanma bakımından yaş şartının aranmadığı ve sadece sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısının esas alındığı durumlar hariç olmak üzere, Kurum bütçesine prim ödenerek katkı sağlanan dönemin göz önünde bulundurulması gerekir.

¹¹⁴⁶ Akın, Maluliyet, 314.

3. Maluliyetin Derecesinin Sigortalılık Süresi Bakımından Aranana Şarta Etkisi

Kanun koyucu malullük aylığına hak kazanmak için genel kuralı belirledikten sonra, kolaylaştırılmış seçenek de sunmuştur. Söz konusu seçenek yürürlükteki düzenlemede başkasının sürekli bakımına muhtaç olanlar için sağlanmıştır.

Başkasının sürekli bakımına muhtaç derecede malul olma ibaresi 506 sayılı Kanunda yer almamaktaydı¹¹⁴⁷. Buna mukabil, anılan Kanunda aylıktan yararlanabilmek için iki farklı seçenek sunulmuştu. Buna göre 1800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama 180 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları priminin bildirilmiş olması yeterli kabul edilmişti (m.54/b). Söz konusu seçeneklerden yararlanılması için sigortalının başka birinin sürekli bakımına muhtaç olması gerekmemekteydi. Aynı durum 1479 sayılı Kanunda da geçerliydi. Anılan Kanunda da aylığa hak kazanma koşulları farklı olasılıklarla düzenlenmişti (m.29). Ancak bu olasılıklardan yararlanma, sigortalının başka birinin bakımına muhtaç olma şartına tabi kılınmamıştı. Kısaca ifade etmek gerekirse, 506 ve 1479 sayılı Kanunlarda kolaylaştırılmış seçenektan yararlanabileceklerin kapsamı geniş tutulmuştu.

5434 sayılı Kanunda ise, başkasının sürekli bakımına muhtaç ifadesine yer verilmemiş olmakla birlikte, benzer ifade kullanılarak kolaylaştırılmış seçenek düzenlenmişti. Anılan Kanunda “*Asgari beş sene emekliliğe esas bir hizmette bulunmak şartıyla tedavisi gayrimümkün bir maluliyete düçar olup herhangi bir şekilde kazanç ve başkasının yardımı olmaksızın*¹¹⁴⁸ *idamei hayat imkanı kalmayan adi malullere; mezkur Kanunun 48. maddesinde yazılı hususlar nazarı dikkate alınmak suretiyle 15 sene fiili hizmeti bulunan maluller gibi maaş tahsis olunur.*” Görüldüğü üzere, iştirakçiler için gerekli olan 10 yıllık fiili hizmet süresi 5 yıl olarak kabul edilmişti¹¹⁴⁹. Ancak 5 yıllık süreden yararlanacak iştirakçilerin kapsamı maddede belirtildiği şekilde sınırlandırılmıştı.

¹¹⁴⁷ Aslanköylü, Malullük Sigortası, 196.

¹¹⁴⁸ Akın, Maluliyet, 317 vd.

¹¹⁴⁹ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 154.

506 ve 1479 sayılı Kanunlarda başkasının bakımına muhtaç olanlar için düzenleme yapılmamış olması, fakat 5434 sayılı Kanun kapsamındakiler için düzenlemenin bulunması eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Zira gerek 1479 gerekse 506 sayılı Kanunlarda şartların tamamlanabilmesi için birden fazla seçenek sunulmuştu. Bu seçeneklerden başkasının bakımına muhtaç olanların yararlanması da mümkün olduğundan, bu kişiler için düzenlemenin bulunmadığı savunulamaz. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, 5434 sayılı Kanunda daha sınırlı uygulamanın belirlenmiş olması, *tedavisi gayrimümkün bir maluliyete düşer olup herhangi bir şekilde kazanç ve başkasının yardımı olmaksızın idamei hayat imkanı kalmayan* iştirakçiler dışında kalanlar bakımından eşitlik ilkesine aykırılık doğuracak nitelikteydi.

5510 sayılı Kanunda 5434 sayılı Kanunda olduğu gibi sadece başka birinin bakımına muhtaç olanlar için genel kural gereği aranan şart kolaylaştırılmıştır. Böylece, bir grup sigortalı, on yıllık sigortalılık süresine sahip olmasa bile 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmiş olması şartıyla aylığa hak kazanabilir (m.26/II,b). Maddi eşitlik anlayışı farklılara farklı davranılmasını ve farklılıkların olumlu biçimde gözetilmesini zorunlu kılmaktadır. Başkasının bakımına muhtaç derecede malul olanların daha kolay şartlarla aylığa hak kazanmasının sağlanması haklı bir nedene dayandığından eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu değildir. Ancak kapsamın sadece başkasının bakımına muhtaç olanlarla sınırlandırılması nedeniyle, 506 ve 1479 sayılı Kanunlardan farklı olarak kolaylaştırılmış seçenek oldukça sınırlı durumlarda söz konusu olacaktır¹¹⁵⁰.

VI. Prime İlişkin Şart

1. Mülga Kanunlardaki Düzenlemelerin Eşitlik İlkesine Aykırılığı

Mülga 506, 1479 sayılı Kanunlarda aylığa hak kazanabilmek için farklı seçeneklerle prim şartına açıkça yer verilmişti. 506 sayılı Kanunun 54. maddesinde “*toplam olarak 1800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim ödemiş olması*”

¹¹⁵⁰ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 151.

şartıyla sigortalının aylığa hak kazanılabileceği hükme bağlanmıştı¹¹⁵¹. Görüldüğü üzere, hükümde sosyal korumadan yararlanabilmek için iki seçenek sunulmuştu. Birinci seçenekte sadece prim ödeme gün sayısı aranmıştı. Ancak sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısından bağımsız düşünölemeyeceğinden, 1800 gün prim ödeme gün sayısı en az 5 yıllık sigortalılık süresi ile tamamlanabilecek nitelikteydi. İkinci seçenekte, belirli süre sigortalılığı bulunanlar için prim ödeme koşulunun daha geriye çekilmişti. Buna göre, en az 900 gün prim ödeyen sigortalı da -sigortalılık süresini tamamlamış olmak şartıyla- aylığa hak kazanabilmekteydi.

Söz konusu ikinci seçenek, uygulamada aynı hukuki statüdeki sigortalılar arasında eşitsizlik yaratacak nitelikteydi. Eşitsizliğin kaynağını, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama 180 gün prim ödeme şartı oluşturmaktaydı. Gerçekten, sigortalılık süresi 5 yıl olanlar için $5\text{yıl} \times 180\text{ gün} = 900\text{ gün}$, 6 yıl olanlar için $6\text{yıl} \times 180\text{gün} = 1080\text{ gün}$, 7 yıl olanlar için $7\text{yıl} \times 180\text{gün} = 1260\text{gün}$, 8 yıl olanlar için $8\text{yıl} \times 180\text{gün} = 1440\text{ gün}$ malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemiş olmak gerekmektedir. Böylece, sigortalılık süresi arttıkça -ikinci seçenek gereği kabul edilen kural nedeniyle- ödenmesi gereken prim gün sayısı da artmaktaydı. Bunun sonucu olarak, sigortalılık süresi 5 yıl olup, toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olan sigortalı aylığa hak kazanabilirken; prim ödeme gün sayısı eşit ya da bundan daha fazla olan sigortalıya, sadece sigortalılık süresinin 5 yıldan fazla olmasına bağlı olarak ortalama ödediği prim sayısının eksik kaldığı gerekçesiyle aylık bağlanamamaktaydı¹¹⁵². Daha net bir deyişle, bu kişiler salt ödenen prim ortalaması 180 günden az olduğu için aylığa hak kazanamamaktaydı. Daha az sigortalılık süresine sahip ve daha az prim ödemiş olan

¹¹⁵¹ 506 sayılı Kanun döneminde verilen Yargıtay kararında dava sırasında eksik koşulların tamamlanıp tamamlanmadığının usul ekonomisi uyarınca araştırılması gerektiği belirtilmiştir: “1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmayan ve 17 yıl 2 ay 11 gün sigortalı olup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olma şartını da yerine getiremeyen davacıya, malullük aylığı bağlanması mümkün değildir. Hal böyle olunca mahkemece yapılacak iş; usul ekonomisi ilkesi gözetilerek, davanın açıldığı tarihten sonra davacının; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeyip ödemediği araştırılarak, yukarıda açıklanan 54. maddede düzenlenen şartları dava açıldıktan sonra yerine getirdiğinin belirlenmesi halinde; 506 sayılı Kanunun 56. maddesi gözetilerek anılan şartların oluştuğu tarihi takip eden aybaşından itibaren davacıya malullük aylığı bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmesi; aksi durumda davacının bu isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve yanılıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” Y.10.HD., 27.04.2009 t., E.2008/17902, K.2009/7640, www.legalbank.net

¹¹⁵² Ölüm aylığına hak kazanma açısından düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Caniklioğlu**, Geride Kalanların Korunması, 380.

sigortalı aylığa hak kazanabilirken, aynı oranda ya da daha fazla prim ödemiş durumundaki sigortalıyı aylıktan yoksun bırakmak eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktaydı.

Malullük aylığına hak kazanmak için söz konusu olan bu hükmün benzeri 506 sayılı Kanunda ölüm aylığına hak kazanmak için de geçerliydi¹¹⁵³. Buna göre, toplam olarak 1800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olanların yakınlarına ölüm aylığı bağlanabileceği düzenlenmişti. Belirtilen düzenlemenin 5 yıl sigortalılık ve ortalama 180 gün prim ödemiş olma koşulunu getiren kısmı AYM tarafından iptal edilmişti¹¹⁵⁴. İptal sonrası 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinde en az 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları pirim ödemiş olmak ölüm aylığına hak kazanabilmek için yeterli hale getirildi¹¹⁵⁵. Başka bir ifadeyle, ortalama olarak asgari düzeyde prim ödeme şartı kaldırılmıştı. Ancak benzer düzenleme ihtiva etmesine rağmen, malullük aylığı AYM’inde iptal davasına konu olmadı ve yasama organı tarafından da konuya ilişkin olarak değişiklik yapılmamıştı. Dolayısıyla, eşitlik ilkesine aykırı durum 506 sayılı Kanun döneminde malullük sigortası için devam etmekteydi.

1479 sayılı Kanunun 19. maddesinde en az 5 tam yıl sigorta primi ödemiş olmak şartıyla bağımsız çalışanların aylıktan yararlanabileceği hükme bağlanmıştı. İş kazası ve meslek hastalığı neticesinde çalışma gücünün en az üçte ikisini kaybedenler hakkında ise, beş tam yıl sigorta primi ödemiş olmak şartı aranmamaktaydı¹¹⁵⁶. Bu şekilde iş kazası veya meslek hastalığı sonucu malul kalanlar bakımından aylık bağlama koşulları hafifletilmişti¹¹⁵⁷. Görüldüğü üzere, sadece aynı hukuki statü temelinde değil, farklı hukuki statü temelinde de haklı nedene dayanmayan ayrım söz konusuydu.

5434 sayılı Kanunda ise, açıkça prim ödeme şartına yer verilmemişti. Sadece 10 yıllık sigortalılık süresi öngörülmüştü. 5434 sayılı Kanunda anılan şarta açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, devlet memurlarının ve kamu görevlilerin hukuki statüsü dikkate alındığında kendileri için aranan sigortalılık süresine bağlı olarak prim ödeme şartının

¹¹⁵³ Caniklioğlu, Geride Kalanların Korunması, 163.

¹¹⁵⁴ Akın, Maluliyet, 296; Aslanköylü, Malullük Sigortası, 196.

¹¹⁵⁵ Akın, Maluliyet, 298.

¹¹⁵⁶ Aslanköylü, Malullük Sigortası, 197.

¹¹⁵⁷ Aslanköylü, Malullük Sigortası, 197.

da kendiliğinden gerçekleşeceği haklı olarak kabul edilmekteydi¹¹⁵⁸. Gerçekten, iştirakçiler için sigortalılık süresine bağlı olarak primlerin ödenmesi de devam edecektir. Devlet memurları ve kamu görevlileri için işsiz kalmak istisnai durumlarda söz konusu olacağından, 10 yıllık fiili hizmete bağlı olarak aynı süre için primlerin de ödenmesi gerçekleşecektir¹¹⁵⁹. Sonuç olarak kendileri için 3600 gün prim ödenmesi gerektiği dolaylı da olsa kanundaki düzenleme ile kabul edilmişti.

2. 5510 Sayılı Kanunda Bildirilmesi/Ödenmesi Gereken Prim Gün Sayısı Bakımından Sağlanan Eşitlik

Mülga Kanunlar döneminde bulunmayan norm birliği 5510 sayılı Kanun ile sağlanmıştır. Gerçekten Kanunda “...*toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması*”, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, “*ancak, 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanların kendi sigortalılığı nedeniyle genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur*” (m.26/I, b)¹¹⁶⁰ hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre, sigortalı hangi bent kapsamında olursa olsun bildirilmesi/ödenmesi gereken prim gün sayısı 1800’dür¹¹⁶¹. Ödenmesi gereken toplam primin tamamının 5510 sayılı Kanun döneminde bildirilmiş/ödenmiş olması veya önceki Kanunlardan sadece birinin kapsamında bildirilmiş olması gerekli değildir¹¹⁶². Aynı şekilde 5510 sayılı Kanun döneminde de primlerin bir kısmının m.4/I,(a), bir kısmının aynı maddenin (b) ve (c) bendinde geçen çalışma sırasında ödenmiş ya da bildirilmiş olması da ayıltan

¹¹⁵⁸ **Akn**, Maluliyet, 302.

¹¹⁵⁹ **Akn**, Maluliyet, 302.

¹¹⁶⁰ 17.04.2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle; bu fıkra da yer alan “prim ve her türlü borçlarının” ibaresi “prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının” şeklinde değiştirilmiştir.

¹¹⁶¹ Öğretide **Şakar** tarafından da ileri sürüldüğü üzere, malullük aylığı için belirtilen şekilde prim şartının aranması, sosyal güvenlik hakkının özünü zedelemektedir. Zira Yazarın da ifade ettiği gibi, hiç kimse malul olmayı istemez, ancak bu tehlikenin ne zaman gerçekleşeceği debilinmez. Bu bakımdan, henüz yeterli şartları taşımadığı bir dönemde malul kalan sigortalının mağdur edilmesi de sosyal güvenlik anlayışına uygun değildir, bkz. **Şakar**, Emekliliği, www.yaklasim.com

¹¹⁶² **Caniklioglu**, Malullük Aylığı, 153.

yararlanmaya engel değildir¹¹⁶³. Bundan başka, primlerin zorunlu ya da isteğe bağlı sigorta hükümleri kapsamında ödenmesinin de herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁶⁴. Bu konuda ayırım yapılmamış olmasının eşitlik ilkesi açısından isabetli olduğunda kuşku yoktur.

Ekleyelim ki, primlerin sigortalılık süresince sürekli ödenmesi de gerekli değildir. Aynı şekilde her sigortalı olarak geçirilen yıl için de ortamla asgari prim ödeme şartı yoktur. “Toplam” olarak 1800 gün prim ödenmiş olması gerekli ve yeterlidir¹¹⁶⁵. Bu bakımdan mülga Kanunlar döneminde prim ödemeye ilişkin eşitlik ilkesine aykırı düzenleme giderilmiştir¹¹⁶⁶.

3. Primlerin Ödenmesi ya da Bildirilmesi Konusunda Haklı Nedene Dayanmayan Ayırım

5510 sayılı Kanunda prim gün sayısı bakımından rakamsal olarak eşitlik yaratılmışsa da, bunun ödenmesi ya da bildirilmesi zorunluluğu konusunda farklılık yaratılmıştır. Gerçekten, bağımlı çalışan bir kimse adına prim ödeme gün sayısı bildirilmiş, ancak bunlar ödenmemiş olsa bile kendilerine aylık bağlanabilecektir¹¹⁶⁷. Farklı bir deyişle, m.4/I,(a) ve (c) kapsamındaki sigortalılar için primlerin bildirilmiş olması yeterli olup ödenmiş olması zorunlu değildir. Buna mukabil, bağımsız çalışan bir kimseye malullük aylığının bağlanabilmesi için kendi sigortalılığı nedeniyle genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının *ödenmiş* olması zorunludur¹¹⁶⁸. Dolayısıyla, bunların ödemedikleri primler, prim ödeme gün sayısı bakımından dikkate alınmaz¹¹⁶⁹.

¹¹⁶³ Ödenen primlerin zorunlu sigortalı ya da isteğe bağlı sigorta hükümleri çerçevesinde ödenmesinin de herhangi bir önemi bulunmadığı belirtilmiştir, bkz. **Caniklioglu**, Malullük Aylığı, 153; ayrıca bkz. **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 193.

¹¹⁶⁴ **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 50.

¹¹⁶⁵ **Caniklioglu**, Malullük Aylığı, 153; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 50; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 193.

¹¹⁶⁶ Tasarıda prim ödeme gün sayısı 3600 olarak kabul edilmişti. **Şakar**, 5434 sayılı Kanunda devlet memurları için öngörülen prim ödeme gün sayısının bütün sigortalılar için kabul edilmesiyle eşitliğin sağlanmasının söz konusu olmadığını, zira devlet memurlarının iş güvencesinin diğer çalışanlar için geçerli olmadığını belirtmiştir, bkz. **Şakar**, Tasarı, www.yaklasim.com.

¹¹⁶⁷ **Tuncay/Ekmekçi**, 350; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 49; **Caniklioglu**, Malullük Aylığı, 151, 153; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 191, 192.

¹¹⁶⁸ **Tuncay/Ekmekçi**, 350; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 50; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 191, 192.

¹¹⁶⁹ **Caniklioglu**, Malullük Aylığı, 151, 153.

Getirilen bu farklılığın yanında, kanun koyucu bağımsız çalışanlar açısından diğer sigorta kollarından yapılan yardımlar için aradığı “kendi çalışmalarından dolayı Kuruma prim borcu olmaması” yönündeki şartı, malullük sigortasında da aramıştır¹¹⁷⁰. Bu şartın arandığı diğer yardımlar değerlendirilirken de ifade edildiği üzere, bağımsız çalışanların prim ödeme yükümlüsü kendileri olduğu için kanun koyucu diğer sigortalılara göre farklı düzenleme yapmıştır. Primlerin tahsili Kurumun finansmanı ve aktüeryal dengenin korunması adına son derece önemlidir. Bunun gözetilmesi meşru bir amaç niteliğindedir. Ancak bu amacın gerçekleştirilmesinde seçilen araçlar, yani yapılan düzenlemeler eşitlik ilkesi uyarınca elverişli ve gerekli olmalıdır. Özellikle, Kurumun finansmanının gözetilmesi, yapılacak sigorta yardımlarının önüne geçmemelidir. Kanun koyucu, Kurumun prim tahsilini yapacağı farklı düzenlemelerle de sağlayabilir, özellikle Kurumun denetim yükümlülüğünü arttırarak daha olumlu sonuçlar elde edebilir.

Oysa, *genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş* olması şeklinde getirilen şartla bağımsız çalışanların aylığa hak kazanmaları zorlaştırılmıştır¹¹⁷¹. Ayrıca prim borcunun hangi sigortadan kaynaklandığı konusunda da ayırım yapılmaması adil ve makul değildir¹¹⁷². Gerçekten, sigortalının kısa vadeli sigorta koluna ya da genel sağlık sigortasına ilişkin prim borcu varsa, uzun vadeli sigorta kollarından yardım yapılmasının kabul edilmemesi sosyal sigorta tekniği ile bağdaşmaz. Önemli olan uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin prim borcunun olup olmamasıdır. Böyle bir borcun bulunması halinde ise, sigorta yardımının hiç yapılmaması yerine bağlanan aylıktan her ay borcun belli bir kısmının düşülmesi isabetli olur. Sonuç olarak, kanun koyucu meşru amacına farklı düzenleme ile ulaşabilirdi. Dolayısıyla, hukuki statü dikkate alınarak yapılan farklılık haklı nedene dayanmamaktadır¹¹⁷³

Son olarak belirtmek gerekir ki, tamamlanması gereken sigortalılık süresi ve ödenmesi/bildirilmesi gereken prim gün sayısı bakımından aranan şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre sigortalının hem on yıldan beri sigortalı

¹¹⁷⁰ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 151.

¹¹⁷¹ Akın, Yeni Gelişmeler, 50.

¹¹⁷² Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 153.

¹¹⁷³ Bağımsız çalışanlar için getirilen şartın da isabetli olmadığı yönünde bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 429

olması, hem de 1800 gün prim bildirilmiş/ödenmiş olması şarttır¹¹⁷⁴. Dolayısıyla, sadece en az on yıldan beri sigortalı olmak yeterli olmadığı gibi, toplam sadece en az 1800 gün prim ödenmiş olması da yeterli değildir¹¹⁷⁵. Hakkın özünü etkileyecek şekilde zorlaştıran koşul isabetli değildir¹¹⁷⁶. Özellikle bağımsız çalışanlar bakımından bu durum daha belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır.

4. Hesaplama Esas Alınacak Prim Ödeme Gün Sayısı

Malullük sigortasından sağlanan temel yardım niteliğini haiz aylığın hesaplanmasında yaratılan farklılıkların eşitlik ilkesi açısından incelenmesi önem taşımaktadır. Kanunun 27. maddesinde hesaplama ile ilişkin esaslara yer verilmiştir. Buna göre “*Malullük aylığı; prim ödeme gün sayısı 9000 günden az olan sigortalılar için 9000 gün üzerinden, 9000 gün ve daha fazla olanlar için ise toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden, 29 uncu madde hükümlerine göre hesaplanır. Sigortalı başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise tespit edilen aylık bağlama oranı 10 puan artırılır. Ancak 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için 9000 gün prim ödeme gün sayısı 7200 gün olarak uygulanır.*”

Madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere, malullük aylığı; prim ödeme gün sayısı 9000 günden az olan sigortalılar için 9000 gün üzerinden, 9000 gün ve daha fazla olanlar içinse toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden hesaplanacaktır. İş sözleşmesine tabi çalışanlar içinse prim gün sayısının 7200 olarak uygulanacağı benimsenmiştir¹¹⁷⁷. Bu durumun bu olanağa sahip olmayan memurlar ve bağımsız çalışanlar bakımından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu öğretide belirtilmiştir¹¹⁷⁸.

Öncelikle ifade edelim ki, bu düzenlemenin uygulanmasına bağlı olarak iki şekilde farklılık çıkacaktır. Buna göre, prim gün sayısı 1800 gün olan m.4/I,(b) veya (c) kapsamındaki sigortalı ile aynı kapsamda sigortalı olan fakat prim gün sayısı 1800’den fazla olan sigortalının aylığı 9000 gün üzerinden hesaplanacaktır. Böylece, daha çok

¹¹⁷⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 429; Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 151.

¹¹⁷⁵ Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 151.

¹¹⁷⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 429.

¹¹⁷⁷ Tuncay/Ekmekçi, 351. Kanunun ilk halinden farklı olarak *prim ödeme gün* sayısının değil, *prim gün* sayısının esas alınması yerindedir. Bu şekilde 27. madde hükmüyle çelişki yaratılmamıştır. Ancak hiç kuşku yok ki, anılan maddedeki düzenleme gereği, bağımsız çalışan sigortalılar bakımından primi ödenen günler prim gün sayısı açısından esas alınacaktır, Kanunun ilk halindeki ifadenin eleştirisi için bkz. Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 156.

¹¹⁷⁸ Tuncay/Ekmekçi, 351 ve d.n 23; Tuncay, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 51.

prim ödeyen ile az ödeyen sigortalı için eşit prim gün sayısı üzerinden hesaplama yapılacaktır.

Farklılığın kendini göstereceği ikinci durum, farklı hukuki statüde bulunanlarla ilgilidir. Örneğin, m.4/I,(b) ya da (c) hükmü çerçevesinde sigortalı olan ve adına 1800 gün prim ödenmiş/bildirilmiş sigortalının aylığı 9000 gün üzerinden hesaplanacakken; aynı maddenin (a) bendi kapsamında olan ve 1800 gün hatta daha fazla prim gün sayısına haiz sigortalının aylığı ise 7200 prim gün sayısı esas alınarak hesaplanacaktır. Kanaatimizce bu düzenlemenin ortaya çıkarttığı farklılıkların eşitlik ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı üzerinde özel olarak durulmalıdır.

Kanun koyucu malul duruma düşerek aylığa hak kazanan sigortalılara daha yüksek miktarda aylık bağlanması için belirtilen şekilde düzenleme yapmıştır. Bu amaca ulaşmak için öngörülen düzenleme eşitlik ilkesi çerçevesinde elverişli ve gereklidir. Zira daha önce de ifade edildiği gibi, malullük halinin ne zaman gerçekleşeceği bilinmediğinden, çalışma yaşamının erken döneminde bu riskle karşılaşan bir kimse fazla prim ödeme şansını yakalayamamış olur. Sigortalı, riskin gerçekleştiği zamanda prim ödeme gün sayısının az olması nedeniyle, hak kazanacağı aylığın da az olması tehlikesiyle elinde olmayan bir nedenden dolayı karşı karşıya kalır. Böyle bir durumda, sigortalının ödediği prim ödeme gün sayısının esas alınması halinde, sigortalı malul kaldıktan sonra yaşamını idame ettirmek için gerekli miktarda aylığa sahip olamaz. Kanun koyucu bu olasılığı dikkate alarak 9000 günden az prim ödemiş olanların prim ödeme gün sayısını 9000 olarak kabul etmiştir. Düzenleme belirtilen şekilde haklı nedene dayandığı için 8500 gün prim ödeyen bir kimseyle 1800 gün prim ödeyen bir kimsenin prim ödeme gün sayısının aynı kabul edilerek aylığın hesaplanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Öte yandan kanun koyucu, iş sözleşmesine tabi çalışanlar için hesaplamada esas alınması gereken 7200 gün sayısını haklılaştırmalıdır. Başka bir deyişle, 1800 gün pirim ödeyen bağımsız çalışanın ya da devlet memurunun aylığının hesabında prim ödeme gün sayısı 9000 gün olarak kabul edilecekken, aynı oranda malul olan ve 1800 gün prim ödeyen m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalının aylığı 7200 gün üzerinden hesap

edilecektir¹¹⁷⁹. Sınırı oluşturan prim ödeme gün sayıları (7200/9000) yaşlılık aylığına hak kazanmak için tamamlanması gereken prim ödeme gün sayıları ile aynıdır¹¹⁸⁰. Her ne kadar iş ilişkisinin niteliği, yaşlılık aylığına hak kazanmak için iş sözleşmesine çalışanlar bakımından daha düşük prim ödeme gün sayısının kabul edilmesini haklılaştırmaktaysa da aynı gerekçenin malullük aylığı hesabında benimsenmesi doğru değildir. Zira malullük durumunda, iş ilişkisinin niteliğinden bağımsız olarak sigortalıların sağlık durumu nedeniyle asgari prim ödeme gün sayısının az olması söz konusudur. Dolayısıyla, farklılık yaşlılık aylığında kabul edilen prim ödeme gün sayılarının benimsenmesiyle haklılaştırılamamıştır.

Prim ödeme gün sayısına bağlı olarak aylık bağlama oranında ortaya çıkan farklılık yapılan ayırımın daha net biçimde ortaya konmasını sağlayacaktır. Aylık bağlama oranı yaşlılık aylığının hesaplanmasına ilişkin hükümlere göre tespit edilir¹¹⁸¹. Buna göre bu oran, sigortalının malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi geçen toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için %2 olarak uygulanır (m.29/III). Bu hesaplamada 360 günden eksik süreler orantılı olarak dikkate alınır. Ancak aylık bağlama oranı %90'ı geçemez (m.29/III). Buna göre hukuki statü temelinde hesaplama yönünde yapılan farklılık örnekle daha iyi görülecektir: 1800 gün prim ödeyen devlet memuru için aylık bağlama oranı: $9000/360 = 25$, $25 \times \%2 = \%50$; aynı sayıda prim ödeyen iş sözleşmesine tabi çalışan içinse $7200/360 = 20$, $20 \times \%2 = \%40$ olarak tespit edilecektir¹¹⁸². Herhangi bir haklı nedene dayanmayan bu farklılık eşitlik ilkesine aykırıdır¹¹⁸³.

¹¹⁷⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 426.

¹¹⁸⁰ Kanunun ilk halinde hukuki statü temelinde aylığın bağlanmasında dikkate alınması gereken prim gün sayısında herhangi bir ayırım yapılmayarak, şu düzenlemeye yer verilmişti: “*Malullük aylığı; prim ödeme gün sayısı 9000 günden az olan sigortalılar için 9000 gün üzerinden, 9000 gün ve daha fazla olanlar için ise toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden, 29 uncu madde hükümlerine göre hesaplanır. Sigortalı başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise tespit edilen aylık bağlama oranı 10 puan artırılır.*” Gerçi Kanunun ilk halinde bu sayının eşit olarak alınmasının nedeni, bütün sigortalılar için yaşlılık aylığına hak kazanmada asgari prim ödeme gün sayısının 9000 gün olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktaydı.

¹¹⁸¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 425.

¹¹⁸² Caniklioğlu, Malullük Aylığı, 157. Sigortalının başka birinin bakımına sürekli muhtaç olması halinde tespit edilen aylık bağlama oranının 10 puan artırılacağı öngörülmüştür (m.27/I). Başka birinin bakımına muhtaç olanlar gerçekte diğer sağlıklı kişilerle aynı durumda olmadıklarından, bunlara eşit davranmak eşitsizlik anlamına gelir. Maddi eşitlik anlayışı bunlara olumlu yönde farklı davranılmasını gerekli kılar. Dolayısıyla, ayırım haklı nedene dayandığından eşitlik ilkesine aykırı değildir. Ancak yukarıda tespit edilen aykırılık giderilmedikçe doğal olarak sürekli bakıma muhtaç durma düşen m. 4/I,(a) kapsamındaki sigortalılarla, başka birinin sürekli bakımına muhtaç m.4/I,(b) ve (c) bendi kapsamındakiler arasında haklı olmayan ayırım yapılmış olunacaktır. Gerçekten yukarıdaki örnek dikkate alındığında, başkasının bakımına muhtaç m.4/I,(b) ve (c) çerçevesinde sigortalı olan için aylık bağlama oranı %60, (b) bendi kapsamındaki aynı durumda olan kişi içinse %50 olacaktır.

¹¹⁸³ Tuncay/Ekmekçi, 317.

Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, m.4/I,(a) kapsamındakiler için aylığın hesaplanmasına esas prim gün sayısının 9000 yerine, 7200 olarak belirlenmesinin haklı nedeni yoktur¹¹⁸⁴. Bu noktada eşitliğin ne şekilde sağlanması gerektiği üzerinde de kısaca durmak gerekir. Farklı bir deyişle, kanun koyucunun eşitlik ilkesi uyarınca yapacağı düzenlemede bütün sigortalılar için aylığın hesabında alması gereken prim gün sayısı 7200 mü yoksa 9000 gün mü olmalıdır? Birinci bölümde de izah ettiğimiz üzere, bir gruba tanınan ayrıcalıkları diğer gruba da tanımak suretiyle her iki gruba da ileri seviyede eşitlik sağlanması günümüzde benimsenen çağdaş eşitlik anlayışının gereğidir. Bu bakımdan, malullük aylığının hesabına esas teşkil edecek prim ödeme gün sayısının tespitinde yaşlılık aylığına hak kazanmak için öngörülen 7200 gün sayısının esas alınmaması isabetli olur. Eşitlik ilkesi açısından 7200 prim gün sayısı yerine bütün sigortalılar için 9000 gün sayısının dikkate alınması, bağlanacak aylık oranı açısından daha yerindedir.

VII. Malullük Durumunun Talep Üzerine Kurum Onayı İle Belirlenmesi

Sigortalının malullük aylığına hak kazanması için bir diğer koşul da sigortalının çalışma gücünü ya da meslekte kazanma gücünü veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiğinin belgelenmesidir. Malullük durumunun belgelenmesi Kanundaki düzenleme gereği raporla yapılacak olup söz konusu raporların Kurumca incelenmesi öngörülmüştür¹¹⁸⁵. Buna göre, sigortalının veya işverenin talebi

¹¹⁸⁴ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 426 .

¹¹⁸⁵ Kanunun 95. maddesinde sağlık raporlarının usul ve esasları düzenlenmiştir. Buna göre, Kurum iş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalının meslekte kazanma gücü veya çalışma gücü kaybına esas alınacak sağlık kurulu raporlarının usul ve esaslarını bu raporları düzenlemeye yetkili sağlık hizmeti sunucularının sahip olmaları gereken kriterleri tespit etmeye yetkilidir, **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 190. Yetkili sağlık hizmeti sunucularının verdikleri raporların ve tıbbi belgelerin usulüne uygun olmaması durumunda, bunlar kurumca iade edilebilir (m.95/I; Güç kaybı Yön. m. 9). Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları dışında resmi, özel, üniversite hastanelerinden alınacak raporlarla malullük tespiti yapılamaz, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 427; **Tuncay/Ekmekçi**, 344; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 150; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 190. Farklı bir ifadeyle, tespit kurumca yetkilendirilmiş olmak şartıyla resmi ya da özel herhangi bir sağlık hizmeti sunucu tarafından yapılabilir, **Akın**, Yeni Malullük Sigortası, 902. Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının hangi hastaneler olduğu Maluliyet Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde belirlenmiştir (m. 5). Söz konusu maddede belirtilen sağlık hizmeti sunucularının tamamının resmi kurumlar olduğu görülmektedir. Bu noktada, Kanun ile Yönetmelik arasında çelişki olduğu belirtilmiştir, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 347; Ayrıca bkz. **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 48. Bu bakımdan kurumun sözleşme yaptığı herhangi bir sağlık hizmeti sunucusunun malullük durumunun tespitine yönelik rapor vermesi söz konusu değildir, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 150. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere rapor yeterli olmayıp, düzenleme gereği, malullük kararının kurum sağlık kurulunca alınması gerekir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 427. Belirtmek gerekir ki, Kurum Sağlık Kurulu, sağlık hizmeti sunucusu tarafından düzenlenen sağlık kurulu raporlarında yer alan çalışma gücü kaybı/maluliyet derecesi ile bağlı değildir (Güç Kaybı Yön. m.8). Böylece, sigortalının çalışma gücünü veya meslekte kazanma gücünü en az %60 oranında yitirip yitirmediğini tespit eden raporların incelenmesi neticesinde –bu tespit ile bağlı kalınmaksızın- nihai olarak Kurum Sağlık Kurulunca

üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu sigortalının çalışma gücünü ya da meslekte kazanma gücünü veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiğinin Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilmesi gerekmektedir¹¹⁸⁶ (m.25/I).

Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucusunun rapor tanzim edebilmesi için 25. madde gereği her şeyden önce “talep” şarttır¹¹⁸⁷. Kanundaki açık düzenlemenin sonucu olarak talebi, işveren yapabileceği gibi, sigortalı da yapabilir¹¹⁸⁸.

sigortalının malul olup olmadığı yönünde tespit yapılacaktır **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 46. Kurum Sağlık Kurulu kararına karşı Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'na itiraz edilebilir (m.95/II, m.58/4). Karara sadece işçi değil, işveren de itiraz edebilecektir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 428; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 150; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 191. Ayrıca 506 sayılı Kanundan farklı olarak 5510 sayılı Kanunun 39. maddesi ile Kurumun uzun vadeli sigorta kollarından sağladığı yardımların peşin değerini üçüncü kişilere de rucu etme olanağı tanındığından bu kişiler de Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararlarına karşı itiraz edebilirler (m.58/IV, m.95/II). Yüksek Sağlık Kurulu Kararlarına karşı hangi merciye başvurulacağı ise Kanunda gösterilmemiş olmakla birlikte, Kurulun kararına karşı iş mahkemesine başvurulabileceği öğretide belirtilmiştir, **Tuncay/Ekmekçi**, 345; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 46; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 150; **Aslanköylü**, Malullük Sigortası, 191. Yüksek Sağlık Kurulu kararlarının sadece kurum açısından bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 428; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 46. Kurulun raporları SGK bakımından bağlayıcıdır. Buna ilişkin olarak verilmiş Yargıtay kararında şu ifadeler yer almaktadır: “*Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu raporlarının davalı kurum yönünden bağlayıcı olduğu, ilgililer kavramı içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun girmediği dolayısı ile kurul raporlarına karşı itiraz edemeyeceği, davacı tarafından ise kurul raporunun sadece sigortalılığın başlangıç tarihine itiraz edilmiş olması karşısında, kuram yönünden bağlayıcı, lehine olması yönünden de ilgilisi (davacı) tarafından sadece sigortalılığın başlangıç tarihi yönünden itiraza uğrayan, diğer yönlerden itiraz uğramayan Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu raporuna karşı, malullük halinin bir kez de Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na değerlendirilmesinde yasal gereklilik bulunmamaktadır.*” YHGK, 17.02.2010 t., E. 2010/21-60, K. 2010/90, www.legalbank.net

¹¹⁸⁶ SSİY m. 51'de Kurum Sağlık Kurulunca incelenmesi gereken belgeler belirtilmiştir. Bundan başka, anılan maddenin ikinci bendinde sağlık kurulu raporunun istenmediği istisnai hale yer verilmiştir. Buna göre, “*Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılardan geçirdiği iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca Tespit Edilenlere malullük aylığı bağlanması için yeni bir sağlık kurulu raporu istenmez.*” düzenlemesi yer almaktadır. Düzenlemenin m. 4/I, (c) kapsamında olanlar için kabul edilmemiş olması ilkeye aykırılık yaratıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira anılan kapsamdaki sigortalılar iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına tabi olmadığından, böyle bir hükmün uygulama alanına girmeleri zaten düşünülemezdi.

¹¹⁸⁷ Malul durumda olan sigortalının Kuruma yazılı talep ile başvurusu için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Sigortalı istediği zaman aylık talep edebilir, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 155. Herhangi bir süre kısıtlaması kabul edilmemiş olmakla birlikte, talepte bulunulması gereken “zaman” belirtilmiştir. Buna göre yazılı talep, maluliyet nedeniyle sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan veya işyerini kaptıktan veya devrettikten sonra yapılmalıdır (m.26/II,c). Hükmün katı biçimde uygulanmamalıdır, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 155. Gerçekten, talep koşulunun en son yerine getirilmesi beklenen olağan durum ise de, işten ayrılmadan önce ya da işyerini kapatmadan önce sigortalı talepte bulunmuşsa talebin geçersiz sayılması adalete uygun olmayan sonuçlar meydana getirir, **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 155. Farklı bir ifadeyle, salt talebin yapıldığı anı dikkate alarak sigortalılar arasında ayırım yapmak ve bu nedenle aynı durumda olanlara farklı davranmak ilkeye aykırı sonuçları doğuracaktır. Bütün şartların gerçekleştiği andan itibaren sigortalıya aylık bağlamak yerinde olacaktır, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 432; **Caniklioğlu**, Malullük Aylığı, 155. Nitekim, kanun koyucu malullük aylığının başlangıcını düzenlediği 27. madde hükmünde, maluliyete esas rapor alınmadan önce de başvuruda bulunabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda aylık rapor tarihini takip eden aydan itibaren başlayacaktır. Malullük halinin tespiti için işveren de talepte bulunabilirken, aylık bağlanması için sadece sigortalının başvuru da bulunması mümkün kılınmıştır. Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinden birden fazlasına tabi olarak çalışmış veya prim ödemiş olan sigortalıların malullük aylığı bağlanmasına ilişkin talepleri, son sigortalılık haline göre sonuçlandırılır (SSİY m. 49/(5)). Kuruma

§11. Yaşlılık Sigortası Kapsamında Sağlanan Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşullarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi

I. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşullarına İlişkin Farklı Düzenlemelerin Varlığı

Yaşlılık sigortasından yapılan temel yardım, yaşlılık aylığının bağlanmasıdır¹¹⁸⁹. Bundan başka, aylık bağlanmasını gerektiren şartların oluşmaması halinde, sigortalıların talebiyle ödenmiş olan uzun vadeli sigorta kolları primlerinin toptan ödeme olarak geri verilmesi mümkündür. Öğretide toptan ödemenin yardım olarak kabul edilmemesi gerektiği haklı olarak belirtilmiştir¹¹⁹⁰. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinde, “toptan ödeme” yaşlılık sigortasından sigortalıya sağlanan yardım olarak değil, hak olarak yer almıştır¹¹⁹¹. Çalışmamızda sigorta yardımları eşitlik ilkesi temelinde

başvurma açısından sigortalılar arasında fark yaratılmadığından eşitlik açısından incelenmesi gereken hususta söz konusu değildir.

¹¹⁸⁸ Rapor alınmış olsa bile sigortalı istemediği sürece kendisine aylık bağlanması mümkün olmaz. Aksi halde, 25. maddenin 4. fıkrası ile de çelişen bir düzenlemenin varlığı ortaya çıkar. Zira anılan maddede m.4/I,(c) kapsamındaki sigortalıya kendilerinin yazılı talebi olması şartıyla haklarında malullük hükümleri uygulanmaksızın malullüklerinin engel olmadığı başka vazife veya sınıflara nakillerinin yapılması uygun görülmüştür. Ancak bunların işverenlerinin talebi halinde -25. maddenin birinci fıkrası gereği- maluliyete ilişkin rapor düzenlenmesi zorunluluğu doğacaktır. Böyle bir durumda sigortalının başka görevde çalışma isteği ile işverenin rapor alınmasına yönelik talebi birbiriyle çelişecektir. Bu bakımdan rapor düzenlenmesine yönelik talep zorunluluğunu, aylık bağlanmasına ilişkin talepten ayrı değerlendirmek isabetli olur. Ulaştığımız sonuç bakımından işverenin talep hakkı önemini yitireceğinden, bu şekildeki düzenlemenin yerinde ve gerekli olmadığı düşüncesindeyiz. Ayrıca malullük aylığına hak kazanmayı zorlaştırmak, tamamlanması gereken uzun sigortalılık süresi ya da yüksek prim ödeme gün sayısı ile değil, malul durumda olanlara istihdam yaratılması suretiyle gerçekleştirilmelidir. İşverene talep hakkının verilmesi, malul durumda olan kişilerin çalışma hayatından malul olmalarına rağmen kendi istekleri olmaksızın çıkmaları sonucunu doğurabilecektir. Bu sonucu kabul etmek ise, mümkün gözükmemektedir.

¹¹⁸⁹ Sosyal yardım zammı yardımı, yürürlükteki düzenlemede yer almamışsa da; 5510 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin 3. fıkrasında, 506 ve 1479 sayılı Kanunlara göre ödenmekte olan sosyal yardım zammının ilgililerin gelir ve aylıklarına ödenmesine devam edileceği öngörülmüştür. Sadece 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce bu yardımı alanlara yapılmakta olan yardımın miktarı çok düşük olduğundan anlamını yitirmiştir. 1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 506 sayılı Kanun kapsamındakiler için 4.69 TL, 1479 sayılı Kanun kapsamındakiler için ise 1-12. Basamakta olanlara 5.85 TL, 13-24 basamakta bulunanlara ise 4.50 TL olarak düzenlenmiştir. Değişiklikten önce Bakanlar Kurulunun zam miktarını saptama yetkisi bulunmaktaydı. Anılan değişiklikle bakanlar kurulunun yetkisi kaldırıldığından ve miktar sabit hale getirildiğinden, zammın alım gücü düşmüş ve önemini yitirmiştir, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 666. Farklı bir ifadeyle, kazanılmış hak bakımından bahsi geçen yardım korunmuştur. Ancak yürürlükteki düzenleme ile muhtemel ve yeni hak sahipleri için bu yardımın kabul edilmemesi nedeniyle sosyal yardım zammı inceleme konusu yapılmamıştır. Belirtmek gerekir ki, kazanılmış hak sahiplerine bu hakkın verilmeye devam edilmesi, ancak beklenen ve yeni hak sahiplerine bu olanağın tanınmaması, eşitlik ilkesine aykırı düzenleme olarak yorumlanmamalıdır. Zira “kazanılmış hak” çerçevesinde zammın ödenmesi ve yardımın cüzi niteliğe sahip olması ayrımı haklı kılan objektif nedendir. Farklı bir ifadeyle, kazanılmış hak yanında yardımın niteliği, yapılan ayırmın makul ve ölçülü olduğunu ortaya koymaktadır. Öğretide de beklenen haklar üzerinde kanun koyucunun kural olarak her zaman değişiklik yapabileceği, ancak sosyal güvenlik gibi sosyal yönü ağır basan konularda beklenen hakların korunmasının önem taşıdığı belirtilmiştir, **Şakar**, **Kazanılmış Haklar**, 122.

¹¹⁹⁰ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 549.

¹¹⁹¹ Oysa 506 sayılı Kanunda toptan ödeme yapılması, yaşlılık sigortasından sağlanan yardımlar arasında gösterilmişti (m.59) Aynı durum, 1479 sayılı Kanun için de geçerliydi (m.34).

incelendiğinden, toptan ödemeye yer verilmemiştir. Bunlardan başka, yaşlılık sigortası kapsamında sadece kamu görevlilerine ilişkin özel bir yardım niteliğindeki emekli ikramiyesi ödenmesi kabul edilmiştir. Genel sağlık sigortası kapsamında yaşlılık aylığı alanlara sağlık yardımı da yapılmaktadır¹¹⁹².

Ülkemizde yaşlılık sigortası¹¹⁹³, ilk kez 01.04.1949 tarihinde 5417 sayılı “İhtiyarlık Sigortası Kanunu¹¹⁹⁴” ile kabul edilmişti¹¹⁹⁵. 04.02.1957’de kabul edilen 6900 sayılı “Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunu¹¹⁹⁶” ile her üç sigorta dalı birlikte tanzim edilerek, yeni düzenleme yapılmış¹¹⁹⁷ ve yaşlılık sigortasını ilk kez düzenleme özelliğini haiz 5417 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştı¹¹⁹⁸. 6900 sayılı Kanun ise, 506 sayılı Kanun ile mülga olmuştu (506 s.K. m.141).

6900 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran ve 5510 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 506 sayılı Kanunda yaşlılık sigortası, sadece iş sözleşmesiyle çalışanlar için düzenlenmişti. Bundan başka, yürürlükteki Kanundan önce yaşlılık sigortası, devlet memurları ve kamu görevlileri için 5434, bağımsız çalışanlar için 1479, tarımda bağımsız çalışanlar bakımından 2926, tarım işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz biçimde iş sözleşmesine tabi olarak çalışanlar açısından 2925 sayılı Kanunda yer almaktaydı. Belirtilen bu Kanunlar döneminde, yaşlılık aylığına hak kazanmış veya aylık bağlanmış olan sigortalılara aylıkları ödenmeye devam edilecektir. Bağlanmış olan yaşlılık

¹¹⁹² Güzel/Okur/Caniklioglu, 549.

¹¹⁹³ Yaşlılık sigortası, malullük ve ölüm sigortaları gibi uzun vadeli sigorta kolları arasında düzenlenmiştir (m.28vd.). Zira belirli bir yaşa ulaşmasıyla çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybettiği kabul edilen sigortalının ekonomik güvencesi sarsılacağından ve ömrünün geri kalanının tamamında yardıma ihtiyaç duyacağından yaşlılık sigortasından yapılacak yardım kısa bir süre için söz konusu olmaz, Güzel/Okur/Caniklioglu, 546; Güzel, 4447 sayılı Kanun, 1848; Şakar, 259 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 381; Sözer, Sosyal Sigortalar, 331; Uşan, 209. Yaşlılıkla ilgili düzenlemelerin, uzun vadeli sigorta kollarında yer alan malullük ve ölüm sigortaları için de genellikle geçerli olduğu; örneğin, malullük aylığının hesaplanmasının yaşlılık aylığı hesaplaması dikkate alınarak yapıldığı ifade edilmiştir, bkz. Uşan, 209.

¹¹⁹⁴ RG. 02.06.1949, 7227. Bahsi geçen Kanuna göre “İhtiyarlık aylığından faydalanmak için a) 60 yaşını doldurmuş olmak, b) Bu kanunun uygulandığı bir veya birkaç işyerinde en az 25 yıldan beri işçi veya hizmetli olarak çalışmış bulunmak, c) ilk işe girdiği tarihten ihtiyarlık aylığından faydalanma talebinde bulunduğu tarihe kadar geçen her yıl için ortalama olarak, en az 200 günlük ihtiyarlık sigortası primi ödemiş bulunmak, d) Aylıktan faydalanma talebine takaddüm eden son üç yıl içinde en az 200 günlük prim ödemiş bulunmak; şarttır.” Bundan başka, aynı Kanunda 50 yaşını dolduranların hiçbir işte çalışabilecek durumda olmadıklarının anlaşılmasından sonra yaş dışındaki diğer şartları sağlaması koşuluyla aylık bağlanabileceği kabul edilmiştir (m.5).

¹¹⁹⁵ Güzel, 4447 sayılı Kanun, 1848

¹¹⁹⁶ RG. 13.02.1957, 9534.

¹¹⁹⁷ Güzel, 4447 sayılı Kanun, 1848. Bu Kanunda “İhtiyarlık aylığından faydalanabilmek için: a) 60 yaşını doldurmuş olmak, b) En az 25 yıldan beri sigortalı bulunmak, c) Bu kanuna göre en az 5000 günlük sigorta primi ödemiş olmak şarttır. Ancak yukarıdaki b ve c fıkralarında yazılı şartlardan birini veya her ikisini yerine getirmemiş olmakla beraber sigortalılık süresi 15-35 yıl olan ve her sene için ortalama olarak en az 150 günlük sigorta primi ödemiş bulunan sigortalılara da ihtiyarlık aylığı bağlanır.” (m.12). düzenlemesi bulunmaktaydı.

¹¹⁹⁸ Güzel/Okur/Caniklioglu, 549; Tuncay/Ekmekçi, 390.

aylığının durum değişikliği nedeniyle artırılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, 5510 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanacaktır (5510 s.K. geç.m.1/II). Devlet memurları ve kamu görevlileri için bu durum geçici m.4 hükmünde yinelenmiştir. Sonuç olarak, mülga Kanunlara göre aylığa hak kazananların bu hakları 5510 sayılı Kanun ile korunmuştur.

5510 sayılı Kanundan önce yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalılar yanında, mülga Kanunlar döneminde ilk defa sigortalı olanların ve 5510 sayılı Kanun döneminde çalışmaya devam edenlerin (beklenen hak sahipleri) durumu da önem arz etmektedir¹¹⁹⁹. Bu sigortalılar, 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca bir çok hükümleri mülga olan 506, 2925, 1479, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlar dikkate alınarak düzenlenmiş olan *5510 sayılı Kanundaki geçiş hükümleri* uyarınca aylıklara hak kazanırlar¹²⁰⁰. Geçici 2. maddenin yedinci fıkrası uyarınca tespit edilen *kanunun yürürlükte olan hükümleri* ile bunlar hakkında 5510 sayılı Kanunda *geçiş hükümlerinde* bulunan düzenlemeler yaşlılık aylığına hak kazanmak için uygulanır. Önemle ifade etmek gerekir ki, geçmiş dönemde sigortalı olanların haklarının mülga Kanunlara göre belirleneceği yönünde bir anlayış yanıltıcı olur. Zira geçici 2. maddenin son fıkrasının ilk cümlesinde geçen “...*bunlar hakkında, bu kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır.*” ifadesi böyle bir sonucu kabul etmeye imkan tanımamaktadır. Bu bakımdan malullük aylığına ilişkin şartlar izah edilirken de belirtildiği üzere, 5510 sayılı Kanun

¹¹⁹⁹ Yukarıda da izah edildiği üzere, 5510 sayılı Kanun öncesi 506 ve 2925 sayılı Kanuna tabi olan işçiler m.4/I,(a), 1479 ve 2926 sayılı Kanun kapsamında olan bağımsız çalışanlar m.4/I,(b), 5434 sayılı Kanun gereği iştirakçi olan devlet memurları ve kamu görevlileri ise, m.4/I,(c) gereği sigortalı sayılmaya devam edeceklerdir (geç. m.1/I).

¹²⁰⁰ 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesinde, “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanunda belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak kanun, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit olunur ve bunlar hakkında, bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bahsi geçen düzenleme uyarınca, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olup, Kanun yürürlüğe girdikten sonra aylık talebinde bulunanlara, aylık bağlanmasında esas alınacak kanun, 2829 sayılı Kanun (24.05.1983 tarihli “Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun”) hükümlerine göre tespit edilir, **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 332. Önemle ifade etmek gerekir ki, aylığa hak kazanmak için şartlar, anılan Kanun uyarınca belirlenecek olan Kanun hükümlerine göre değil, bunlar için 5510 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan geçiş hükümleri uyarınca belirlenecektir. Şöyle ki, 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrası, “*Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir.*” şeklindedir. Bu düzenlemenin gereği olarak, beklenen hak sahibi sigortalıların önceki dönemde kapsamına girdikleri kanun tespit edilir, Son yedi yılda hizmetin fazla olduğu kurum mevzuatının uygulanması kuralı, malullük ve ölüm gibi hallerde geçerli olmayıp, bu hallerde ilgiliye hizmetinin geçtiği son kurum tarafından ve kendi mevzuatına göre aylık bağlanacaktır (m.8/II), bkz. **Ergin**, Geçiş Hükümler, 96, 97. Avukatların artık eskisinden farklı olarak bağımsız çalışan olarak sigortalı kabul edileceği ifade edilmiştir, bkz. **Şakar**, Kazanılmış Haklar, 127.. Beklenen hak sahipleri bakımından yapılan açıklamalar için bkz. **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 332 vd.

yürürlüğe girmeden önce sigortalı olan ve anılan Kanun yürürlüğe girdikten 4 ay sonra olağan emeklilik seçeneğinden yararlanarak yaşlılık talebinde bulunan sigortalı, son 7 yılın 3,5 yılından fazlasında 506 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmışsa, kendisine 506 sayılı Kanunun olağan emeklilik halini düzenleyen 60. maddesinin (A) bendi uygulanmaz. Bu durumda, bu kişi 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve söz konusu Kanunun geçici maddelerindeki düzenleme uyarınca aylığa hak kazanma şartları belirlenir. 5510 sayılı Kanunda açıkça yollama yapılması halinde ise, yürürlükten kalkan düzenleme uygulama kabiliyetini haiz olur. Nitekim bu açık yollama, 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin dördüncü fıkrası ile devlet memurları ve kamu görevlileri için yapılmıştır. Buna göre, 5434 sayılı Kanun kapsamında olanlar hakkında eskiden olduğu gibi 5434 sayılı Kanunun uygulanması esası benimsenmiştir¹²⁰¹.

Yapılan düzenlemelerle yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları açısından getirilen farklılıklar dikkate alınarak, 08.09.1999¹²⁰² tarihine kadar; 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasındaki ve 30.04.2008 tarihinden sonraki dönem olmak üzere üç ana dönmeden bahsedilmelidir¹²⁰³. Sigortalılığın başlangıç tarihine bağlı olarak belirlenen söz konusu bu üç dönem, yaşlılık aylığına hak kazanma bakımından oldukça farklı şartlar getirmiştir¹²⁰⁴.

Çalışmamızda esas olarak ilk defa 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar için düzenlenen kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan sigorta yardımlarına hak kazanma koşulları eşitlik ilkesi temelinde değerlendirilmekle birlikte, yaşlılık sigortası kapsamında beklenen hak sahiplerinin durumu da ele alınmıştır. Gerçekten, beklenen

¹²⁰¹ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 715. Yaşlılık aylığının hesaplanmasında, 5510 sayılı Kanunun yeni hak sahipleri için öngördüğü düzenlemeler, bu Kanunun yürürlüğe girdikten sonra geçen süreler için ve bu Kanun yürürlüğünden önce geçen süreler içinse, öncesinde tabi olunan kanun hükümleri esas alınır. Ancak 5434 sayılı Kanuna tabi iştirakçilerin aylıkları için bu kuraldan da vazgeçilmiş ve bunların aylıklarının sadece 5434 sayılı Kanun esas alınarak hesaplanacağı kabul edilmiştir, **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 334, 350.

¹²⁰² 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı ve “İşsizlik Sigortası Kanunu”, 08.09.1999 tarihinde 23810 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bahsi geçen Kanun 506, 1479, 5434, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlar olmak üzere birden fazla kanunda değişiklik yapmış ve 01.06.2000 tarihinden geçerli olmak üzere işsizlik sigortası Kanunu düzenlemiştir. Anılan kanunlardaki değişiklikler uzun dönemli sigorta kollarını ilgilendirmekte olup, özellikle belli yaş sınırı getirmektedir. Ayrıca, aylıkların hesaplanma yöntemi ve aylıkların artırılması konusunda yeni bir sistem benimsenerek eski sistem terk edilmiştir. Bu şekilde sistemde esaslı değişiklik oluşturması nedeniyle Kanunun yürürlük tarihi olan 08.09.1999 aylığa hak kazanma şartlarının incelenmesinde dönüm noktalarından biri olarak dikkate alınmıştır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1833 vd.

¹²⁰³ **Tuncay/Ekmekçi**, 383.

¹²⁰⁴ **Tuncay/Ekmekçi**, 383.

hak sahipleri bakımından öngörülen geçiş hükümlerinin uygulama alanı oldukça geniş olacağından, bunların durumunu göz ardı etmek mümkün değildir.

Sigortalı olunan tarih esas alınarak, sadece birkaç gün sonra sigortalı olanlar açısından birbirinden tamamen farklı şartların öngörülmesi, ölçsüz biçimde şartların ağırlaştırılması eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira böyle bir durumda, sadece sigortalı olunan tarih, birbirinden çok farklı şartların kabulü için haklı neden teşkil etmez. Kısaca ifade etmek gerekirse, kanun koyucu toplumun değişen yapısına vb. nedenlere dayanarak farklı dönemlerde sigortalı olanlar arasında şartları oluşturma hak ve yetkisine sahipse de, bu yetkinin kullanılmasında ölçülü bir geçiş süreci eşitlik ilkesi gözetilmelidir. Gerçekten dönemler arasındaki geçiş, makul ve dengeli olmalı, eşitlik ilkesi açısından olumsuz sonuçlar doğurmamalıdır. Bu nedenle aynı dönem bakımından sigortalılıkları söz konusu olan farklı hukuki statüdeki beklenen hak sahipleri arasında aylığa hak kazanma şartları bakımından yaratılan farklılıklar da eşitlik ilkesi temelinde değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, yürürlükteki düzenlemelerden önce sigortalı olanlar arasında mülga Kanunlarda benimsenen farklılıklar, öngörülen geçiş hükümleri ile devam ettiği gibi, 5510 sayılı Kanunda da –aşağıda ortaya konduğu üzere- yeni sigortalılar arasında yeknesaklık sağlanmamıştır. Böylece, hem aynı dönemde hem de farklı dönemde sigortalı olanlar bakımından ayrı düzenlemeler yapılarak, tek yasa, aynı konu, farklı uygulamalar, çok standartlı durum geçerli olmuştur¹²⁰⁵. Aşağıda öncelikle şartlar ortaya konmuş, daha sonra belirlenen farklılıklar eşitlik ilkesi temelinde değerlendirilmiştir.

II. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartları

1. Ön Koşul: Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından “Yaşlılık” Hali

a) “Yaşlılık” Halinin Tanımı

Öğretide yaşlılığın kronolojik ve biyolojik olmak üzere iki çeşidi olduğu, yaşanan yılların sayısına göre kronolojik ve vücudun yıpranmasına göre de biyolojik yaşlılıktan

¹²⁰⁵ 5510 sayılı Kanunun düzenleniş nedeni olan tek yasa ve norm ve standart birliği ilkesinin birçok konuda yerini tek yasa, üç uygulama, polistandart ilkelerine bıraktığı belirtilmiştir, bkz. **Okur**, Yeni Tanımlar, 164, 165.

söz edileceği ileri sürülmüştür¹²⁰⁶. Öğretide diğer bir görüş tarafından yaşlılık, insan hayatının son safhasında karşılaştığı, bedeni ve fikri gücünün zaman içinde artan bir şekilde azalması sonucu, sürekli bir gelir kaybına ve gider çoğalmasına neden olan fizyolojik durum olarak tanımlanmıştır¹²⁰⁷. Bundan başka kavram, “...yaşlanmaya bağlı olarak, ferdin çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybederek düzenli ve yeterli gelir getiren bir iş tutamaz veya kendi geçimini kendi gücüyle sağlayamaz hale geldiği biyolojik bir durumdur.” şeklinde de ifade edilmektedir¹²⁰⁸. Görüldüğü üzere, yaşlılık hali için vücudun biyolojik durumu dikkate alınmış ve “biyolojik yaş” öne çıkartılmıştır¹²⁰⁹.

Biyolojik yaş, gerçek anlamda yaşlılık halinin ortaya konması bakımından önemlidir ve gereklidir. Gerçekten, yaşlılık halinin sigortalı üzerindeki etkisi her ne kadar benzer ya da aynı olsa da, sigortalılar üzerinde göstereceği etki, sigortalı gerçekten biyolojik bakımdan yaşlanınca ortaya çıkar. Dolayısıyla, yaşlılığın etkisinin farklı olmasından değil, ortaya çıkış zamanının farklı olmasından bahsedilir¹²¹⁰. Yaşlılık halinin biyolojik özelliği ile yaşlılık, malullük durumunun bir türü olarak da nitelenir¹²¹¹. Hatta malullük durumundan daha ciddi sonuçlar doğurabilmektedir. Gerçekten, meslekte kazanma ve çalışma gücünün kaybı yanında, yaşlılık dönemiyle birlikte insanlarda fiziki güçsüzlüklerden başlayan ve diğer çeşitli zayıflıklara kadar uzanan güçten düşüş ile karşı karşıya kalındığı, yaşlıların yemek yeme, temel ihtiyaçlarını giderme, alış-veriş yapma, insanlarla ilişki kurma, sokağa çıkma, yürüme gibi, en temel ihtiyaçlarını gideremeyecek duruma geldiği ve bu nedenle yaşlıların desteklenmesinin gündeme geldiği öğretide belirtilmiştir¹²¹². Yaşlılık halinin belirlenmesinde ortaya çıkan bu durumlar önemlidir. Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere eşitlik ilkesi de yaşlılık halinin tespitinde dikkate alınmalıdır.

¹²⁰⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 546-547; Alper, Yaşın Tespiti, 4; Uşan, 209.

¹²⁰⁷ Şakar, Yaşlılar, 17; Bundan başka yaşlanmanın fizyolojik sonuçların beraberinde getirdiği sosyal ve ekonomik sonuçların da önemli olduğu belirtilmiştir, Arıcı, Yaşlı İşçiler, 934.

¹²⁰⁸ Tuncay/Ekmekçi, 381.

¹²⁰⁹ Biyolojik yaş, vücudun biyolojik durumunun esas alınmasını gerekli kılar, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 547.

¹²¹⁰ Yaşlılık riskinin kişi üzerindeki etkisinin farklı olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 547.

¹²¹¹ Alper, Yaşın Tespiti, 4, 7.

¹²¹² Taşçı, 175, 176.

b) Yaşlılık Sigortası Gereği Yaşlılık Haline Esas Yaşın Belirlenmesinde Eşitlik İlkesinin Dikkate Alınması Gerekliği

Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuat dikkate alındığında, yaşlılık halinin belirlenmesinde kural olarak, kişinin doğumuna göre hesaplanan kronolojik (takvim) yaşının esas alındığı görülür¹²¹³. Bu noktada kronolojik yaş, yaşlılık aylığı için uygun olan ve olmayan insanların ayrıştırılmasını sağlayan temel araç ve gösterge konumundadır¹²¹⁴. Böylece, takvim yaşı esas alınarak belirlenen sınıra ulaşan kişi, biyolojik olarak çalışma gücüne sahip olsa bile, kanun gereği “yaşlı” olarak nitelenmekte ve sigortanın kapsamına alınmaktadır¹²¹⁵. Bu nitelendirme, aynı zamanda sınıflandırma anlamına da geleceğinden bazı sigortalılar kapsamın dışına çıkarılmış olur. Misal olarak, yaşlılık haline esas alınan yaş 60 olduğunda, 60 yaşının altındakiler sistemin dışında bırakılmış olacaktır. Kanun koyucunun örnekte verdiğimiz biçimde sınıflandırma yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetki keyfi kullanılamaz. Eşitlik ilkesi bu yetkiyi sınırlayan ölçütlerden biridir. Eşitlik ilkesinin dar anlamıyla uygulanmasının benimsenmesi, yani belirli yaşa ulaşmış olan herkes için yardım sağlanması halinde, eşitlik ilkesine aykırılığın ileri sürülememesi uygulamadaki eşitliği ilgilendirir. Farklı bir ifadeyle, yaş sınırının 60 olarak kabul edildiği bir olasılıkta, belirlenen yaşa ulaşan herkesin aylığa hak kazandığı, dolayısıyla eşitlik ilkesine aykırı bir durumun olmadığı savunması, *düzenlemenin* değil, *uygulamanın* eşitlik ilkesine uygun olduğu sonucunu doğurur. Oysa birinci bölümde de belirttiğimiz üzere, günümüz eşitlik anlayışı sadece uygulamada sağlanan eşitlikten ibaret değildir. Bu bakımdan, kanun koyucunun takdir hakkını kullanma neticesinde tespit ettiği yaş kriterinin eşitlik ilkesine uygunluk açısından incelenmesi gerekir. Bu inceleme yapılırken, her şeyden önce kanun koyucunun benimsediği yaş sınırı için öngördüğü gerekçeler esas alınmalıdır.

Önemle ifade etmek gerekir ki, sosyal güvenlik sistemlerinde sadece ekonomik gerekçeler düşünülerek düzenleme yapılmamalıdır. Her ne kadar AY m. 65 hükmünde

¹²¹³ Yaşlılık sigortası uygulamasında, sosyal güvenlik sistemlerinin genellikle pratik nedenlerle belli bir takvim yaşını esas aldığı ve bu sınırı geçen kişinin biyolojik olarak çalışma gücüne sahip olsa bile yaşlı sayılarak, sigorta kapsamına girdiği ifade edilmiştir, bkz. **Şakar**, 259.

¹²¹⁴ **Taşçı**, 176.

¹²¹⁵ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 547. Kanunda belirlenen yaş sınırına ulaşamayan sigortalı için önemli sorunların ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür. Buna göre, yaş sınırına ulaşamayan yaşlı işçi işten çıkarılma durumunda gelir kesilmesi riski ile karşı karşıyadır, bkz. **Arıcı**, Yaşlı İşçi, 935.

devletin mali olanakları ölçüsünde sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa’da belirlenen görevleri yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktaysa da, devletin sosyal güvenliğe katkıda bulunması aynı zamanda anayasal yükümlülüktür¹²¹⁶. Ekonomik gerekçeler öne çıkartılarak sistemin amacı ile bağdaşmayan, hakkın kazanılmasını zorlaştıran ölçütlere dayanılarak sınıflandırma yapılmamalıdır. Kanun koyucu özellikle farklı hukuki statüler arasında yer alan sigortalılar arasında sistemin amacı ile uyumlu olmayan farklılıklar yaratmamalı veya getirilen farklılık sistemle güdülen amacı gerçekleştirmede yetersiz kalmamalıdır. Aksi halde amaç için öngörülen ve farklılık getiren araçların elverişsizliği söz konusu olur. Sistemin amacı ile uyumlu olmayan farklılık getiren normların haklılaştırılması son derece zor olduğundan, bu noktada yapılan ayrımların eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde güçlü bir kanaat oluşur. Aynı şekilde sınıflandırmaların, genel olarak güdülen amacı gerçekleştirmeyi zorlaştırması, düzenlemelerin haklı neden olmaksızın eksik kapsamlı yapıldığı anlamına geleceğinden, sınıflandırmanın dışında kalanlar açısından eşitlik ilkesine aykırılık ortaya çıkar. Sonuç olarak, yaşlılık halinin belirlenmesinde daha çok kanun koyucu tarafından belirlenen takvim yaşı esas alınarak sınıflandırma yapıldığından, eşitlik ilkesine uygunluğun sağlanması için bu yaştan belirlenmesinde kanun koyucu keyfi davranmamalı sadece ekonomik gerekçelerden hareket etmemeli, sistemin amacını göz önünde bulundurmalıdır.

Sistemin amacı üzerinde kısaca durmak gerekirse, her şeyden önce yaşlılık sigorta kolundan yapılacak yardımla iş yaşamından çekilen sigortalının yaşamının geri kalanını idame ettirme ve dinlenme olanağına kavuşturulması güdülen amaçlardan biridir¹²¹⁷. Öğretide yaşlılık sigortasının iki temel amacı bulunduğu; hayat süresi içinde bireylerin tüketimini kolaylaştırarak, kişinin çalışmadığı emeklilik döneminde gelir bağlanmak suretiyle tüketim ihtiyaçlarının temininin sağlandığı ve ikinci amacı olan güvenlikle de, özellikle uzun ömürlülük durumlarında, sigortalıyı güvence altına almayı amaçladığı ve bu şekilde dağıtıcı objektifliği sağlamasının söz konusu olduğu belirtilmiştir¹²¹⁸. Kısaca belirtmek gerekirse, sigortalıyı çalışamaz duruma düşürerek gelir kaybına ve sağlık

¹²¹⁶ Güzel, 4447 sayılı Kanun, 1861.

¹²¹⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 546; Güzel, 4447 sayılı Kanun, 1848; Tuncay/Ekmekçi, 381, Tunçomağ, 381; Ozanoğlu, Yaşlılık, 4;

¹²¹⁸ Taşçı, 183, 184.

harcamaları nedeniyle de gider artışına yol açan, sonuçta ortaya çıkan geçim güclüğüne neden olan fizyolojik riske karşı yaşlılık sigortasıyla önlem alınması gerekmiştir¹²¹⁹.

Sistemin amacı dışında başka bazı hususların da yaş ölçütünün tespitinde dikkate alınması gerekir. Hangi yaşın emeklilik yaşı olarak kabul edilmesi gerektiği, insandan insana, ülkelerin demografik nedenlerine¹²²⁰ ve sosyal yapılarına, mali güçlerine ve istihdam kaynaklarına göre değişkenlik gösterir¹²²¹. Bu bakımdan yaş haddi belirlenirken, çalışma koşulları, iş olanakları, hayatta kalma ümidi ve süresi göz önüne alınmalıdır.

Bu doğrultuda ifade etmek gerekir ki, istihdam politikasına hizmet eden yaşlılık sigortasıyla¹²²² belirli yaşa ulaşmış kişilere yaşlılık aylığı bağlanarak gelir güvencesi sağlanmış olacak ve böylece bunların çalışma hayatından çekilmeleri mümkün hale gelecek, işsizlere iş imkanları yaratılacaktır¹²²³. Dolayısıyla, işsizlik oranının yüksek olduğu ülkelerde erken emeklilik yaşı öngörülebilir¹²²⁴. Bununla beraber günümüzde, insan ömrünün uzamasına bağlı olarak emeklilik yaşı da yükseltilmektedir¹²²⁵. Ancak ülkedeki enflasyon oranının yüksek ve geçim şartlarının zor olması, yaşlılık aylığının yeterli seviyede olmaması nedeniyle aylık alanların iş yaşamına devam ettikleri de bilinmektedir¹²²⁶. Bu bakımdan, birbiriyle çelişen amaçlar arasında hassas dengenin kanun koyucu tarafından sağlanması gerekir.

Özellikle genç yaşta emeklilik olanağı sağlayan düzenlemelere daha istisnai durumlarda yer verilmelidir. Gerçekten, incelediğimiz diğer riskler göz önüne alındığında, yaşlılık

¹²¹⁹ **Tuncay/Ekmekçi**, 381; **Uşan**, 209. Ülkelerin, yaşlıların korunması konusunda üç değişik sistem benimsediği, bunlardan ilkinin sosyal güvenlik denebilecek sistem olduğu, buna göre Yeni Zelanda, İngiltere, İrlanda, Hollanda, İsveç ve Norveç tarafından benimsenen sosyal güvenlik sisteminde yaşlılara gelirleriyle bağlantı kurmaksızın herkese eşit ve genel bir gelir bağlandığı; ikinci sistemin sosyal sigorta sistemi olduğu ve ABD, İsviçre ve Lüksemburg'da tüm çalışanlara kazançlarıyla orantılı bir gelir bağlandığı, Almanya, Fransa, Belçika, İtalya, İspanya, Yunanistan, Afrika ülkeleri ve Latin Amerika ülkeleri bu sistemi benimsemiş olmakla birlikte değişik çalışan grupları için farklı sistemlerin de getirildiği; üçüncü sistemin zorunlu sigorta sistemini tamamlayıcı emeklilik sistemi ile tamamlayan ülkelerin uyguladığı sistem olduğu, Fransa, İngiltere, Yunanistan, Danimarka, İsveç, Kanada, İsviçre, Romanya değişik biçimde bu sisteme yer veren ülkeler olduğu belirtilmiştir, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 546.

¹²²⁰ Demografik nedenlere ilişkin açıklamalar için bkz. **Taşçı**, 177 vd.

¹²²¹ **Tuncay/Ekmekçi**, 383; **Taşçı**, 176.

¹²²² **Tuncay/Ekmekçi**, 381; **Tunçomağ**, 341.

¹²²³ **Tuncay/Ekmekçi**, 381; **Tunçomağ**, 341.

¹²²⁴ Ancak deneyimlerin emeklilik yaşının düşük tutulmasının işsizliğin azalmasına yardımcı olmadığı, enflasyonun yüksekliği ve geçim şartlarının ağırlığı nedeniyle erken emekli olanların yeniden iş aradığı ve bu nedenle de gençlerin yine iş bulmakta zorlandıkları ileri sürülmüştür, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 385.

¹²²⁵ **Tuncay/Ekmekçi**, 385.

¹²²⁶ **Tuncay/Ekmekçi**, 385.

halinin gerçekleşmesi bunlara nazaran daha kesindir¹²²⁷. Riskin çok büyük ihtimalle gerçekleşecek olması ve etkisinin uzun süre devam etmesi nedeniyle, bu sigorta dalı, sigorta Kurumunun en önemli gider kalemini oluşturur¹²²⁸. Bu bakımdan, genç yaşta emekli olabilme seçeneği sunularak, uzun süre yaşlılık aylığı alabilme olanaklarını geniş tutan düzenlemeler nedeniyle pasif sigortalı sayısı artmış ve aktüeryal denge bozularak, gider kalemi önemli oranda yükselmiştir. Kanun koyucu bu hususları gözetmek suretiyle takdir hakkını kullanarak sınıflandırma yapmalıdır.

Şüphesiz, başta yaş sınırı olmak üzere şartların dinamik yapıya sahip olması nedeniyle, bu şartlar zamandan zamana göre farklı belirlenebilir. Nitekim, dünyada 1980'li yıllarda emeklilik yaşının düşürülmesi eğilimi benimsenmişse de, 1990'lı yıllarda emeklilik yaş sınırı tekrar yükseltilmiştir. Zira doğumların azalması, yaşlı nüfusun çoğalması, işsizliğin artması ve sosyal güvenlik sistemlerinin finansman sıkıntısı içine düşmesi farklı dönemlerde ayrı uygulamaları doğurmuştur¹²²⁹.

Ülkemizde yaş sınırı belirlenirken sosyal sigortaların temel ilkelerinden çok, siyasi gerekçeler ön planda tutulmaktadır¹²³⁰. Siyasi nedenlerden başka, ülkemizde benimsenen istihdam politikasına ve insan ömrünün nispeten az olmasına bağlı olarak uzun yıllar emeklilik yaşı ülke koşullarının gerisinde tespit edilmiştir¹²³¹. Bu durum, sosyal güvenlik bakımından yaşlı nüfusunun artmasına, sistemin gelirlerinin azalmasına ve bir yandan da giderlerin artmasına sebebiyet vermiştir. Avrupa ülkelerinde ortalama aylık alma süresi erkekte 11, kadında 17 yıl arasında değişirken, ülkemizde özellikle 4447 sayılı Kanun öncesi ortalama 19 yıl aylık alınabildiği ve bunun ise uzun bir süre olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür¹²³². Doktrinde pasif sigortalılıkta geçen sürenin, aktif sigortalılıkta geçen sürenin üçte birinden uzun olmaması gerektiği ve buna göre de aylıktan yararlanma süresinin ortalama 20 yıldan fazla olmamasının isabetli olduğu

¹²²⁷ Hiç kuşku yok ki, bu riskin ortaya çıkması aşağıda incelenecek olan ölüm hali kadar da kesin değildir. öğretide de, yaşlılık riskinin, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malullük, işsizlik risklerinden farkının gerçekleşmesinin kesinliği yönünden olduğu ileri sürülmüştür, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 547. Kanımızca, gerçekleşmesini kesin olarak nitelermek yerine büyük bir ihtimal dahilinde olduğunu kabul etmek yerinde olur.

¹²²⁸ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 546, 547; **Tuncay/Ekmekçi**, 381. Öyle ki, gelişmiş ülkelerde yaşlılık sigortasından yapılan giderlerin sosyal güvenlik harcamalarının %60'ından fazlasını oluşturduğu, ülkemiz için de aynı durumun söz konusu olduğu ileri sürülmüştür, bkz. **Alper**, Yaşın Tespiti, 4.

¹²²⁹ **Tuncay/Ekmekçi**, 385.

¹²³⁰ **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1848

¹²³¹ **Tuncay/Ekmekçi**, 385.

¹²³² **Tuncay/Ekmekçi**, 390.

ifade edilmiştir¹²³³. Bununla beraber OECD raporlarında, ülkemizin demografik yapısı dikkate alındığında yaşlılık haline esas alınacak yaşın 62,8 olması gerektiği savunulmaktadır¹²³⁴. Doktrinde, tıptaki gelişmelere bağlı olarak bireylerin daha uzun yaşar hale geldiği, sağlık hizmetlerinin artırıldığı, bilinçli beslenme sayesinde de ortalama ömrün uzadığı, 1955 yılında 48 yıl olan ortalama yaşam süresinin, günümüzde 65 yıl civarında da olduğu açıklanmıştır¹²³⁵.

Uluslararası Çalışma Örgütünün 1952 tarih ve 102 sayılı “Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşmesi”nin 23. maddesinde, emeklilik yaşının üst sınırı 65 olarak saptanmış olmakla birlikte, yaşlıların çalışma güçlerini daha uzun süre koruyabildikleri ülkelerde daha yüksek yaş sınırının benimsenebileceği de ifade edilmiştir¹²³⁶.

Sonuç olarak kanun koyucu, ortaya koyduğumuz esaslar doğrultusunda takdir hakkı sınırları içinde yaş haddini belirleyecektir. Önemle ifade etmek gerekir ki, salt sigortalılık ilişkisini doğuran çalışma şeklinin farklı olmasına dayanarak farklı yaşlar öngörülmesi istisnai durumlarda mümkün olmalıdır. Başka bir deyişle, salt hukuki statü farklı yaş sınırlarının kabulü için her durum bakımından haklı neden oluşturmaz. İleri yaştakilerin iş sözleşmesi ile çalıştırılamaması nedeniyle erken yaşta emeklilik öngörülmesi kabul edilebilir. Bunun dışında, somut çalışma koşulları dikkate alınmaksızın yaş haddi öngörülmesi gerekiyorsa, çalışma şeklinin bağımlı ya da bağımsız nitelik taşıdığına bakmaksızın herkes için genel geçer bir kural benimsenmelidir. Çalışma ilişkisine göre farklı yaşın öngörülmesinin ihtiyaç olduğu durumlarda ise yapılan işin niteliği ve çalışma koşulları esas alınmalıdır. Daha net bir ifadeyle, işin niteliği, çalışma koşulları gibi sigortalının daha erken dönemlerde gerçek anlamda yaşlanmasına sebebiyet veren durumlar ayrımı haklı kılar. Buna göre, zor ve yıpratıcı işte çalıştığı işin daha kısa sürede fiziki ve zihni çalışma gücünü kaybedenler için erken yaşta emekli olma olanağı tanınmalıdır. Şüphesiz, işin niteliği yanında erken

¹²³³ Tuncay/Ekmekçi, 390.

¹²³⁴ Tuncay/Ekmekçi, 390.

¹²³⁵ Taşçı, 179.

¹²³⁶ UÇÖ’ye göre emekli yaşı faal nüfusun %10’unun çalışma hayatından çekilmesini sağlayacak bir yaş olmalıdır, Okur, Reform, 22.

yaşlanmaya neden olan kişisel durumlar da dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak, yaş hadlerinin farklılığı işin niteliği ve kişisel durum ile haklaştırılmalıdır.

2. 30.04.2008 Tarihine Kadar Olan Dönemde İlk Defa Sigortalı Olanların Olağan ve Kolaylaştırılmış Emeklilik Halleri Uyarınca Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartları

a) İş Sözleşmesiyle Bir veya Birden Fazla İşveren Tarafından Çalıştırılanlar Bakımından

aa) 4447 sayılı Kanun ile Değişiklik Yapılmadan Önceki Durum

Sigortacılık ilkeleriyle ve işin özünü bağdaşmayan genç yaşta emeklilik olanağı, aktüeryal dengeyi bozmasına rağmen, 20.02.1992 tarihli ve 3774 sayılı Kanunla¹²³⁷ sadece “sigortalılık süresi” ve “prim ödeme gün sayısı” yönünde şart getirilerek, tekrar benimsenmiştir¹²³⁸. Ayrıca, yaş hadleri eskiden olduğu gibi kadın için 50’ye indirilmiş, erkek içinse 55 olarak kabul edilmiştir¹²³⁹. Kısaca ifade etmek gerekirse, 2422 sayılı Kanunla benimsenen noktaya, 3774 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanunda yapılan değişiklik sonucu yeniden gelinmiştir¹²⁴⁰. Vurgulamak gerekir ki, bahsi geçen Kanunla

¹²³⁷ RG., 27.02.1992, 21155.

¹²³⁸ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 11. Bası, 433; **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1849; **Tuncay/Ekmekçi**, 382.

¹²³⁹ 3774 sayılı Kanun uygulamada “Erken Emekli Yasası” olarak da adlandırılmıştır.

¹²⁴⁰ 4447 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinde önce iş sözleşmesine tabi işçiler bakımından durum genel hatalarıyla değinmek gerekir. Yaşlılık aylığı bağlanması için tamamlanması gereken yaşın kadın ve erkek ayrımı yapılmadan 60 olarak öngörüldüğü 5417 ve 6900 sayılı Kanunlardaki durum, 506 sayılı Kanun ile kadın ve erkek için farklı yaşların getirilmesiyle değiştirilmiştir, **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1848. 506 sayılı Kanunun ilk halinde yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için gerekli yaş, kadınlarda 55’e indirilirken, erkelerde 60 olarak kalmıştır, **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 335; **Tuncay/Ekmekçi**, 390. Söz konusu yaş şartları, 1186 sayılı Kanunla (RG. 03.11.1969, 13341) 506 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle kadın için 50, erkek için 55 yaşına indirilmiştir, **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1848. Bu durumda ödenmesi gereken prim gün sayısı ise, 5000 gün olarak kabul edilmiş ve tamamlanması gereken sigortalılık süresi öngörülmemiştir. Ayrıca ikinci seçenek olarak, söz konusu yaşları doldurarak, 15 yıllık sigortalılık süresini tamamlayan ve her yıl ortalama 120 gün prim ödeyenlerin de aylığa hak kazanması sağlanmıştır. 1186 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, sadece yaş şartları indirilmemiş; yaş koşulunun aranmadığı, belirli süre sigortalılık ve prim ödeme şartlarının arandığı başka bir durum üçüncü seçenek olarak getirilmiş ve aylığa hak kazanma koşulu son derece kolaylaştırılmıştır, **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1848. Bu durumun eleştirisi için bkz. **Şakar**, Kazanılmış Haklar, 123. Getirilen bu kolaylıkla 25 yıldan beri sigortalı olan bir kimse, 5000 gün prim ödemiş olması halinde, yaşı kaç olursa olsun (50-55 yaşını doldurmasalar bile) ve cinsiyeti ne olursa olsun aylığa hak kazanma şansı yakalamıştır, **Arıcı**, Yaşlı İşçi, 942. 1186 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu 506 sayılı Kanundaki durum için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 11. Bası, 432; **Tuncay/Ekmekçi**, 390. Yaş şartı aranmadan emekli olabilme imkânının işin özünü ve sigortacılık ilkeleriyle bağdaşmadığı, Kurumun aktüeryal dengesini bozduğu ileri sürülmüştür, **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1848; **Tuncay/Ekmekçi**, 390. Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, 1186 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu, 506 sayılı Kanunda aylığa hak kazanma bakımından 3 seçenek kabul edilmiştir:

yapılan değişiklik, 4447 sayılı Kanundan önce 506 sayılı Kanunda yapılan son değişiklik olma özelliğine sahiptir. İlgili koşullar aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

1186 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası 506 sayılı Kanundaki Durum			
	Yaş	Sigorta Süresi (Yıl)	Prim Ödeme Gün Sayısı
KADIN/ERKEK	50/55	YOK	5000
KADIN/ERKEK	50/55	15	Her Yıl Ortalama 120 Gün
KADIN/ERKEK	YOK/YOK	25	5000

Daha sonra 06.03.1981 tarih ve 2422 sayılı Kanunla (08.03.1981, 17273) getirilen düzenleme ile 25 yıllık sigortalılık süresi, cinsiyet dikkate alınarak kadın için 20 yıla indirilmiş, erkek için ise 25 yıl olarak bırakılmıştır, **Tuncay/Ekmekçi**, 390. Ödenecek prim gün sayısında değişiklik yapılmamış, 5000 olarak kalmıştır. Bu şekilde, sadece yaş bakımından değil, tamamlanması gereken sigortalılık süresi bakımından da sadece bir seçenek için de olsa cinsiyete dayalı farklı düzenleme yapılmıştır. Kadının 50, erkeğin ise 55 yaşını doldurması ve 15 yıllık sigortalılık süresini tamamlaması gereken seçenekte prim ödeme gün sayısı 3600 olarak kabul edilerek, ödenmesi gereken prim gün sayısı iki kat artırılmıştır. Zira önceki dönem için her yıl ortalama 120 gün prim ödenmesi, 15 yıl için 1800 güne denk gelmektedir. Bu Kanunla 18 yaşından önceki sigortalı çalışmaların sadece prim ödeme gün sayısına eklenmesi, sigortalılık süresine eklenmemesi kabul edilmişse de, çok erken yaşta aylığa hak kazanabilmenin önüne geçilememiştir, **Tuncay/Ekmekçi**, 390. Gerçekten kadınların 38 (20+18), erkeklerin ise 43 (25+18) yaşında aylık alabilmelerinin yolu açılmıştır, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 11. Bası, 433; **Tuncay/Ekmekçi**, 390. Sonuç olarak, 1186 sayılı Kanunla getirilen seçenekler benzer koşullarla korunmuştur. Kadın için yaş şartının aranmadığı seçenekte sigortalılık süresinin düşürülmesi ve her iki cinsiyet için yaş şartından başka sigortalılık süresinin öngörüldüğü durum için ise prim gün sayısının artırılmasından başka bir farklılık yoktur.

2422 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası 506 sayılı Kanundaki Durum			
	Yaş	Sigorta Süresi (Yıl)	Prim Ödeme Gün Sayısı
KADIN /ERKEK	50/55	YOK	5000
KADIN/ERKEK	50/55	15	3600
KADIN/ERKEK	YOK/YOK	20/25	5000

Genç yaşta yaşlılık aylığına hak kazanmanın yolunun açılması nedeniyle, yaş şartının yer almadığı üçüncü seçenek, 1986 tarihli ve 3246 sayılı Kanunla (RG., 10.01.1986, 18984) yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, yürürlükten kaldırılan söz konusu üçüncü seçenek, 3246 sayılı Kanunun yayımı tarihinde en az 15 yıl sigortalılık süresi olanlar için saklı tutulmuş ve 15-10; 10-5 ve 5 yıldan az sigortalılık süresi olanlarla ilgili olarak da geçici düzenlemeler yapılmıştır, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 11. Bası, 433. Farklı bir ifadeyle, emeklilik yaşının olmamasının neden olduğu Kurumun yaşadığı ekonomik sorunları azaltmak üzere, yaş şartı yerine getirilmeden aylığa hak kazanma olanağı sona erdirilmiş ve yaş hadleri artırılarak kadın için 55, erkek içinse 60 olarak benimsenmiştir. Buna göre, 5000 gün ya da 3600 gün prim ödeyen ve 15 yıl sigortalılık süresini tamamlayan kimse artırılmış yaş hadlerine ulaştığında aylık hak kazanabilecektir, **Tuncay/Ekmekçi**, 390. Sonuç olarak, 1186 Kanunla getirilen ve 2422 sayılı Kanunla benzer biçimde korunan genç yaşta emeklilik olanağı, isabetli biçimde 3246 sayılı Kanunla kaldırılmış, fakat diğer iki seçenek aynen korunmuştur.

3246 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası 506 sayılı Kanundaki Durum			
	YAŞ	Sigorta Süresi (Yıl)	Prim Ödeme Gün Sayısı
KADIN/ERKEK	55/60	YOK	5000
KADIN/ERKEK	55/60	15	3600

4447 sayılı kanununla yapılan değişikliğe kadar yapılan bütün bu müdahalelerin sistemin mali yapısına ve aktif-pasif dengesine çok ciddi zararlar verdiği ve Türk sosyal güvenlik sisteminin içinde bulunduğu krizin de temel nedenlerinde biri olduğu ileri sürülmüştür, **Oral**, 137.

3774 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası 506 sayılı Kanundaki Durum			
	Yaş	Sigorta Süresi (Yıl)	Prim Ödeme Gün Sayısı
KADIN/ERKEK	50/55	YOK	5000
KADIN/ERKEK	50/55	15	3600
KADIN/ERKEK	YOK/YOK	20/25	5000

bb) 4447 sayılı Kanun İle Değişiklik Yapıldıktan Sonraki Durum

25.08.1999 tarihli 4447 sayılı Kanunla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 60. maddesinin (A) bendinde değişiklik yapıldıktan sonra, 08.09.1999 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar için yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları farklılaştırılmıştır¹²⁴¹. Aşağıda belirtilen söz konusu seçeneklerin 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı olanlar için devam edeceği 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinde açıkça belirtilmiştir¹²⁴². Dolayısıyla, düzenleme hala önemini korumaktadır.

4447 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 3774 sayılı Kanunla tekrar getirilen erken emeklilik olanağı yürürlükten kaldırılmış¹²⁴³ ve prim ödeme gün sayıları da değiştirilmiştir¹²⁴⁴. Buna göre, sigortalı kadının 58, erkeğin ise 60 yaşını doldurması ve 7000 gün malullük, yaşlılık ölüm sigortası primi ödemiş olması şartıyla yaşlılık aylığı alabileceği öngörülmüştür^{1245,1246}. Kolaylaştırılmış seçenek hariç tutulursa, böylece, yaşlılık aylığı için sigortalıların tamamlanması gereken asgari sigortalılık süresi getirilmemiştir. Öğretide, yaş sınırının ve prim ödeme gün sayısının bu şekilde ülkemiz koşullarına göre yüksek tutulmasının zaten yaygın olan kayıt dışı işçi çalıştırılmasını daha da yaygınlaştıracığı ileri sürülmüştür¹²⁴⁷.

¹²⁴¹ 08.09.1999'dan sonra ilk defa sigortalı olanlar açısından yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarına ilişkin açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 11. Bası, 433 vd; **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1849; **Tuncay/Ekmekçi**, 391 vd; **Arıcı**, Yaşlı İşçi, 942.

¹²⁴² **Tuncay/Ekmekçi**, 391; **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 82, 83.

¹²⁴³ **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1848; Genç yaşta emekliliğin sosyal güvenlik kurumlarının aktüeryal dengesini bozduğu, onları ekonomik krize sürüklediği, 4447 sayılı Kanunla bu yanlış uygulamaya bir ölçüde son verildiği ileri sürülmüştür, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 388.

¹²⁴⁴ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 551, **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1850.

¹²⁴⁵ **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1849; **Tuncay/Ekmekçi**, 391; **Arıcı**, Yaşlı İşçi, 942.

¹²⁴⁶ Böylece, emekli olabilmek için daha önce sigortalı kadınlarda 50, erkeklerde ise 55 yaşını doldurmuş olma ve en az 5000 gün prim ödeme koşulu aranırken, değişiklikten sonra kadınlar için 58, erkekler içinde 60 yaş ve en az 7000 gün yaşlılık, malullük ve ölüm sigortaları primi ödeme zorunluluğu öngörülmüştür.

¹²⁴⁷ **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1850.

4447 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanunun 60. maddesinde yapılan değişiklikle, prim ödeme gün sayısının düşürüldüğü diğer bir seçenek öngörülmüştür. Buna göre, sigortalı kadının 58, erkeğin 60 yaşını doldurmuş, 25 yıldan beri sigortalı¹²⁴⁸ ve en az 4500 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortası primi ödemiş olması yaşlılık aylığına hak kazanmak için aranmıştır^{1249,1250}. Kolaylaştırılmış emeklilik seçeneği olarak da nitelenebilecek bu seçenekte, yukarıda belirtilen olağan emeklilikten farklı olarak, prim ödeme gün sayısı azaltılmış ve ek olarak sigortalılık süresi öngörülmüştür.

Aşağıdaki tabloda da görüldüğü üzere, 4447 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra ilk kez sigortalı olanlar için ilk seçenekte prim ve yaş; ikinci seçenekte ise prim, yaş, sigortalılık süresi aranmıştır.

<i>4447 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası 506 sayılı Kanundaki Durum</i>				
<i>08.09.1999-30.04.2008 Tarihleri Arasında Sigortalı Olanlar İçin</i>				
	Yaş	Sigorta Süresi (Yıl)	Prim Ödeme Gün Sayısı	
KADIN/ERKEK	58/60	YOK	7000	O.E ¹²⁵¹
KADIN/ERKEK	58/60	25	4500	K.E ¹²⁵²

4447 sayılı Kanunla sadece 08.09.1999 tarihinden sonra sigortalı olanlar değil, bu tarihten önce sigortalı olanların da durumu gözetilmiş ve geçici 81. madde hükmü 506 sayılı Kanuna eklenmiştir. 4447 sayılı Kanunla eklenen geçici 81. madde ile -bu Kanundan önceki düzenlemelere göre yüksek yaş sınırı öngörülmesi ve prim ödeme gün sayısının artırılması nedeniyle- önceki dönemde sigortalı olanların hakları

¹²⁴⁸ Sigortalılık süresinin hesabında 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (G) bendi gereği “18 yaşından önce malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir.” Aynı bentteki düzenlemede “ancak bu tarihten önceki süreler için ödenen Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir.” İfade etmek gerekir ki, 18 yaşla ilgili bu durum 2422 sayılı Kanunla getirilmiştir. Ancak ne var ki, bu Kanunun yürürlük tarihi olan 01.04.1981 tarihinden önce sigortalı olanların hakları saklı tutulmuştur. Buna göre, bunların 18 yaşından önceki çalışmaları da sigortalılık süresine eklenecektir, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 564. Sosyal Sigortalar Kurumu 12-99 sayılı Ek genelgesiyle, geçici 81. maddenin (B) ve (C,b) bentlerinin uygulanmasında 18 yaşla ilgili sınırlamanın dikkate alınmayacağını, bu düzenlemenin 506 sayılı Kanunun 60. maddesinde kabul edilen sürelerle sınırlı olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş öğretide haklı olarak isabetli bulunmamıştır, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 564.

¹²⁴⁹ **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1849; **Tuncay/Ekmekçi**, 391; **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 83.

¹²⁵⁰ Böylece, Değişiklikten önce, 5000 gün prim ödeme koşulunu yerine getiremeyenler için yaş koşulu yanında 15 yıldan beri sigortalı olmak ve en az 3600 gün prim ödeme koşuluyla emekli olabilme olanağı bulunurken değişiklikten sonra, 15 yıldan beri sigortalı olma koşulu 25 yıla, 3600 gün prim ödeme zorunluluğu da 4500 güne çıkarılmıştır.

¹²⁵¹ Olağan Emeklilik

¹²⁵² Kolaylaştırılmış Emeklilik

gözetilmiştir¹²⁵³. Başka bir deyişle, 4447 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce emekli olma hakkını kazananların haklarına dokunulmamıştır. Ayrıca, 1999 yılından önce sigortalı olan ve Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla aylığa hak kazanmamış olanlar için geçiş hükümleri öngörülerek, bu kişilere ilişkin şartlar 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinde düzenlenmiştir¹²⁵⁴.

5510 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan hükümlerin düzenlendiği 106. maddesinde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 81. maddesinin yürürlükte kalacağı belirtilmiştir. Böylece, 08.09.1999'dan önce sigortalı olanlara yaşlılık aylığı bağlanması, 5510 sayılı Kanun döneminde de, 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesine göre yapılacaktır. Benimsenen bu anlayışa uygun olarak, 08.09.1999'dan önce sigortalı olanlara ilişkin yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları açısından geçiş hükmü 5510 sayılı Kanunda yer almamıştır. Sonuç olarak, halen yürürlükte olan düzenleme (506 s.K geç. m.81), 08.09.1999'dan önce ilk defa sigortalı olanlar açısından önemini korumaktadır.

Geçici 81. madde, 4447 sayılı Kanundan önce sigortalı olanları üç gruba ayırmış ve bir kısmının haklarını saklı tutmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, maddenin (A) bendine göre, 08.09.1999 tarihinde 18 yıllık sigortalılık süresini dolduran kadınlarla, 23 yıllık sigortalılık süresini dolduran erkekler 4447 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki hükümlere göre yaşlılık aylığına hak kazanabileceklerdir. Farklı bir ifadeyle, 4447 sayılı Kanundan önce aylığa hak kazanılmasını gerekli kılan sürelerle iki yılları kalanların durumu geç.m.81/(A) hükmünde gözetilmiştir.

Geçici 81. madde (A) hükmü gereği 08.09.1999'dan önce sigortalı olan ve sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler, eski hükümlere göre yani 3774 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanuna eklenen düzenlemeye göre aylığa hak kazanabilir. Buna göre, kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını

¹²⁵³ Gerçekten, 4447 sayılı Kanun ile 08.09.1999 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanlar için 50-55 yaş sınırı, 58-60 olarak belirlenmiş, ayrıca tam aylık bakımından 5000 olan prim ödeme gün sayısı 7000'e yükseltilmiştir, bkz. **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1850. Aşağıda bu konu üzerinde durulmuştur.

¹²⁵⁴ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 557; **Güzel**, 4447 sayılı Kanun, 1849, 1850 vd.; **Tuncay/Ekmekçi**, 392.

doldurmuş olması ve en az 5000 gün prim ödemiş olması veya kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş olması, 15 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 3600 gün ya da kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş olması yanında kadın ise 20, erkek ise 25 yıldan beri sigortalı olması ve en az 5000 gün malullük yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şartıyla aylığa hak kazanırlar¹²⁵⁵.

Geçici 81. maddenin (B) bendinin AYM tarafından iptal edilmeden önceki ilk halinde sigortalılık süresi kadın için 18 yılın, erkek içinse 23 yılın altında olanlar için düzenleme bulunmaktaydı¹²⁵⁶. Söz konusu karara ileride detaylıca değinilecektir. Buna göre, 4447 sayılı Kanundan önceki düzenlemeler uyarınca aylığa hak kazanamayan ya da hak kazanmasına iki yıldan daha uzun süresi olanları kanun koyucu dokuz gruba ayırmış; ilk grupta 41-45 yaş ve 5000 gün prim günü aramış; bu durum her grup için artırılmış ve son grupta 52-56 yaş ve prim günü de 6000'e ulaşmıştır¹²⁵⁷. Örneğin, 08.09.1999 tarihinde 18 ve 23 yıllık sigortalılık süresini doldurmamayan kadınların 41, erkeklerin ise 45 yaşını ve 5000 gün prim ödeme sayısını tamamlamaları durumunda aylığa hak kazanması mümkün hale getirilmiştir¹²⁵⁸. Bendin AYM tarafından iptalinden

¹²⁵⁵ Tuncay/Ekmekçi, 393.

¹²⁵⁶ AYM, 23.02.2001 t., E.1999/42, K.2001/41 (RG. 23.11.2001 t., 24592).

¹²⁵⁷ Yaş sınırının öngörülmediği geçiş koşullarının öngörülmediği geçici 81/B bendi AYM tarafından iptal edilmiştir.. İptal edilen bu düzenlemelere ilişkin açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 11. Bası, 435-436. İptal sonrası döneme ilişkin açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 11. Bası, 439.

¹²⁵⁸ Düzenlemenin iptal edilmeden önceki hali şu şekildeydi: “B) a) Sigortalılık süresi 17 (dahil) yıldan fazla 18 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 41 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 22 (dahil) yıldan fazla 23 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün. b) Sigortalılık süresi 16 (dahil) yıldan fazla 17 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 43 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 21 (dahil) yıldan fazla 22 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 46 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün, c) Sigortalılık süresi 15 (dahil) yıldan fazla 16 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 20 (dahil) yıldan fazla 21 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 48 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün, d) Sigortalılık süresi 14 (dahil) yıldan fazla 15 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 47 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 19 (dahil) yıldan fazla 20 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 50 yaşını doldurmaları ve en az 5150 gün, e) Sigortalılık süresi 13 (dahil) yıldan fazla 14 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 48 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 18 (dahil) yıldan fazla 19 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 51 yaşını doldurmaları ve en az 5300 gün, f) Sigortalılık süresi 12 (dahil) yıldan fazla 13 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 49 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 17 (dahil) yıldan fazla 18 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları ve en az 5450 gün, g) Sigortalılık süresi 11(dahil) yıldan fazla 12 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 50 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 16 (dahil) yıldan fazla 17 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 53 yaşını doldurmaları ve en az 5600 gün, h) Sigortalılık süresi 10 (dahil) yıldan fazla 11 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 51 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 15 (dahil) yıldan fazla 16 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 54 yaşını doldurmaları ve en az 5750 gün, ı) Sigortalılık süresi 10 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 15 yıldan az erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 56 yaşını doldurmaları ve en az 6000 gün, Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalı primi ödemiş bulunmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabilirler.”

sonra, 23.05.2002 tarihli ve 4759 sayılı Kanunun 3. maddesi ile yeniden düzenleme yapılmıştır. Aynı şekilde maddenin (C) bendi de aynı Kanunla tekrar düzenlenmiştir.

Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanun yürürlükte olmasına rağmen, 506 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan geçici 81. maddesindeki düzenleme ve yürürlükten kaldırılan 60/(A) hükmündeki düzenlemenin aynısının 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinde benimsenmesi nedeniyle, ortaya koyduğumuz şartlar eşitlik ilkesi temelinde değerlendirilmelidir. Önemle ifade etmek gerekir ki, 506 sayılı Kanunun 60/(A) hükmünü tekrarlayan 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin birinci fıkrasının uygulama alanı bulması için, kişi ilk defa 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008 tarihine kadar olan dönemde sigortalı olmalı ve 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a) hükmü kapsamındayken talepte bulunmalıdır. Yoksa, anılan tarihler arasında ilk defa 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olmak gerekmez. Eşitlik ilkesi uyarınca değerlendirme aşağıda, farklı tarihlerde sigortalı olan ve aynı hukuki statüde olanlar için aranan şartlar ya da aynı dönemde sigortalı olan ancak farklı hukuki statüdekiler bakımından yapılmıştır.

cc) 4447 sayılı Kanuna İlişkin AYM Kararının Eşitlik İlkesi bakımından Değerlendirilmesi

aaa) 4447 sayılı Kanunla 506 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 81. Maddeye İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

4447 sayılı Kanunun otuz üç maddesi hakkında iptal davası açılmış ve iptali istenen maddelerden biri de 4447 sayılı Kanunun 17. maddesi olmuştur. Söz konusu madde, 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 81. madde hükmüdür. İptal davasında, davaya konu maddenin bazı bentlerinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. AYM'nin bu davaya ilişkin kararına¹²⁵⁹ değinilmesi, konumuz bakımından gerekmektedir.

Davada, yukarıda açıkladığımız (A) bendinin iptali talep edilirken, maddenin (B) bendindeki düzenleme de esas alınarak eşitliğe aykırı durum ortaya konmaya

¹²⁵⁹ AYM, 23.02.2001 t., E.1999/42, K.2001/41 (RG. 23.11.2001 t., 24592).

çalışılmıştır. İptal isteminde, 08.09.1999 tarihinde 18 yıllık sigortalılık süresini dolduran bir kadın işçinin 38 yaşını tamamladığında, buna mukabil, bir gün sonra yani 09.09.1999 tarihinde 18 yıllık sigortalılık süresini dolduran bir başka kadın işçinin ise, üç yıl fazla çalışarak 41 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanabileceği belirtilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, 08.09.1999 tarihinde 18 yılını doldurmuş bir sigortalı kadın, 5000 işgünü doldurduğu takdirde, yaş şartı aranmadığı için (eski hükümlere göre) 38 yaşında yaşlılık aylığına sahip olabileceken; sadece bir gün sonra yani 09.09.1999 tarihinde 18 yıllık sigortalılık süresini dolduran bir kadın sigortalı 5000 işgünü doldursa bile, yaş sınırı engeli nedeniyle (B) bendi gereği ancak 41 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanabileceği belirtilmiştir. Sadece bir günlük bir farkla, 3 senelik bir kaybın hukuken kabul edilemeyeceği iptal isteminde savunulmuştur.

Aynı şekilde 08.09.1999 tarihinde 23 yıllık bir erkek sigortalı 5000 işgünü doldurduğu takdirde 43 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanabilecek iken, sadece bir veya birkaç gün sonra 23 yıllık sigortalılığı tamamlayacak olanın ise (B) bendi gereği ancak 45 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanabileceği ileri sürülerek, belirtilen bu durumların Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Böylece iptal talebinde sigortalı olunan tarihe göre aynı hukuki statüdekiler arasında ayırım yapıldığı, bu ayırım ile haksız farklılıkların oluşturulduğu ifade edilmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse, davada *bir gün geç sigortalı olan kişinin ulaşması gereken yaş sınırı çok fazla olduğundan* bunun eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

İptal gerekçesinde eşitliğe aykırı durum, sadece sigortalı olunan tarihe göre sigortalılar arasında yapılan farklar bakımından değil, kadın ve erkekler arasında yaratılan farklar açısından da ortaya konmuştur. Özellikle kadın ve erkekler arasında kadınlar aleyhine olmak üzere ayırım yapıldığı ifade edilmiştir. Buna göre, yukarıdaki örnek dikkate alındığında eski hükümlere göre kadınlar, emekli olunabilecek 38 yaş sınırından üç yıl sonra emekli olabilecekler iken, benzer durumdaki erkek sigortalılar iki yıl sonra yaşlılık aylığına hak kazanabileceklerdir. Başka bir deyişle, kadınlar için bir gün gecikme nedeniyle öngörülen üç yıl, erkekler için ise öngörülen iki yıllık kaybın ölçülü olduğundan bahsedilemeyeceği ve kadın-erkek arasında öngörülen ayırımın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Kısaca belirtmek gerekirse bir gün geç sigortalı

olma nedeniyle kadın ve erkek sigortalılar arasında yaratılan farkın da eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Mahkeme ise, “*Anayasa'nın 10. maddesine göre, herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Bu madde ile amaçlanan mutlak değil hukuksal eşitliktir. "Yasa önünde eşitlik" ilkesi Yasalar karşısında herkesin eşit olmasını, ayırım yapılmamasını, kimseye ayrıcalık tanınmamasını gerektirir. Durumlarındaki farklılıklar kimi kişi ve toplulukların değişik kurallara bağlı tutulmasına neden olabilirse de farklılık ve özelliklere dayandığı için bu tür düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Yasa koyucunun, emekliliklerine iki yıldan az süresi kalan kadın ve erkek sigortalının hak kaybına uğramalarını önlemek için iptali istenilen (A) bendiyle, yürürlük tarihinden önce ve sonra olmak üzere iki ayrı tarihe göre sigortalılık ve prim ödeme süresi belirleyerek adaletli bir toplum ve hukuk düzeni kurmayı amaçladığında kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir.*” şeklinde karara varmıştır.

Böylece AYM, yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlar ile sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler hakkında, 4447 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki hükümlerin uygulanmasını kabul eden (A) bendindeki düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır. Yüksek Mahkemece, kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu ve adaletli bir toplum ve hukuk düzeni kurmayı amaç edindiği bir durumda, özelliklerindeki farklılıklar nedeniyle kişilerin ayrı kurallara tabi olabileceği sonucu benimsenmiştir. Anlaşılan o ki, AYM farklı tarihlerde sigortalı olmayı, sigortalıların “farklı” kabul edilebilmesi için yeterli saymış ve düzenlemeyi kanun koyucunun takdir hakkı sınırları içinde kaldığını belirtmiştir.

Oysa birinci bölümde de ifade edildiği üzere, eşitlik ilkesine aykırı tutum nedeniyle ortaya çıkan ayırımın haklılaştırılması noktasında ölçülülük ilkesi öneme sahiptir. Zira

bu ilke kamu gücünü sınırlar ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına alır. Bu ilke doğrultusunda yapılacak denetimde güdülen amaca ulaşmak için kullanılan aracın bir değer ölçüsüne göre irdelenmesi söz konusudur. Ölçülülükte araç ile amaç arasında makul bir dengenin olup olmadığı incelenir. Burada da farklı davranışı haklı kılan meşru amaca ulaşmak için kullanılan araçların amaçla orantısını da incelemeli ve bu amacın ayrımcı davranışa başvurulmadan sağlanıp sağlanmayacağını araştırmalıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse, ölçülülük ilkesi uyarınca, farklı muamelenin meşru bir amaç için yapılması, farklı muamelenin güdülen amaca ulaşmak için de elverişli (uygun) ve zorunlu olması gerekir¹²⁶⁰. Şüphesiz kanun koyucu değişen şartlara göre - kazanılmış ve beklenen hak sahiplerini gözetmek suretiyle- sigorta yardımlarından yararlanma koşullarını değiştirebilir. Bu bakımdan öngörülen amaç meşru kabul edilmelidir. Öte yandan, sadece kazanılmış ve beklenen hak sahiplerinin değil, yeni hak sahiplerinin de dikkate alınması şarttır. Sadece bir gün geç sigortalı olmak nedeniyle şartların ölçüsüz biçimde ağırlaştırılması kabul edilemez. Bu noktada yukarıda da izah ettiğimiz üzere, salt ayrı zamanlarda sigortalı olarak çalışmaya başlama, kişilerin ayrı durumda olduğu ve bu nedenle eşitlik ilkesi bakımından kıyaslanmayacağı sonucunu doğurmaz. Zira sosyal riskin doğuracağı etki, sigortalılıkların başladığı tarihten bağımsız olarak aynı veya benzerdir. Daha net bir ifadeyle, sigortalı olunan tarih yapılacak olan her ayrımı değil, ölçülü biçimde yaratılan farklılıkları haklılaştırır. Sonuç olarak, her ne kadar sigortalı olunan tarihe göre farklı düzenlemeler yapılabilirse de, adil, makul ve ölçülü farklılıklar yaratılmalıdır.

Bu bakış açısıyla davaya konu geçici 81. madde hükmünün (A) ve (B) bentlerindeki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, ölçülü ve makul olmayan farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Ancak bu farklılıkların kaynağı (A) bendi değil, (B) bendidir. Hatta (A) bendi kapsamına girenlerin, önceki dönemde sigortalı olanlarla kıyaslandığında geçişin makul ve ölçülü olduğu ortaya çıkmaktadır. Eşitsizliğin kaynağı (B) bendinde benimsenen anlayıştır. Oysa öğretide de ifade edildiği üzere, 4447 sayılı Kanunun 17. maddesiyle eklenen 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinin (B) bendi hakkında açık bir iptal talebi bulunmamaktadır¹²⁶¹. Ancak AYM söz konusu bendi de incelemeye

¹²⁶⁰ Becker/Von Hardenberg, 113.

¹²⁶¹ Güzel/Okur/Caniklioglu, 11. Bası, 437.

almış ve bu bendi iptal etmiştir. Kanımızca, iptal talebinde (A) ve (B) bentleri birlikte ele alınarak, örnek verildiği için AYM bunu inceleme gereğini duymuştur. Buna mukabil, Yüksek Mahkeme, (B) bendine ilişkin incelemesini Anayasanın 10. maddesine göre değil, 5. ve 60. maddeleri yönünden yapmıştır¹²⁶². Nitekim AYM, (B) bendi hükmünü iptal etmiş olmakla birlikte, açıkça eşitliğe aykırı bulmadığını vurgulamıştır.

Oysa Mahkemenin iptal gerekçesine bakıldığında hükmün eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle de iptal edilmesi gerekliliği açıkça ortaya çıkmaktadır. Gerçekten AYM kararında “...düzenleme ile getirilen kademelendirme sonucu kadınlara 52, erkeklerle ise 56 yaşına kadar oldukça geniş bir aralık içinde emekli olabilme olanağı getirilmiştir. Bentte yapılan kademelendirmede, sigortalılık süresinin esas alınması sonucunda, süreleri aynı, diğer koşulları değişik olan kişiler aynı yaş haddine tabi olmakta, ya da tüm koşulları aynı, sadece sigortalılık süresi farklı olan kişiler farklı yaş haddine bağlı tutulmaktadır. Aynı işyerinde aynı tarihte işe başlayan ve 14 yıl birlikte çalışan iki erkek sigortalıdan birisinin 18 yıl öncesine ait bir günlük sigortalılığı olması durumunda 43 yaşında, diğeri ise ancak 56 yaşında emekli olabilecektir ya da 20 yıl sürekli çalışmış 7200 gün prim ödemiş bir sigortalı 50 yaşında emekli olabilecek iken, 23 yıl sigortalılık süresi olan ancak 14 yıl çalışmış bir sigortalı 43 yaşında emekli olabilecektir. Sigortalılık süresi yönünden yapılan kademelendirmeler arasında adil olmayan geçişler yapılmıştır. Sigortalılık süresi bir günlük farkla alt kademeye indirildiğinde yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için 2 yıl daha bekleme zorunluluğu doğmaktadır. Sigortalılık süresi 10 yıldan az olan kadın ile sigortalılık süresi 15 yıldan az olan erkek sigortalılar, kendi aralarında kademelendirme yapılmayarak, bir günlük sigortalılık süresi olan kişiyle aynı yaş grubuna bağlı tutulmuşlardır. Sigortalılık süresi kademelendirilirken ikişer yıllık dilimler öngörülmüş olmasına karşın, asgari emeklilik yaşı kademelerinde dilimler bazen 2 yıl, bazen de 1 yıl farklılık göstermektedir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması

¹²⁶² AYM esas ilişkin incelemesinde konuya ilişkin olarak, “2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, Kanunların, Kanun Hükmünde Kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü’nün Anayasa’ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa’ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, dava konusu kural yalnız Anayasa’nın 2. ve 10. maddeleri yönünden değil 5. ve 60. maddeleri yönünden de incelenmiştir” ifadelerine yer vermiştir. AYM’nin bu tutumu öğretide eleştirilmiştir, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 11. Bası, 437.

hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Sigortalı olarak çalışanların yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için, sigortalılık süresi, yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda (B) bendinde yapılan kademeli geçişe ilişkin düzenleme, makul, adil ve ölçülü olmadığından Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilişkisi görülmemiştir.”

Görüldüğü üzere, AYM açıkça aynı durumda olan kişileri karşılaştırmıştır. Mahkeme kararında, “aynı işyerinde”, “aynı tarihte”, “aynı sürede” birlikte çalışan sigortalılar kıyaslanmıştır. Bu kıyaslama esasen, eşitlik ilkesi gereği yapılması gereken kıyaslamadır. Kişilerin kıyaslanabilir durumda oldukları belirlendikten sonra, bunlar arasında ayrımı haklı kılan neden olmadan yapılan her türlü farklılığı eşitlik ilkesine aykırı kabul etmek gerekir. Mahkeme de kendi verdiği örneğinde, 18 yıl öncesinde söz konusu olan bir günlük sigortalılık nedeniyle aynı durumda bulunanlar arasında yaratılan farklılığın ölçülü olmadığı görüşünü benimsemiştir. Bu durum, çalışmamızda benimsediğimiz eşitlik ilkesi anlayışından başka bir şey değildir. Ne var ki, AYM bu durumu eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlamamıştır.

Geçici 81. maddenin (C) bendinin (a) alt bendi iptal edilmemiş, aynı bendin (b) alt bendi ise iptal edilmiştir¹²⁶³. Maddelerin iptal talep gerekçesi ve AYM iptal etme ya da etmeme nedeni eşitlikle ilişkilendirilmemiştir. Oysa talebin ve kararın içeriğinin eşitlik ilkesiyle ilgili olduğu ortadadır. Kanunda yapılan değişiklikle Kanunun yürürlük tarihinde yaşlılık aylığına hak kazanmasına gün itibarıyla çok az süre kalanların, bu hakkı elde etmelerinin iki yıl ertelenmesinin Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bizce, esasen bu durum, farklı tarihlerde sigortalı olanlar arasında ölçülü fark yaratılmadığı gerekçesiyle eşitlik ile de ilişkilendirilmeliydi. Öğretide, hükümlerin eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edildiği ifade edilmiştir¹²⁶⁴. Gerçekten, açıkça ifade edilmemiş olmakla beraber gerekçenin de eşitlik ilkesiyle ilgili olduğu ortadadır. Mahkeme “(b) alt bendinde, (a) alt bendinde öngörülen

¹²⁶³ Bahsi geçen hüküm şu şekildedir: “(C) a) 15 yıllık sigortalılık süresini, kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş ve 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunanlara istekleri halinde yaşlılık aylığı bağlanır. b) (a) bendinde öngörülen şartları yerine getirememiş durumda olanlardan kadın ise 52, erkek ise 56 yaşını doldurmuş olması, en az 15 yıllık sigortalılık süresini tamamlaması ve en az 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şartıyla yaşlılık aylığından yararlanabilirler.”

¹²⁶⁴ Tuncay/Ekmekçi, 393.

şartları yerine getirememiş durumda olan kadınların 52, erkeklerin ise 56 yaşını doldurmaları ve en az 15 yıllık sigortalılık süresinin tamamlanmasıyla birlikte en az 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemeleri koşuluyla yaşlılık aylığından yararlanabilecekleri belirtilmiştir. Buna göre, (a) alt bendindeki 15 yıllık sigortalılık süresi ile 3600 gün prim ödenmesi koşulları değiştirilmeyerek kuralın yürürlük tarihinde (a) bendinde öngörülen, kadın ise 50 yaşını tamamlamamış olanların 52, yine aynı tarihte erkek ise 55 yaşını doldurmayanların 56 yaşını tamamlamaları koşulu ile yaşlılık aylığı bağlanacağı anlaşılmaktadır. Bu haliyle yaş sınırının tamamlanmasına bir gün kalanlarla daha uzun bekleme süreleri kalanlar arasında bir kademelendirme yapılmaksızın aynı yaş haddine tabi tutulmaları makul, adil ve ölçülü değildir. Bu nedenle, Geçici 81. maddesinin (C) bendinin (b) alt bendi Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırıdır iptali gerekir.”¹²⁶⁵ Görüldüğü üzere, AYM her ne kadar geç.m.81/(C) bendinin (b) alt bendini iptal ederken, ilkeye aykırılıktan bahsetmemişse de, gerekçesi düzenlemenin ilkeye aykırı olduğu sonucunu doğurmaktadır. Zira Yüksek Mahkeme kararında, “Bu haliyle yaş sınırının tamamlanmasına bir gün kalanlarla daha uzun bekleme süreleri kalanlar arasında bir kademelendirme yapılmaksızın aynı yaş haddine tabi tutulmaları makul, adil ve ölçülü değildir” ifadelerine yer vererek farklı durumda olanların farklı muameleye tabi tutulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

AYM'nin iptal kararından sonra 4759 sayılı Kanunla¹²⁶⁶ getirilen düzenlemeyle, yeni kademelendirme yapılmıştır¹²⁶⁷. Bu kademelendirmenin de eşitliğe aykırı olduğu

¹²⁶⁵ Karşı oy yazısında “Emeklilik ya da yaşlılık aylığı, buna hak kazanarak beklenen hak olmaktan çıkıp kazanılmış hakka dönüşmedikçe kazanılmış bir hakkın ihlalinden söz edilemez. Oysa hukuk devleti ilkesine aykırılık savının geçerli olabilmesi için bu tür bir hak ihlalinin bulunması gerekir. Yasakoyucunun, sosyal güvenlik alanında yeni bir düzenleme yaparken daha önce sisteme girmiş olanlarla ilgili geçiş hükümleri getirmek suretiyle bu kişilere kimi olanaklar sağlayacağı açıktır. Sosyal sigorta sisteminin teknik gereklerine göre yapılan kademelendirmeleri esas alan dava konusu kuralların belli ölçüleri gözetmiş olması nedeniyle adil olmadığı ileri sürülemez. Geçiş hükümleriyle tanınan olanakların ölçüsü ise, yasa koyucunun takdir yetkisiyle ilgili bir husus olup bu yetki kullanılırken anayasal sınırlar da aşılmamıştır. Öte yandan, geçiş hükümlerine esas alınan kademeler arasındaki süreyi doldurmalarına çok az bir zaman kalmış olanların, bir üst kademedekilere göre hak kaybına uğramaları, statü değişikliğine ilişkin bu tür düzenlemelerde geçişi bir noktada durdurma ya da belirli süre ile sınırlandırma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenlerle, 4447 sayılı Yasa'nın; 17. maddesiyle 506 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 81'in birinci fıkrasının (B) bendi ile (C) bendinin (b) alt bendinin; 22. maddesiyle 2925 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 2'nin (B) bendinin; 26. maddesiyle 5434 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 205'in birinci fıkrasının (b), (c), (d), (e), (f), (g), (h), (i) ve (j) bentleri ile üçüncü fıkrasının; 39. maddesiyle 1479 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 10'un ikinci fıkrasının; 44. maddesiyle 2926 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 7'nin ikinci fıkrasının iptali yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.” ifadelerine yer verilmiştir.

¹²⁶⁶ RG. 01.06.2002 t., S. 24772.

¹²⁶⁷ Tuncay/Ekmekçi, 393.

öğretide belirtilmiştir¹²⁶⁸. Bu görüşe göre, AYM'nin aradığı makul, adil ve ölçülü düzenleme konusunda kuşklar uyandırdığı, geçiş dönemine esas alınacak tarihin 23.05.2002 olması, hakları saklı tutulanlar içinse başlangıç tarihinin 08.09.1999 olarak bırakmanın eski sigortalılara karşı haksızlık olduğu, 09.09.1999-23.05.2002 tarihleri arasında 18 yıllık sigortalılık süresini dolduran kadınlarla, 23 yıllık sigortalılık süresini dolduran erkeklerin mağdur edildiği ve bu yönüyle düzenlemenin Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹²⁶⁹.

bbb) 4447 sayılı Kanunla 506 Sayılı Kanuna Eklenen 60. Maddeye İlişkin AYM'nin Yaklaşımı

506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinin iptalinin istendiği davada, 60. maddenin de eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir. İptal gerekçesinde özetle, keyfi işçi çıkartmalarının yoğun olarak uygulandığı ülkemizde, "25 yıldan beri sigortalı bulunma ve en az 4500 gün" prim ödeme şartının bile sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, ayrıca "kadınlar için 58, erkekler için 60 yaş" şartının eklenmesinin, düzenlemeyi bütünüyle ve açıkça hukuka aykırı hale getirdiği, zira mevzuatımıza göre 15 yaşını bitiren kimselerin branşları ile (çıraklık, ebelik, hemşirelik gibi) ilgili alanlarda çalışmaya başlamalarının mümkün olduğu, bu durumda 15 yaşında işe başlayan erkek sigortalının 60 yaşında emekli oluncaya kadar tam 45 yıl çalışması gerektiği ve böylece 16425 gün prim ödemiş olacağı, halbuki bir başka sigortalının emekliliğe hak kazanabilmesi için 7000 gün (19 yıl 65 gün) prim ödemesinin yeterli olacağı ileri sürülerek, böyle bir uygulamanın hem hukukun temel prensiplerine, hem de Anayasaya (2. ve 10. maddelere) aykırı olduğu iddia edilmiştir¹²⁷⁰.

¹²⁶⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 564.

¹²⁶⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 564.

¹²⁷⁰ İptalin istemine gerekçe olarak ayrıca 4447 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerine getirilen "Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması" hükmünün hukukun temel prensiplerinden olan hakkaniyet kuralına, sosyal güvenlik kavramının amacına, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "Sosyal Hukuk Devleti" ilkesine, yine Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik kuralına aykırı olduğu, yeni düzenlemede yaşlılık aylığı için iki şartın birlikte arandığı, bu iki şarttan biri (kadınlar için 58, erkekler için 60) yaş şartı, diğeri ise 7000 gün veya 25 yıldan beri sigortalı bulunma ve en az 4500 gün prim ödemiş olma şartı olduğu, burada hem Sosyal Sigortalar Kurumu'na katkı bakımından, hem de nimet/külfet dengesi açısından asıl olan prim ödeme süresi olduğu ileri sürülmüştür.

AYM talebi reddederek özetle kararında şu ifadelere yer vermiştir: “Anayasa’nın 60. maddesinde de, sosyal devlet ilkesine paralel olarak herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alarak teşkilat kuracağı belirtilmiş, 65. maddesinde ise Devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği öngörülmüştür. Herkesin sosyal güvenliğini sağlamakla görevli olan Devlet, bu işlevini Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı gibi sosyal güvenlik kuruluşları aracılığı ile yerine getirmektedir. Ancak, son yıllarda mevzuatta yapılan düzenlemelerle çalışanların emekli olabilme koşulları çok sık değiştirilerek Kurumların büyük bir finansman sorunuyla karşı karşıya bırakıldığı bir gerçektir. Emekli olabilmek için aranan prim ödeme gün sayısı ile yaş haddi konusundaki değişiklikler, Sosyal Güvenlik kurumlarının aktüeryal dengesini olumsuz yönde etkilemiş, bu da Kurumların çalışanların sosyal güvenlik haklarını karşılayamaz duruma gelmelerine neden olmuştur. Türkiye’nin demografik yapısı konusunda veri olarak kabul edilen resmi belgelerde ortalama yaşam süresinin yükseldiği belirtilmektedir. Buna karşın, sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışanların emeklilikleri için öngörülen yaş haddi ve prim ödeme gün sayısının düşürülmesi Kurumların finansman sorununun daha da büyümesine yol açmıştır. Sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesi sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemez. Kaldı ki, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) "Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 Sayılı Çalışma Sözleşmesi"nin 25. maddesinde, yaşlılık yardımının yapılabilmesi için mevzuatla belirlenecek yaş haddinin 65 yaşından yukarı olmaması gerektiği belirtilmiştir. Dava dilekçesinde, çalışmaya erken yaşta başlayanların, daha geç yaşta başlayanlara göre daha fazla sigorta primi ödemelerine karşın, 7000 iş gününü tamamlamak koşuluyla aynı yaş haddinde emekli olmalarının Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Her ne kadar erken yaşta çalışmaya başlayanlarla daha sonra işe başlayanlar emeklilik için öngörülen koşulları yerine getirerek emekli olabileceklerse de, daha fazla sigorta primi ödemediğinden erken yaşta çalışmaya başlayana bağlanacak yaşlılık aylığının daha fazla olması nedeniyle

aleyhe bir sonuç doğmayacağından eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Açıklanan nedenlerle, Yasa'nın 6. maddesiyle değiştirilen 506 sayılı Yasa'nın 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi, Anayasa'nın 2., 10., 60. ve 65. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”¹²⁷¹

AYM kararının gerekçesinde yer verilen hususlar isabetlidir. Kanun koyucu da aynı düşünce ile hareket ederek değişiklik yapma gereğini duymuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, ülkemizde benimsenen istihdam politikasına ve insan ömrünün nispeten az olmasına bağlı olarak uzun yıllar emeklilik yaşı ülke koşullarının gerisinde belirlenmiştir¹²⁷². 4447 sayılı Kanun öncesinde, siyasi amaçla kanun koyucu tarafından yapılan genç yaşta emeklilik uygulamaları aktüeryal denge bakımından isabetli olmamıştır. İfade etmek gerekir ki, erken emeklilik olanağına değil, genç yaşta emeklilik seçeneğine yer verilmemesi isabet taşımaktadır¹²⁷³. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, nedenlerin haklı olması düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucu doğurmak için yeterli değildir. Haklı amacın elverişli ve gerekli araçlarla (düzenlemelerle) sağlanması gerekir. Her şeyden önce sigortalı olunan tarih esas alınarak yapılacak farklılıklarda denge sağlanmalıdır. Bu denge sağlanamadığı sürece düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olur. 4447 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce 3774 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanunda yapılan düzenleme sonrası kadın için 50, erkek için 55 yaş sınırı ve 5000 gün prim ödeme gün sayısı kabul edilmişken¹²⁷⁴, 4447 sayılı Kanunla yaş sınırı kadın için 8 yıl, erkek için 5 yıl, prim ödeme gün sayısı ise 2000 gün artırılmıştır.

¹²⁷¹ AYM, 23.02.2001 t., E.1999/42, K.2001/41 (RG. 23.11.2001 t., 24592).

¹²⁷² **Tuncay/Ekmekçi**, 385.

¹²⁷³ Erken emeklilik ile genç yaşta emeklilik olanaklarının farklı olduğu ve birbirine karıştırılmaması gerektiği haklı olarak öğretide ileri sürülmüştür. Buna göre, erken emeklilik “bazı özendirici veya zorlayıcı koşullara bağlı olarak emekli aylığı almak isteyen bireylere belirlenen kronolojik yaştan önce yaşlılık aylığı bağlanmasını; genç yaşta emeklilik ise, yaşa bağlı olmadan ya da yaşlanmadan veya yasa ile belirlenen düşük bir yaşa gelindiğinde emekli aylığı alma anlamına gelir.”, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 387. Aynı görüş tarafından Avrupa ülkelerinde ortalama aylık alma süresi erkekte 11, kadında 17 yıl arasında değişirken, ülkemizde 4447 sayılı Kanun öncesi ortalama 19 yıl aylık alınabildiği ve bunun ise uzun bir süre olduğu, pasif sigortalılıkta geçen sürenin aktif sigortalılıkta geçen sürenin üçte birinden uzun olmaması ve buna göre de aylıktan yararlanma süresinin ortalama 20 yıldan fazla sürmemesi gerektiği ifade edilmiştir, **Tuncay/Ekmekçi**, 390.

¹²⁷⁴ Hatırlanacağı üzere, kadın için 50, erkek için 55 ve sigortalılık süresi 15 yıl, prim ödeme gün sayısı 3600 gün; yaş şartının aranmadığı, kadın için 20, erkek için 25 yıl sigortalılık süresi ve toplam 5000 gün prim ödeme gün sayısının öngörüldüğü başka seçenekler de bulunmaktaydı.

Öte yandan, iptal talep gerekçesinde, ilk defa aynı dönemde sigortalı olan ve ancak çalışmaya erken yaşta başlayanların, daha geç yaşta başlayanlara göre daha fazla sigorta primi ödemeleri gerektiği ifade edilmiştir. Oysa durum bu şekilde değildir. Daha erken yaşta çalışmaya başlayan kişinin prim ödeme gün sayısı da aynıdır. Zira 15 yaşında çalışmaya başlamış bir kimse, maddede kabul edilen asgari prim ödeme gün sayısını sağladıktan sonra, belirlenen yaş sınırına kadar çalışmasa da, yaş sınırına ulaşmasıyla birlikte aylığa hak kazanabilir. Dolayısıyla, çalışma yaşamına erken başlayanlar ile geç başlayanlar arasında farklı koşulların öngörüldüğünden bahsetmek mümkün değildir. Ancak erken yaşta çalışmaya başlayanlar, daha kısa sürede prim ödeme gün sayısını tamamladıklarından, bunlar için diğer sigortalılara nazaran yaş sınırını bekleme süresi artmaktadır.

b) Tarım İşlerinde İş Sözleşmesiyle Süreksiz Olarak Çalışanların Durumu

2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olanlar için 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinde düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, 08.09.1999'dan 30.04.2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı olanlar kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 15 yıldan beri sigortalı, 3600 gün prim ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığı alabilirler. 2925 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan "Yaşlılık Aylığından Yararlanma" başlıklı 20. maddesinde de aynı esaslara yer verilmiştir. Böylece, aynı konu iki ayrı Kanunda aynı biçimde düzenlenmiştir¹²⁷⁵. Bu bakımdan, 2925 sayılı Kanunun yürürlükte bırakılmasının anlamı yoktur.

Yukarıda da görüldüğü üzere, iş sözleşmesine tabi olarak 08.09.1999'dan sonra çalışmaya başlayanlar için sigortalılık süresinin aranmadığı, prim ödeme gün sayısının yüksek tutulduğu ve sigortalılık süresinin aranıp, prim ödeme gün sayısının düşük tutulduğu iki seçenek sunulmuştur. Bu seçenekten 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olan kamu sektöründe tarım işinde iş sözleşmesine tabi biçimde çalışanlarla, özel sektörde sürekli tarım işinde iş sözleşmesine bağlı şekilde çalışanlar da yararlanır. Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere, 2925 sayılı Kanuna tabi tarım işçileri için ise yaş,

¹²⁷⁵ Tarım işçileri açısından da 08.09.1999'dan öncesine ilişkin yaşlılık aylığına hak kazanma şartları farklıdır. Bu konuda 5510 sayılı Kanunda düzenleme yoktur. 2925 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan geçici 2. maddesi 08.08.1999 tarihinden önce 2925 sayılı Kanuna göre sigortalı olanlara uygulanma kabiliyetini haizdir.

sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısının arandığı sadece bir yol sunulmuş olup, tamamlanması gereken sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı 506 sayılı Kanun kapsamındakilere göre kolaylık göstermektedir.

<i>08.09.1999-30.04.2008 Tarihleri Arasında 2925 Sayılı Kanuna Göre Sigortalı Olanlar</i>			
	Yaş	Sigorta Süresi (Yıl)	Prim Ödeme Gün Sayısı
KADIN/ERKEK	58/60	15	3600

Getirilen düzenleme ile aynı tarihler arasında sigortalı olan ve 506 sayılı Kanuna tabi olan bir kimsenin cinsiyetine göre 58 ya da 60 yaşını tamamlamış ve 25 yıldan beri sigortalı, ayrıca 4500 gün prim ödemiş olması gerekirken; iş sözleşmesine göre süreksiz işte çalışan tarım işçisinin ise, 15 yıldan beri sigortalı olup 3600 gün prim ödemesi yeterlidir.

Ortaya konan farklılığın haklı nedeni olmadığı sürece düzenleme eşitlik ilkesine aykırı kabul edilir. 2925 sayılı Kanun kapsamındaki tarım işinin süreksiz işler niteliğinde olması, yani yılın sadece belirli dönemlerinde nitelikleri itibariyle 30 günden az devam edebilecek olması, işin sürekliliğinin sağlanmasını zorlaştırmaktadır. İşin sürekliliğinin bir yıl boyunca sağlanamaması, her şeyden önce prim ödeme gün sayısının da düşük olmasına sebebiyet verir. Bu bakımdan, belirtilen şekilde prim ödeme gün sayısına yönelik farklılığın yaratılmış olması haklı nedene dayanmaktadır. Aynı düşünce doğrultusunda, bağımsız çalışanlardan daha az prim şartının 2925 sayılı Kanun kapsamındakiler için kabulü de eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Aşağıda bağımsız çalışanların 5510 sayılı Kanundan önceki ve sonraki devam eden durumları karşılaştırılarak değerlendirilmiştir.

c) Bağımsız Çalışanların Durumu Bakımından

aa) 4447 sayılı Kanun İle Değişiklik Yapılmadan Önceki Durum

Bağımsız çalışanların yaşlılık aylığına hak kazanması açısından da 5510 sayılı Kanundan önce iş sözleşmesine göre çalışanlarınkine benzer bir durum söz konusudur. 1479 sayılı Kanunun 35. maddesinin 4447 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki

halinde kadın sigortalı 20, erkek sigortalı 25 tam yıl prim ödemiş olmak şartıyla, yaşı ne olursa olsun tam aylığa hak kazanabilecekti¹²⁷⁶. Burada, prim ödenmesi gereken süre, gün bazında değil, yıl bazında belirtilmişti. Dolayısıyla, kadın için 7200 gün (20yıl×360gün), erkek içinse 9000 gün (25yıl×360) gün prim ödenmesi gerekmektedir. Hatırlanacağı üzere, 506 sayılı Kanun kapsamındakiler için aynı dönemde (4447 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki dönem) 20-25 yıllık sigortalılık süresinin kabul edildiği durumlarda, prim ödeme gün sayısı 5000 olarak benimsenmiştir.

Aynı döneme ilişkin olarak kısmi aylığa hak kazanılması içinse bağımsız çalışan kadının 50, erkeğin 55 yaşını doldurması ve 15 tam yıl prim ödemesi gerekmektedir. Benzer seçenek, aynı dönem bakımından iş sözleşmesine tabi çalışanlar için kadın ise 50, erkek ise 55 yaş şartı, 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme gün sayısından oluşmaktaydı.

bb) 4447 sayılı Kanunla Değişiklik Yapıldıktan Sonraki Durum

4447 sayılı Kanunla 1479 sayılı Kanunda yapılan değişiklikten sonra, 08.09.1999 tarihinden itibaren ilk defa sigortalı olan bağımsız çalışanların tam aylığa hak kazanabilmesi için prim ödeme bakımından aranan şart, erkek ve kadın sigortalı için 25 tam yıl olarak eşit duruma getirilmiş, ancak tamamlanması gereken yaş şartı kabul edilerek, erken emekliliğin önüne geçilmek istenmiştir. Yapılan değişiklik neticesinde belirtilen tarihten sonra ilk kez sigortalı olan kadın için 58, erkek için 60 yaş şartı kabul edilmiştir¹²⁷⁷.

08.09.1999'dan sonra ilk defa sigortalı olan bağımsız çalışanların kısmi aylığa hak kazanması içinse 15 yıl prim ödemesi ve erkekse 62, kadınsa 60 yaşını tamamlaması gerekmektedir¹²⁷⁸. 5510 sayılı Kanunun geçici madde 9/II hükmü ile 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında sigortalı olan ve 5510 sayılı Kanunda m.4/I,(b) kapsamında olan bağımsız çalışanlar için tam ve kısmi aylığa hak kazanma bakımından aynı esasların benimsendiği anlaşılmaktadır¹²⁷⁹. Bahsi geçen geçici 9. maddenin ikinci fıkrasının bağımsız çalışanlar için uygulanması, bunların 08.09.1999-30.04.2008

¹²⁷⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 11. Bası, 682; Tuncay/Ekmekçi, 391.

¹²⁷⁷ Tuncay/Ekmekçi, 391.

¹²⁷⁸ Tuncay/Ekmekçi, 391.

¹²⁷⁹ Tuncay/Ekmekçi, 392.

tarihleri arasında mülga kanunlar döneminde ilk defa sigortalı olmasına bağlıdır. Başka bir deyişle, belirtilen tarih aralığında sigortalı olmuş ancak 1479 sayılı Kanun kapsamında çalışmamış olsa bile, sigortalılığı 5510 sayılı Kanun m.4/I,b çerçevesinde devam ediyorsa, geçici m.9/II uygulanabilecektir.

4447 sayılı Kanunla 1479 sayılı Kanuna eklenen geçici 10. madde hükmü ile bağımsız çalışan sigortalılar için de geçiş hükümleri öngörülmüş ve bunların da hakları gözetilmiştir. 5510 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan hükümlerin düzenlendiği 106. maddesinde 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun geçici 10. maddesinin yürürlükte kalacağı belirtilmiştir. Böylece 08.09.1999'dan önce sigortalı olanlara yaşlılık aylığı bağlanması, geçici 10. maddeye göre yapılacaktır. Bu düzenlemeye uygun olarak, 08.09.1999'dan önce sigortalı olanlara ilişkin yaşlılık aylığına hak kazanma koşulu açısından geçiş hükmü 5510 sayılı Kanunda yer almamıştır.

cc) 4447 sayılı Kanunla 1479 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 10. Maddeye İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

506 sayılı Kanuna eklenen geçici hükümde olduğu gibi, 1479 sayılı Kanuna eklenen hükümle de aylığa hak kazanan ya da kazanmasına iki tam yıl veya daha az kalanların hakları saklı tutulmuştur (1479 s.K. geç.m.10/I). Dolayısıyla bunlar 4447 sayılı Kanun hükümlerinden etkilenmeden aylıklarını talep edebilirler¹²⁸⁰. Anılan Kanunla yapılan değişiklik sonrası, maddenin ikinci fıkrasının ilk halinde 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlardan, Kanunun yürürlük tarihini takip eden aybaşı itibarıyla kadın ise 20, erkek ise 25 tam yıl prim ödeme süresinin dolmasına iki yıldan daha fazla kalanlar için dokuz kademeli geçiş süreci benimsenmiş ve doldurulması gereken yaş şartı da kademeli biçimde artırılmıştır¹²⁸¹. 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesine olduğu gibi, 1479 sayılı Kanunun geçici 10. maddesine karşı da iptal davası açılmıştır.

İptal davası sonucunda maddenin hakları saklı tutan birinci fıkra hükmü iptal edilmemiştir. Buna mukabil, kademeli geçişi öngören maddenin ikinci fıkrası ise iptal

¹²⁸⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 565.

¹²⁸¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 565.

edilmiştir¹²⁸². Böylece 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesi için gösterilen yaklaşımın aynısı tekrarlanmıştır. Yüksek Mahkeme kararında şu ifadelere yer vermiştir: “4447 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte sigortalı olup, emekliliklerine 2 ila 10 yıldan fazla kalanlardan kadınların 20, erkeklerin ise 25 tam yıl prim ödemeleri koşuluyla kadınların 41-52, erkeklerin ise 45-56 yaşlarını doldurduklarında kendilerine yaşlılık aylığı bağlanacağı öngörülmüştür. Yasa’nın 17. maddesiyle 506 sayılı Yasa’ya eklenen Geçici Madde 81’in Birinci Fıkrasının (B) Bendinin iptaline ilişkin gerekçeler Geçici Madde 10’un ikinci fıkrası için de geçerli olduğundan kuralın iptali gerekir.” Tekrara sebebiyet vermemek için, yukarıdaki değerlendirmelerimize atıfta bulunmakla yetiniyoruz¹²⁸³.

Kararda iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi sonucuna varılmıştır. Tanınan 6 aylık kanuni süre 23.05.2002’de dolmasına karşın kanuni düzenleme 01.06.2002 tarihinde 4759 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Bahsi geçen Kanun, geçici 10. maddenin iptal edilen ikinci fıkrasında kadınlar için 16, erkekler içinse 15 kademedan oluşan düzenleme getirmiştir¹²⁸⁴.

Geçici 10. maddenin sadece iki fıkrası değil, üçüncü fıkrası da davaya konu olmuştur. AYM 1479 sayılı Kanunun geçici dönem bakımından kısmi yaşlılık aylığına ilişkin 5 kademedan oluşan geçici m.10/III hükmünü¹²⁸⁵ ise iptal etmemiştir. Oysa, yukarıda da izah edildiği üzere, 506 sayılı Kanun için kabul edilen kısmi aylık bağlanmasını öngören geçici m.81/C,(b) düzenlemesi iptal edilmişti. İptal etmeme kararında gerekçe olarak AYM özetle “...Geçici Madde 10’un Üçüncü Fıkrası Fıkraya göre, 4447 sayılı Yasa’nın yürürlüğünden önce sigortalı olup ta 15 tam yıl prim ödeme süresini dolduranlardan kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını dolduranlarla Yasa’nın yürürlüğe

¹²⁸² AYM, 23.02.2001 t., E.1999/42, K.2001/41 (RG. 23.11.2001 t., 24592).

¹²⁸³ bkz. §11, II, 2, a, cc, aaa.

¹²⁸⁴ Güzel/Okur/Caniklioglu, 565.

¹²⁸⁵ Bahsi geçen hüküm şu şekildedir: “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı olanlardan, 15 tam yıl prim ödeme süresi ile kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurma koşulunu, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden aybaşından itibaren, a) 2 tam yıldan fazla, 4 tam yıl veya daha az süre içinde yerine getiren, kadınlara 51, erkeklere 56 yaşını, b) 4 tam yıldan fazla, 6 tam yıl veya daha az süre içinde yerine getiren, kadınlara 52, erkeklere 56 yaşını, c) 6 tam yıldan fazla, 8 tam yıl veya daha az süre içinde yerine getiren, kadınlara 53, erkeklere 57 yaşını, d) 8 tam yıldan fazla, 10 tam yıl veya daha az süre içinde yerine getiren, kadınlara 54, erkeklere 57 yaşını, e) 10 tam yıldan fazla süre içinde yerine getiren, kadınlara 56, erkeklere 58 yaşını, Doldurmaları ve talepte bulunmaları halinde, yaşlılık aylığı bağlanır.”

girdiği tarihten sonraki aybaşı itibariyle prim ödeme koşulunu belirli süreler içinde yerine getirmek ve kadınların 51-56, erkeklerin ise 56-58 yaşlarını doldurmaları halinde kısmi yaşlılık aylığı bağlanacağı öngörülmüştür. Dava dilekçesinde, Geçici Madde 10'un, halen çalışmakta olan sigortalıların kazanılmış haklarını ihlal etmesi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti" ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Fıkra da Yasa'nın yürürlüğünden önce kısmi yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlarla, emekliliklerine 2 yıl veya daha az kalmış olanların hakları saklı tutularak kayıpları önlenmiş, emeklilik sürelerine 2 yıldan fazla kalanların 15 yıllık prim ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeleri koşuluyla, emeklilik için kalan sürelerinin dikkate alınarak yaş sınırlarının kademelendirilmesi esası getirilmiştir. Bu düzenleme ile hukuk devletinde gözetilmesi gereken adil ve makul ölçüler aşılmadığından kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.” şeklinde sonuca ulaşmıştır. 506 sayılı Kanun kapsamındaki için öngörülen benzer düzenlemenin iptal edilmemesi ve buna karşılık 1479 sayılı Kanun kapsamındaki açısından ise edilmesinin nedeninin düzenlemenin adil ve makul ölçüler getirmesi olduğu ifade edilmiştir. Anlaşılan o ki, AYM, kanun koyucunun kademe öngörerek, adil ve makul ölçüler getirdiğini kanaatine varmıştır. Zira iptal edilen ve edilmeyen maddeler dikkate alındığında, kanun koyucunun yaklaşımı bakımından başkaca fark yoktur. Aşağıdaki tabloda bağımsız çalışanlar açısından iki döneme ilişkin şartlar gösterilmiştir.

<i>08.09.1999 Öncesi Dönemde Bağımsız Çalışan Sigortalılar</i>			
		Yaş	Prim Ödeme Süresi
Tam Aylık için	KADIN/ERKEK	YOK	20/25 tam yıl
Kısmi Aylık İçin	KADIN/ERKEK	50/55	15 tam yıl
<i>08.09.1999-30.04.2008 Tarihleri Arasında Sigortalı Olan Bağımsız Çalışanlar</i>			
		Yaş	Prim Ödeme Süresi
Tam Aylık için	KADIN/ERKEK	58/60	25 tam yıl
Kısmi Aylık İçin	KADIN/ERKEK	60/62	15 tam yıl

Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanun, 4447 sayılı Kanunla iş sözleşmesine göre çalışanlar ve bağımsız çalışanlar için gerek tam aylık ve gerekse kısmi aylık bağlanması için getirilen düzenlemeyi geçici 9. maddesinde tekrarlamaktadır. Aynı düzenlemenin benimsenmiş olması, iki hukuki statü nedeniyle sigortalı olanlar arasında eskiden var olan farklılığın

da devam edeceği anlamına gelmektedir. Gerçekten bu düzenleme gereği, aşağıdaki tabloda görüleceği üzere iş sözleşmesine göre çalışan sigortalı kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 7000 gün malullük, yaşlılık ölüm sigortası primi ödemiş olmak şartıyla ya da sigortalı kadın 58, erkek 60 yaşını doldurmuş, 25 yıldan beri sigortalı ve en az 4500 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortası primi ödemiş olması şartıyla yaşlılık aylığına hak kazanabilecektir. Bağımsız çalışan bir kimse de iş sözleşmesiyle çalışanların tamamlaması gereken yaş şartını elde etmesi gerekecek, fakat farklı olarak 25 tam yıl sigorta primi ödemesi aranacaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu süre 9000 güne tekabül etmektedir. Dolayısıyla, 08.09.1999 ile 30.04.2008 arasında sigortalı olan iş sözleşmesine göre çalışanlar ile bağımsız çalışanlar arasında prim ödeme gün sayısı açısından geçmişte yaratılan farklı koşul, 5510 sayılı Kanunda öngörülen geçiş hükmü gereği aynı dönemde sigortalı olanlar açısından aynen devam edecektir. Zira aynı dönem için bağımlı çalışan sigortalının ödemesi gereken prim gün sayısı 7000'dir. Diğer taraftan, bağımsız çalışanlar için aylığa hak kazanma bakımından sadece bir seçenek sunulmuşken, iş sözleşmesine göre çalışanlar için iki seçenek sunulmuştur.

İş sözleşmesine göre çalışanların işlerindeki sürekliliği sağlaması, bağımsız çalışanlara göre daha zor olduğundan ve kurumun da aktüeryal dengesinin de gözetilmesi gerektiğinden, prim ödeme gün sayısı açısından getirilen böyle bir ayrımın haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir. Yaş şartının her iki çalışma grubu için kural olarak aynı kabul edilmesi de eşitlik ilkesi bakımından yerindedir. Ancak istisnaen bağımsız çalışanların kısmi aylığa hak kazanması için yaş şartının artırılmış olması yerinde olmamıştır. İki çalışan grubu arasında çalışma ilişkisi nedeniyle yapılacak ayrımın sadece farklı prim ödeme gün sayısını haklılaştıracağı kanaatindeyiz.

08.09.1999-30.04.2008 Tarihleri Arasında Sigortalı Olan Bağımlı ve Bağımsız Çalışanların Durumu				
		Yaş	Prim Ödeme Süresi	Sigorta Süresi
Tam Aylık için	KADIN/ERKEK	58/60	9000	YOK
Kısmi Aylık İçin	KADIN/ERKEK	60/62	5400	YOK
İş Sözleşmesine Bağlı Çalışan	KADIN/ERKEK	58/60	7000	YOK
	KADIN/ERKEK	58/60	4500	25

d) Devlet Memurları ve Kamu Görevlileri Bakımından Hak Kazanma Şartları

Devlet memurlarının ve kamu görevlilerinin de durumuna kısaca değinmek gerekmektedir. Devlet memurları ve kamu görevlilerinin 5434 sayılı Kanuna göre tamamlaması gereken yaş ve prim ödeme gün sayısı farklı tarihlerde çıkarılan kanunlarla pek çok kez değiştirilmiştir¹²⁸⁶. 5510 sayılı kanunun geçici 4. maddesinin 4. fıkrasında, *“Bu Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde; iştirakçi iken, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmış olup bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar [...] hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanuna göre işlem yapılır.”* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, 5434 sayılı Kanuna tabi iştirakçi iken kesintisiz biçimde çalışmaya devam eden ve dolayısıyla 5510 sayılı Kanuna tabi kamu görevlisi statüsünde çalışmaya devam edenler ile önceden iştirakçi iken, daha sonra çalışmaya ara vermiş ve 5510 sayılı Kanunun yürürlük döneminde tekrar kamu görevlisi statüsünde çalışmaya başlamış olanlar Emekli Sandığı Kanunu’na göre aylığa hak kazanacaklardır¹²⁸⁷. Aynı görevi yapmasına rağmen bir gün sonra göreve başladığı için aynı durumdaki kişiden farklı sosyal sigorta kanununa tabi tutulmasının gerekçesini açıklamanın zor olduğu, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği öğretide belirtilmiştir¹²⁸⁸.

Aşağıdaki tabloda görüleceği gibi, 08.09.1999 öncesi iştirakçi olan devlet memurları ya da kamu görevlileri 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre yaş koşulu aranmadan, sadece hizmet süresi dikkate alınarak emekli olabilirler. Bu durumda kadın için 20, erkek içinse 25 yıllık hizmet süresi aranmaktadır. Söz konusu hizmet süreleri, bağımsız çalışanlarda olduğu gibi 9000 gün prim ödeme gün sayısına denk gelmektedir. Hatırlanacağı üzere, aynı dönem için 506 sayılı Kanuna tabi olanlar için benzer seçenek bakımından prim ödeme gün sayısı 5000’dir.

¹²⁸⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 551; Tuncay/Ekmekçi, 391.

¹²⁸⁷ Sözer, Sosyal Sigortalar, 350. 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 717 vd.

¹²⁸⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 716.

<i>08.09.1999 Öncesi Sigortalı Olan Kamu görevlileri ve Devlet Memurları</i>		
	Yaş	Hizmet Süresi (yıl)
KADIN	YOK	20
ERKEK	YOK	25

4447 sayılı Kanunda 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008'e kadar olan dönemde sigortalılıkları başlayanların durumunu düzenleyen hükmün aynısı, 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddenin üçüncü fıkrasında yer almıştır¹²⁸⁹. Buna göre “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olup da 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve 25 tam yıl sigorta primi ödemiş olması veya 61 yaşını doldurması ve en az 15 tam yıl malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemesi şartıyla kısmi yaşlılık aylığından yararlanırlar”. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, bağımsız çalışanlar için öngörülen şartların hemen hemen aynısı devlet memurları ve kamu görevlileri için aynı dönem bakımından kabul edilmiştir. Sadece 15 tam yıl (5400 gün) prim ödenmesi bakımından aranan şartta, kadın ve erkek için yaş 61 öngörülmüştür. Bağımsız çalışanlar için aynı seçeneğin kabul edildiği halde ise, kadının 60, erkeğin 62 yaşında olması aranmıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yaş şartı bakımından benzer seçenekler için aynı düzenlemenin kabul edilmesi eşitlik ilkesi doğrultusunda isabetli olurdu.

<i>08.09.1999-30.04.2008 Tarihleri Arasında Sigortalı Olan Devlet Memurları ve Kamu Görevlilerinin Durumu</i>			
		Yaş	Prim Ödeme Süresi
Tam Aylık	KADIN	58	25 tam yıl
	ERKEK	60	25 tam yıl
Kısmi Aylık	KADIN	61	15 tam yıl
	ERKEK	61	15 tam yıl

¹²⁸⁹ 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin dördüncü fıkrasında, 5510 sayılı Kanunda *aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde*, iştirakçiyken Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar ile 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre çalışmış ve 5510 sayılı Kanun döneminde yeniden 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olarak çalışanlara 5434 sayılı Kanuna göre işlem yapılacağı belirtilmiştir. Maddede, *aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde* 5434 sayılı Kanunun uygulanacağı öngörülmüştür. Geçici 9. Maddede yer alan düzenleme, 5434 sayılı Kanunda bulunan düzenlemenin aksi olmayıp aynıdır. Bu bakımdan geçici 9. madde olmasaydı dahi, geçici 4. maddenin yollamasıyla esas alınacak olan kanun 5434 sayılı Kanun olduğundan, farklı şartlar aranmayacaktı.

3. 30.04.2008 Tarihinden Sonra Sigortalı Olanların Olağan ve Kolaylaştırılmış Emeklilik Halleri Uyarınca Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartları

a) Genel Olarak

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemeler kapsamında yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için her şeyden önce 30.04.2008 tarihinden sonra ilk defa 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olmak gerekir. Bundan başka, yaşlılık sigortası kapsamında aylığa hak kazanabilmek için kural olarak beş koşul gerçekleşmelidir. Bunlar; belirli bir yaşa ulaşma, belirli bir süre prim ödemiş olma, belirli bir süre sigortalı olma, işten ayrılma ve Kuruma yazılı istekte bulunmadır¹²⁹⁰. Bu koşulların tamamının aynı anda aylığa hak kazanmak için kabul edilmesi, sigortalıların yardım almasını zorlaştırır. Buna rağmen, yukarıda da görüldüğü üzere, kanun koyucu sunduğu bazı seçeneklerde bu şartların tamamının gerçekleşmesini aramıştır. Yargıtay da 506 sayılı Kanun döneminde verdiği kararında, yaşlılık aylığı bağlanmasına ilişkin yazılı isteği uyarınca sigortalıya davalı Kurum tarafından aylık bağlanması için yazılı talepten başka *"belirli süre sigortalı olma, belli gün sayıda malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olma, yaş haddi ve sigortalı olarak çalışılan işten ayrılmış olma"* koşullarının birlikte gerçekleşmiş olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹²⁹¹.

Yürürlükteki düzenlemede, kanun koyucunun yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için bazı seçenekler sunduğu, sigortalının “işten ayrılma”sının ve “yazılı istekte bulunma”sının ise bütün seçenekler için “ortak şart” niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır¹²⁹². Farklı bir ifadeyle, kanun koyucunun öngördüğü seçeneklerin hepsinde aranan şart, “işten ayrılma” ve “yazılı istektir”¹²⁹³. Diğer koşullar ise, farklı seçeneklerde birlikte ya da

¹²⁹⁰ Güzel/Okur/Caniklioglu, 553 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 382.

¹²⁹¹ Y. 10.HD., 26.01.2009 t., E. 2007/20021, K. 2009/455, www.kazanci.net

¹²⁹² Tuncay/Ekmekçi, 382.

¹²⁹³ “Davacının 20.04.2007 tarihine kadar 25 yıllık hizmet süresini doldurup, primlerini ödediği, ancak aylık bağlanması için Kuruma yazılı talepte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davacı dava dilekçesinde aylık bağlanması talebinde bulunduğundan yaşlılık aylığının dava dilekçesinin verildiği tarihi takip eden aybaşı olan 01.11.2007 tarihinden bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekirken daha önceki yazılı talebi olmayan tarihten yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tesbitine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y. 21. HD., 22.03.2010 t., E. 2009/4517, K. 2010/3116, www.legalbank.net; “Uyuşmazlık kuruma başvurunun bulunmadığı durumlarda yaşlılık aylığı istemi ile dava açılmasının 506 sayılı Yasa’nın 60/H maddesinin öngördüğü biçimde yazılı bir başvuru niteliğinde bulunup bulunmadığına ilişkindir. Somut olayda davacının yaşlılık aylığı istemli dava dilekçesi davalı Kuruma tebliği edilmekle davalı kurum bu yöndeki istemi öğrenmiş buna rağmen hizmet

ayrı şekilde yer almıştır. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunda olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik halleri (m.28/II,III), yaş haddi ve prim ödeme gün sayısı ile ilişkilendirilmiştir¹²⁹⁴. Dolayısıyla kural, sigortalının belirli bir yaş sınırına ulaşması ve asgari sayıda prim ödemiş olmasıdır. Bu bağlamda yaşlılık aylığına hak kazanmada *belirli süre prim ödeme ve kanunda belirtilen yaş sınırına ulaşma*, iki temel koşul olarak nitelendirilmelidir¹²⁹⁵. İstisnai durumlarda ise *sigortalılık süresi*, prim ödeme gün sayısı ile ya da yaş şartı ile beraber aylığa hak kazanmak için gerekli koşullar arasında yer almıştır¹²⁹⁶. Konumuz açısından önemli olan aylığa hak kazanma koşulları arasında sigortalılar arasında fark yaratılıp yaratılmadığı, yaratılan farklılıkların da ilkeye aykırı olup olmadığıdır. Söz konusu değerlendirmenin yapılması öncelikli olarak koşulların ortaya konmasını gerekli kılmaktadır.

b) 30.04.2008 Tarihinden Sonra İlk Defa Sigortalı Olma ve 30.04.2008 Tarihini Esas Alan Normun Eşitlik İlkesine Aykırılığı

5510 sayılı Kanunda olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik hallerine ilişkin 28. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemelerin 01.10.2008 tarihinde değil, 30.04.2008'de yürürlüğe girmesi benimsenmiştir. Böylece, 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olanlar bakımından yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için yeni koşulları oluşmuş ve yeni bir dönem yaratılmıştır¹²⁹⁷. Yürürlükteki Kanunla meydana getirilen döneme ilişkin olmak üzere, yaşlılık aylığına hak kazanma bakımından üç yeni grup bulunmaktadır¹²⁹⁸. Bu grupların ilki 30.04.2008-31.12.2035, ikincisi 01.01.2036-31.12.2047 ve nihayet üçüncüsü 01.01.2048 tarihinden sonra sigortalı olanlardan

tespiti yoluyla kazanılan sürelerin primlerinin ödenmediğinden bahisle davaya karşı koymuştur. Dava dilekçesinin aylık talebi ile kuruma yapılmış başvuru olarak kabulü kaynağını Anayasadan alan değiştirilemez ve vazgeçilemez bir hak olan sosyal güvenlik hakkının zorunlu bir sonucudur. Tersinin kabulü, davalı Kurumun Anayasa'dan kaynaklanan sosyal güvenlik ödevinin zorunlu sonucu olan, koşulların oluşması tarihini takip eden aybaşından itibaren yaşlılık aylığı bağlaması yerine bağlamamasından kaynaklanan kusurundan yararlanmak olur ki, bu durumun hak ve nesafet kuralları ile bağdaşmadığı ortadadır. Yapılacak iş dava dilekçesinin tahsis talebi olarak kabulü ile davacının yaşlılık aylığı talebiyle ilgili olarak olumlu ya da olumsuz bir karar verilmekten ibarettir.” YHGK., 11.05.2010 t., E. 2009/8680, K. 2010/5565, www.legalbank.net

¹²⁹⁴ Olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik şartlarına yönelik açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 553-555; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 358 vd.; **Tuncay/Ekmekçi**, 396; **Baştterzi**, Karşılaştırmalı Değerlendirme, 2213 vd.; **Uşan**, 212

¹²⁹⁵ **Baştterzi**, Karşılaştırmalı Değerlendirme, 2203. Yaşlılık aylığına esas alınacak temel koşulun yaş olduğu ileri sürülmüştür, bkz. **Okur**, Yeni Tanımlar, 163.

¹²⁹⁶ **Uşan**, 212.

¹²⁹⁷ **Tuncay/Ekmekçi**, 396. 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olanlara yönelik yapılan açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 553 vd.; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 356 vd.; **Uşan**, 210 vd.

¹²⁹⁸ **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 83.

meydana gelmiştir¹²⁹⁹. Belirtilen tarih aralıklarına göre aylığa hak kazanmak için farklı koşullar öngörülmüştür. Bu koşulların eşitlik ilkesi temelinde değerlendirilmeden önce, 30.04.2008 tarihini esas alan düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılığı üzerinde durulacaktır.

5510 sayılı Kanunun yaşlılık aylığını düzenleyen 28. madde hükmünün 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir (m.108). Dolayısıyla, bu tarihin grup oluştururken dikkate alınması gerektiği savunulabilir. Nitekim öğretide, 5510 sayılı Kanun ile emekli olma bakımından üç yeni grubun yaratıldığı ve ilk grubu 01.10.2008-31.12.2035 tarihleri arasında sigortalı olanların oluşturduğu ifade edilmiştir¹³⁰⁰. Her ne kadar dokuz fıkradan oluşan 28. maddenin yedi fıkrası 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girecekse ve böylece ilk kez 5510 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlar için uygulanma kabiliyetini haiz olacaksa da; geçici m.7/IX hükmünde, 30.04.2008 tarihinden sonra 506, 1479, 5434, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlara göre ilk defa sigortalı ve iştirakçi olanlar için 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Atıf yapılan fıkralarda, yürürlükteki düzenleme açısından “olağan emeklilik” ve “kolaylaştırılmış emeklilik” halleri düzenlenmiştir¹³⁰¹. Oysa, maddede olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik halleri dışında, engellilere ve maden işçilerine ilişkin emeklilik durumları da yer almaktadır. Buna göre, 30.04.2008-01.10.2008 tarihleri arasında sigortalı olan engelli ve maden işçileri 5510 sayılı Kanuna tabi olacaktır.

¹²⁹⁹ Öğretide Ergin de, 3 gruptan bahsetmiş, ancak ilk grubun 01.10.2008 tarihinden itibaren başlayacağını ifade etmiştir, bkz. **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 83.

¹³⁰⁰ **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 83.

¹³⁰¹ Aşağıda incelenecek olan fıkralar şu şekildedir: “İlk defa bu Kanuna göre sigortalı sayılanlara;

a) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için prim gün sayısı şartı 7200 gün olarak uygulanır.

b) (a) bendinde belirtilen yaş şartı;

1) 1/1/2036 ilâ 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,

2) 1/1/2038 ilâ 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,

3) 1/1/2040 ilâ 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,

4) 1/1/2042 ilâ 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,

5) 1/1/2044 ilâ 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65,

6) 1/1/2046 ilâ 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,

7) 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65,

olarak uygulanır. Ancak yaş hadlerinin uygulanmasında (a) bendinde belirtilen prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadleri esas alınır.

Sigortalılar, ikinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla da yaşlılık aylığından yararlanabilirler.”

Kısaca ifade etmek gerekirse, yukarıda bahsi geçen beş kanun 30.04.2008'den 01.10.2008 tarihine kadarki dönemde de yürürlükte olmasına rağmen, olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik halleri uyarınca yaşlılık aylığına hak kazanma açısından kanun koyucu bu dönemde sigortalı olanlara yürürlükte olan bu Kanunların ya da bu Kanunlara ilişkin 5510 sayılı Kanunda yer alan geçici hükümlerin değil, 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

Sonuç olarak kanun koyucu, ilk defa mülga kanunlar döneminde sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının, bu kanunlara ilişkin 5510 sayılı Kanunda yer alan geçici hükümlere göre belirlenmesi gerektiği yönündeki genel kuraldan ayrılmış ve istisnai düzenleme getirerek ayırım yapmıştır. Gerçekten, 30.04.2008'den önce sigortalı olan bir kimse, geçiş hükümlerinde yer alan olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik şartlarını sağlamasıyla, aylığa hak kazanabilecekken; anılan tarihten sonra fakat 01.10.2008 tarihinden önce sigortalı olanlar ise *–mülga kanunlar halen yürürlükte olmasına rağmen–* 5510 sayılı Kanuna tabi olacaktır. Aynı dönemde sigortalı olanların aynı kurallara tabi olduğu, böylece aynı ve benzer durumda olanlar arasında ayırım yapılmadığı ileri sürülebilir. Her ne kadar aynı dönemde sigortalı olanlar bakımından fark yaratılmamışsa da, 30.04.2008 tarihinden sonra 01.10.2008 tarihinden önce sigortalı olanlara yürürlükte olmasına rağmen mülga kanunların uygulanmaması haklılaştırılmalıdır. Başka bir deyişle kanun koyucu, genel kuraldan ayrılarak bazı sigortalılar için benimsediği istisnai uygulamayı haklılaştırmalıdır. Özellikle yürürlükteki düzenlemede yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının ağırlaştırılmış olması, farkın eşitlik ilkesi bakımından kıyaslanmasını gerekli kılmaktadır. Bundan başka, maden işyerinde çalışan ya da sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başlamadan önce malul durumda olan bir kimse, 30.04.2008 tarihinden sonra fakat 01.10.2008 tarihinden önce sigortalı olursa, bunlar hakkında geçiş hükümleri esas alınacaktır. Sonuç olarak, bu ayrımların haklı nedeninin olmaması, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucunu doğurur. Dolayısıyla, haklı nedenin olup olmadığı ortaya konmalıdır.

Eşitlik ilkesi bakımından yapılacak değerlendirmede kanun koyucu tarafından güdülen amaç dikkate alınmalıdır. 5510 sayılı Kanunda aylığa hak kazanma şartlarının ağırlaştırılması, genel olarak haklarda geriye gidişin söz konusu olması, 2008 yılının nisan ayında ülkemizde sigortalı olma yarışını da beraberinde getirmiştir¹³⁰². Kanun koyucu da, bu niyetle yapılan hayali sigortalılıkları engellemek adına 30.04.2008 tarihini öngörmüştür¹³⁰³. Bu amacın meşru olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak bu dönemde, gerçekten işe başlayarak sigortalılık ilişkisini hukuka uygun biçimde kuranlar kanun koyucu tarafından göz ardı edilmiştir. Böylece hukuka saygılı, iyi niyetli kişiler, hiçbir inceleme ve araştırma yapılmadan hayali sigortalı olanlarla aynı şekilde değerlendirilmiş ve bunlar 30.04.2008 tarihinden önce sigortalılığı başlayanlara nazaran daha ağır şartlara tabi kılınmıştır. Hayali sigortalılıkları tespit etmek ve gerekli yaptırımları uygulamak, Kurumun hak ve yetkisinde olan bir konudur. Kurum bu konudaki denetim eksikliğini, iyi niyetli kişileri mağdur ederek gidermemelidir¹³⁰⁴. Diğer taraftan kanun koyucu, maden işyerlerinde çalışanların ya da ilk defa çalışmaya başladığı zaman malul durumda olanların, diğer kişilere nazaran daha dürüst olduğunu düşünmüş olacak ki, bunlar için 30.04.2008 tarihini benimsememiştir. Bu yaklaşımı da kabul etmek, makul değildir. Önemli olan işi, fiziksel özellikleri ne olursa olsun hukuka aykırı davrananların, davranışlarına sonuç bağlanmaması, ancak dürüst kişilerin korunması ve bunların davranışlarının ise sonuç doğurmasıdır. Sonuç olarak kanun koyucu her ne kadar meşru bir amaç gütmüşse de, kullanılan araç bu amacı gerçekleştirme noktasında iyi niyetli kişileri göz ardı ettiğinden elverişli değildir. Başka bir deyişle, amaç ile araç arasında orantı yoktur. Söz konusu araç farklı düzenlemelerle yerine getirilmelidir. Dolayısıyla, 30.04.2008 tarihinin kabul edilerek, sigortalılar arasında ayırım yapılmasının haklı nedene dayanmadığı kanaatindeyiz.

Hukuk tekniği bakımından da 30.04.2008 tarihini kabul etmek mümkün değildir. Zira 30.04.2008 tarihini öngören 5754 sayılı Kanun, bilindiği üzere 08.05.2008’de yürürlüğe girmiştir. Kazanılmış haklar bakımından, kanunun yürürlük tarihinden önceki bir tarihin yürürlük tarihi olarak dikkate alınmaması gerektiği öğretide isabetli olarak ileri

¹³⁰² Ergin, Geçiş Hükümler, 84.

¹³⁰³ Ergin, Geçiş Hükümler, 84.

¹³⁰⁴ Öğretide Şakar tarafından da ileri sürüldüğü üzere, yeni sigortalıların sistemde kalmasını sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verilmeliydi, bkz. Şakar, 5510, www.yaklasim.com

sürülmüştür¹³⁰⁵. Ayrıca yaşlılıkla bağlantılı -sosyal güvenlik destek primi ödeyerek aylık alırken çalışma gibi- bazı konuların 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmesi karşısında, her koşulda 01.10.2008 tarihinin esas alınması yerinde olurdu. Böyle bir ayrıma gidilmesi uygulamada başka karışıklıkları da doğuracak niteliktedir. Örneğin, 30.04.2008-01.10.2008 tarihleri arasında maden işyerinin yer altı işinde çalışmaya başlayan sigortalı 01.10.2008'den sonra iş değiştirirse ve işin niteliği gereği kolaylaştırılmış emeklilik seçeneklerinden yararlanamazsa, olağan emeklilik bakımından 5510 sayılı Kanun; işin niteliği gereği kolaylaştırılmış emeklilik şartlarını haiz olursa mülga kanun dikkate alınacaktır.

c) Yaş Şartı

aa) Olağan Emeklilikte Aranılan Yaş Sınırı

Yaşlılık aylığına hak kazanmak için farklı Kanunlar ve 5510 sayılı Kanun döneminde sunulan seçenekler göz önünde bulundurulduğunda, sigortalının tamamlaması gereken yaş haddinin temel değişken olduğu anlaşılmaktadır¹³⁰⁶. Buna göre, 30.04.2008 tarihinden sonra ilk defa 506, 1479, 5434, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlara göre ya da 01.10.2008 tarihinden sonra ilk defa 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar için yaş şartı kadınsa 58, erkekse 60 olarak kabul edilmiştir (SSGSSK m.28). Yaş şartı bakımından öngörülen bu sınır, 2036 yılına kadar herhangi bir değişiklik olmadan bu şekilde devam edecek, 2036'dan itibaren 2048'e kadar ise, kademeli olarak artırılabilecektir (SSGSSK m. 28/I,b)¹³⁰⁷. Yaş koşulunda 2036'dan 2048 tarihine kadar gerçekleşecek artış şu şekilde olacaktır: 1/1/2036 ilâ 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61; 1/1/2038 ilâ 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62; 1/1/2040 ilâ 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63; 1/1/2042 ilâ 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64; 1/1/2044 ilâ 31/12/2045 tarihleri arasında

¹³⁰⁵ **Ergin**, Geçiş Hükümler, 85. Bu durumun benzerinin 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinin bazı hükümlerinin iptal edilmesinden sonra yaşandığını belirtmek yanlış olmaz. Gerçekten aşağıda da açıklanacağı üzere, geçici 81. madde yerine yeni düzenleme, 23.05.2002 tarihinde kabul edilen 4759 sayılı Kanunla yapılmıştır. Kanun 01.06.2002'de yürürlüğe girmesine rağmen, sigortalılık süresi açısından kanunun kabul edildiği 23.05.2002 esas alınmıştır, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 11. Bası, 439.

¹³⁰⁶ **Okur**, Çalışmanın Etkisi, 2159.

¹³⁰⁷ Böylece sosyal güvenlik sistemimizde ilk defa bu kadar uzun bir dönem için düzenleme öngörüldüğü belirtilmiştir, bkz. **Okur**, Sosyal Güvenlik Reformu, 110; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 55; **Ergin**, Yaşlılık Aylığı, 179.

kadın için 63, erkek için 65; 1/1/2046 ilâ 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65; 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65¹³⁰⁸.

Düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere, sigortalılar arasında, öngörülen yaş şartı bakımından kural olarak hukuki statü temelinde herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu yaklaşım isabetlidir. Zira yapılan işin niteliği dikkate alınmadan, salt sigortalılık ilişkisini doğuran faaliyetin kaynağı göz önünde bulundurularak, yaş bakımından farklılık yaratılması eşitlik ilkesine aykırı olur. Başka bir deyişle, hukuki statü yaş şartında ayırım yapılmasını sağlayan haklı neden değildir. Buna mukabil aşağıda da ifade edildiği üzere, bazı kamu görevlileri ve devlet memurları için bu anlayıştan uzaklaşmıştır. Kadın-erkek arasında farklı yaş koşullarının değerlendirilmesi de aşağıda yapılmıştır. Bu tartışmalar yapılmadan önce öngörülen 65 yaş sınırı esas alınarak yapılan sınıflandırma da eşitlik ilkesi açısından incelenmelidir. İfade edelim ki, yürürlükteki düzenlemede yaş sınırlarının 65 yaş sınırından ibaret olmadığı, farklı olduğu ve bunların eşitlik ilkesi bakımından her dönem için değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak aşağıda da izah edildiği üzere, prim ödeme gün sayısının tamamlandığı dönemdeki yaş şartının esas alınması nedeniyle, kademelendirmeye konu yaş hadlerinin uygulama alanı oldukça sınırlı olacaktır. Bu bakımdan nihai olarak getirilen 65 yaş sınırıyla yapılan sınıflandırmanın eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmesi yapılmalıdır. Yaş sınırının keyfi biçimde belirlenmesi, sınıflandırmanın da keyfi yapıldığı anlamına geleceğinden, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

Yaşlılık haline esas yaşın belirlenmesinde daha önceden ortaya koyduğumuz nedenlerin dikkate alınması, kanun koyucunun eşitlik ilkesine uygun sınıflandırma yaptığı anlamına gelir. Gerçekten, yaş sınırının belirlenmesinde ülkenin demografik yapısı, nüfusun ortalama yaşam beklentisi, çalışan nüfus ile aylık alan nüfus arasındaki denge gibi hususlar dikkate alınmalıdır¹³⁰⁹. Oysa, 5510 sayılı Kanunla SGK'nun açıkları

¹³⁰⁸ 30, 42 yıl önceden emeklilik yaşının belirlenmesinin anlam ifade etmediği ileri sürülmüştür, bkz. **Okur**, Reform, 22.

¹³⁰⁹ **Tuncay/Ekmekçi**, 392. Diğer taraftan, sosyal yardımlardan yararlanmak için hukuki düzenlemelerin esas alındığı kronolojik yaş sınırı ile yaşlılık sigortasından faydalanmak için öngörülen kronolojik yaş sınırları arasında ülkeler bakımından bazı farklılıklar olmasına rağmen, 65 yaş haddinin uluslararası alanda kabul görmüş ve yaygın bir uygulama zemini bulduğu belirtilmiştir, bkz. **Altan/Şişman**, 6.

kapatılmaya çalışılmış ve bu amaç Kanunun gerekçesinde ifade edildiği gibi, aylıklara hak kazanmak için öngörülen yüksek yaş sınırları ve prim ödeme gün sayıları ile de desteklenmiştir¹³¹⁰. Bu şekilde kapsamdaki sigortalıların aylıklara hak kazanma koşulları ağırlaştırılmıştır. Aynı husus, yaşlılık aylığı şartlarında da söz konusudur. Yargıtayın bir kararında da ifade edildiği üzere, “...herhalde, gereğinden çok Kurumun paraca güçsüzlüğünden endişe duymak ve sosyal güvenlik alanını daraltmak; böylece asıl olanın sanki sosyal güvenlik değilmiş de Kurumu paraca güçlendirmek anlayışına saplanmak ve aslında sosyal güvenliğin aracı olan Kurumu doğrudan doğruya amaç durumuna getirmek düşüncesi reddolunmalıdır...”¹³¹¹.

Öğretide de yürürlükteki düzenlemede yaş aralıkları belirlenirken belirli bir ölçünün esas alınmamış olduğu, ILO’nun önerisi gereğince çalışan nüfusun %10’unu emekli edecek yaşın benimsendiği iddia edilmiştir¹³¹². Bundan başka öğretilerde söz konusu sınırın ülkemiz için oldukça yüksek olduğu, sigortalıların prim ödeme gün sayısını tamamlamalarına rağmen yaş koşulunu beklemek zorunda olduğu da ileri sürülmüştür¹³¹³. Buna ilişkin olarak, 2008 yılında 20 yaşında çalışmaya başlayan bir kimsenin aralıksız çalıştığı kabul edildiğinde, 2028 yılında 20 yılını yani 7200 günü tamamlayacağı ve o tarihte 40 yaşında olacağı ancak 60 yaşını dolduracağı 2048 yılına kadar aylık bağlanmasını bekleyeceği ifade edilmiştir¹³¹⁴. Bu görüş haklı olabilecekse de, sigortalının prim ödeme gün sayısını tamamladıktan sonra uzun süre beklememesi için yaş şartını düşürmenin, genç yaşta emekliliğin yolunu açacağı ve Kurumun aktüeryal dengesini bozarak, bugünkü yaşadığı ekonomik sıkıntıların artmasına neden olacağı unutulmamalıdır. Diğer taraftan, uzun süre beklemenin önüne geçmek adına prim ödeme gün sayısını artırmak ise, özellikle iş sözleşmesine tabi olanlar için fiili iş ilişkisinin uzun süre sürdürülmesi anlamını taşır. Ülkemizdeki istihdam olanakları düşünüldüğünde, daha uzun süre prim ödenmesini kabul etmek uygun olmaz.

¹³¹⁰ Reformun yapılış gerekçesinin giderek artan sosyal güvenlik açıklarının mali bakımdan yük teşkil etmesi ve uluslararası para fonundan buna müdahalede bulunması olduğu, yani reformun daha iyi bir sosyal güvenlik hakkı için değil, sosyal güvenlik açıklarının kapatılması için olduğu belirtilmiştir, bkz. **Şakar**, Kazanılmış Haklar, 124.

¹³¹¹ Y. 10. HD., 07.03.1974 t. E.1422, K.2682, www.hukukturk.com

¹³¹² **Okur**, Yeni Tanımlar, 164; *aynı yazar*, Reform, 22.

¹³¹³ **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 54; **Ertük**, Genel Bakış, 1051.

¹³¹⁴ **Ertük**, Genel Bakış, 1051.

Öğretideki görüşler ve Yargıtay kararı doğrultusunda belirtmek gerekir ki, belirlenen yaş sınırı kanun koyucu tarafından daha çok ekonomik gerekçelerle tercih edilmiştir. Yaş sınırının belirlenmesinde dikkate alınması gereken yukarıda özetlediğimiz nesnel gerekçeler kanun koyucu tarafından kanun gerekçesinde dahi ortaya konmamıştır. Sonuç olarak, kanun koyucunun yaptığı sınıflandırma haklı nedene dayanmadığından eşitlik ilkesine aykırıdır.

bb) Kolaylaştırılmış Emeklilikte Aranılan Yaş Sınırı

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince sigortalılar, aynı maddenin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan yaş sınırlarına 65 yaşını geçmemek üzere, üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş/ödenmiş olmaları şartıyla da yaşlılık aylığına hak kazanabilirler¹³¹⁵. Bu seçenek, öğretide, ileri yaştakiler için kolaylaştırılmış emeklilik olarak da adlandırılmıştır¹³¹⁶. Bu düzenlemeyle bütün sigortalılara, gerçekleşmesi daha kolay şartlarla yaşlılık aylığına hak kazanma olanağı sunulmuştur. Gerçekten, kolaylaştırılmış seçenekte m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalıların adına 7200 gün prim bildirmesi, m. 4/I,(b) ve (c) kapsamındaki sigortalıların ise, adına 9000 gün prim ödenmesi/bildirilmesi gerekli değildir¹³¹⁷. Ayrıca, olağan emeklilikte de olduğu gibi farklı hukuki statüde sigortalı olanlar arasında yaş şartı konusunda da farklılık öngörülmemiştir. Kısaca, kolaylaştırılmış seçenek, belirli sigortalılar için değil, çalışma ilişkisi ne olursa olsun bütün sigortalılar için aynı kapsamda kabul edildiğinden eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

İfade etmek gerekir ki, olağan emekliliğe göre gerçekleşmesi daha kolay şart, sadece prim ödeme gün sayısı açısından söz konusu olup, tamamlanması gereken yaş şartı bakımından kolaylık öngörülmemiştir. Bilakis, 5400 gün prim ödeyerek emekli olmak isteyen sigortalının ulaşması gereken yaş sınırı, genel kurala göre belirlenen yaştan üç

¹³¹⁵ Öğretide 506 sayılı Kanunda yer alan kadınlar 58, erkekler ise, 60 yaşını doldurmuş olmak, 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün prim ödemek koşuluyla yaşlılık aylığına hak kazanırlar düzenlemesi, yürürlükteki hükümlerle benzer bulunmuştur, bkz. **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 86.

¹³¹⁶ **Okur/Ergin**, 1452; **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 54; **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 86.

¹³¹⁷ **Uşan**, 209.

yaş daha fazla olmalıdır¹³¹⁸. Bu bakımdan öğretide bu seçenek için yapılan “ileri yaştakiler için kolaylaştırılmış emeklilik” adlandırması isabetlidir.

Genel kurala göre tamamlanması gereken yaş şartına 3 yıl eklenmesi, 5754 sayılı Kanunla getirilen sınırlama sonucu 65 yaşı geçmemek üzere kabul edilmiştir¹³¹⁹. Kanunun ilk halinde ise, herhangi bir üst sınır getirilmeksizin yaş hadlerine 3 yıl ilave yapılması öngörülmüştü¹³²⁰. Yürürlükteki düzenleme ile üst sınır getirildiği için bazı sigortalıların yaşına eklenecek yıl 3 olurken bazılarının 1 ya da 2 yıl olacaktır. Değişiklik sonrası söz konusu düzenlemeye göre örneğin, 01.01.2040-31.12.2041 tarihleri arasında 5400 gün prim ödeme gün sayısını tamamlayarak, aylık talebinde bulunan erkek sigortalı için kolaylaştırılmış emeklilik bakımından yaş şartı, 65 (63+3=66), kadın sigortalı içinse 64 (61+3) olacaktır. Kolaylaştırılmış emeklilikte yaş şartının 3 yıl artırılmasına ilişkin düzenleme erkekler için 01.01.2040’dan, kadınlar içinse 01.01.2042’den itibaren üst sınır nedeniyle anlam ifade etmez. Sonuç olarak, üst sınır getiren düzenlemenin gereği, 63 yaşındaki bir kimse için 2 yıl, 64 yaşındaki bir kimse için 1 yıl ekleme yapılır; 65 yaş ve üstü için ise ekleme yapılmaz. 62 ve alt yaştakiler içinse 3 yıl ekleme söz konusu olur. Böylece, 62 yaş altı ile 62 yaşının üzerindeki arasında üst sınır getirilerek fark yaratılmıştır. Böyle bir üst sınır getirilmeseydi, sigortalının tamamlaması gereken yaş, prim ödeme/bildirme gün sayısının gerçekleştirildiği yıla göre 66, 67 veya 68 olacaktı. Olağan emeklilik için 65 yaş sınırı bile haklı olarak fazla kabul edilirken, bunun daha fazla artırılması hiç isabetli olmayacaktı¹³²¹. Dolayısıyla, sigortalıların 62 yaşına ve daha ileri yaşlara gelmesinden itibaren yaş şartının 65 olarak uygulanması, anılan gerekçe karşısında haklı olduğundan eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu değildir. Farklı bir ifadeyle, kanun koyucunun yaş sınırının daha fazla yükseltilmemesi amacıyla hareket etmesi, meşru olma özelliğini ve bu amacı gerçekleştirmek için düzenlenen norm da elverişli ve gerekli olma niteliğini haizdir.

¹³¹⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 553; Tuncay/Ekmekçi, 396, 397; Sözer, Sosyal Sigortalar, 357.

¹³¹⁹ Ertük, Genel Bakış, 1052.

¹³²⁰ Böylece Kanunun ilk şeklinde 01.01.1048 tarihinden itibaren 65 yaş olarak görülen emeklilik yaşı, bu düzenlemeyle 68’e çıkartılmıştı. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu düzenleme Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Sosyal Güvenliğin asgari Normları Hakkında 102 Uluslararası Çalışma Sözleşmesi’nin 26. maddesine aykırıydı, ayrıca bkz. Okur/Ergin, 1452; Ergin, Geçiş Hükümleri, 86.

¹³²¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 554, 555.

Genel kurala göre emeklilik ile kolaylaştırılmış seçeneğe göre emeklilik, örnekle şu şekilde açıklanabilir: 2036 yılında emekli olmak isteyen m. 4/I,(a) kapsamındaki kadın sigortalının adına 7200 gün prim bildirilmesi ve 59 yaşını doldurması gerekirken; aynı yıl 62 yaşını doldurmuş kadın sigortalı adına ise 5400 gün prim bildirilmişse, kendisinin talebi halinde yaşlılık aylığı bağlanabilir¹³²². Bu şekilde kanun koyucu takdir hakkı sınırları içinde kalarak, ayrı seçenekleri tercih eden sigortalılar arasında fark yaratmıştır. Ancak bu farklılığın yukarıda da izah ettiğimiz üzere eşitlik ilkesine aykırı tarafı yoktur.

Aynı dönemde sigortalı olanlar arasında yaptığımız değerlendirme yanında farklı dönemde sigortalı olanların da durumu eşitlik ilkesi bakımından incelenmelidir. Başka bir deyişle, bir gün gecikmeyle sigortalı olanların durumunun kanun koyucu tarafından ne şekilde gözetildiği ortaya konmalıdır. Çalışmamızda sıklıkla vurguladığımız üzere, sadece sigortalı olunan tarih, sigortalılar arasında aylığa hak kazanma şartları bakımından önemli farklılıklar yaratılmasını sağlamaz. Geçiş süreci öngörülerek şartlar bakımından artışın dengeli biçimde sağlanması gerekir. Yukarıda da açıklandığı üzere, 5510 sayılı Kanunun 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olup, 08.09.1999 tarihinden sonra 30.04.2008'den önce ilk defa sigortalı olanlar için kolaylaştırılmış emeklilik seçeneği gereğince tamamlanması gereken yaş 58-60, ödenmesi gereken prim gün sayısı 4500 ve doldurulması gereken sigortalılık süresi ise 25 yıldır (5510 s.K. geç.m.9/I). İlk defa 5510 sayılı Kanun döneminde (30.04.2008'den sonra) sigortalı olanlar bakımından sigortalılık süresine yer verilmemişken, yaş haddi ile prim ödeme gün sayısı ise artırılmıştır.

Prim ödeme gün sayısındaki artış dikkate alınarak, 5510 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinin yedinci fıkrasında, ilk defa 5510 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan ve m.4/I,(a) kapsamında sigortalı sayılarak aylık bağlanacaklar için kolaylaştırılmış emeklilik seçeneğine ilişkin kademeli geçiş öngörülmüştür. Bu geçiş hükmü, sadece ilk defa 30.04.2008-31.12.2008 tarihleri arasında veya 01.01.2009'den sonra iş sözleşmesine tabi sigortalı olanlar için kabul edilmiştir. Buna göre, 5400 günlük süre ilk defa; 30.04.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4600

¹³²² Yukarıda olağan emeklilik koşulları incelenirken de değinildiği üzere, kişi 01.01.2036 tarihinden önce sigortalı olursa ve ancak kademelendirmeye tabi dönemde 5400 gün prim ödeme/bildirme şartını sağlarsa, şartı sağladığı dönemde öngörülen yaş haddi, aylık bağlamada esas alınır.

gün olarak, 01.01.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar içinse her takvim yılı başında 4600 güne 100 gün eklenmek suretiyle 5400 günü geçmemek üzere uygulanacaktır. Böylece, 30.04.2008 tarihinden önce ilk defa sigortalı olan ve 5510 sayılı Kanunda m.4/I,(a) çerçevesinde sigortalılığı devam edenler bakımından 4500 günlük prim ödeme sayısı, 30.04.2008 tarihinden sonra 31.12.2008'den önce sigortalı olanlar için 4600 olarak kabul edilerek sigortalı olunan tarihe göre yaratılan eşitsizlik giderilmeye çalışılmıştır. Farklı bir ifadeyle, kanun koyucu bir günlük farkla sigortalı olanlar arasında prim ödeme gün sayısı açısından makul, adil ve ölçülü geçiş öngörmek istemiştir.

Prim ödeme gün sayısının açıklanan biçimde neredeyse eşit duruma getirilmesiyle kolaylaştırılmış seçenek bakımından haksızlık giderilemez. Zira 30.04.2008'den önce ilk defa sigortalı olan bir kimsenin prim ödeme gün sayısı yanında, 25 yıl sigortalılık süresini ve kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını tamamlaması gerekmektedir. Yürürlükteki düzenlemede yaş sınırlarına 3 yıl eklenecek olması, şartları geçmişe göre ağırlaştırmaktadır. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun gereğince ilk defa sigortalı olanlar için geçiş hükmü ile yaş bakımından da kolaylık sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu şekilde sigortalı olunan tarihe göre yapılan geçiş adil ve ölçülü olurdu. Gerçekten, kanun koyucu takdir hakkına dayanarak toplumun yapısını ve değişen şartları gözeterek sigorta yardımlarına hak kazanma şartlarında değişiklik yapma hakkını haiz olup, bu amaç meşrudur. Ancak benimsediğimiz anlayış çerçevesinde bu amaç gerçekleştirilirken kullanılan araçların da (normların) gerekli olması gerekir. Farklı bir ifadeyle, söz konusu amaca eşitliğe aykırı sonuçlar doğuran yasal düzenleme dışındaki ancak eşitliği bozmayan bir düzenlemeyle erişilmesi mümkündür. Kanun koyucu farklı tarihlerde sigortalı olanlar arasında geçiş hükümlerini düzenlerken yaş bakımından da kolaylık sağlayarak, izlenen amaç ile yapılan ayrımcı davranışın ölçülü olmasını sağlayabilirdi.

Prim ödeme gün sayısına yönelik benzer geçiş hükmü, ilk defa 30.04.2008'den önce sigortalı olan ancak sigortalılığı m.4/I,(b) ve (c) kapsamında devam edenler için

öngörülmemiştir¹³²³. Bu durum, eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, 5510 sayılı Kanundan önce ilk kez sigortalı olan bağımsız çalışan kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını tamamlayınca ve 15 tam yıl prim ödeyince; devlet memurları ve kamu görevlileri ise kadın veya erkek 61 yaşını ve 15 yıllık fiili hizmet süresini doldurunca kısmi yaşlılık aylığına hak kazanırlar. Söz konusu 15 yıllık süreler, 5400 güne denk gelmektedir. Dolayısıyla, bağımsız çalışanlar ve kamu görevleri için eskiye oranla farklı prim gün sayısı belirlenmemiştir. Buna mukabil, yaş şartı bakımından kimi haller için ağırlaşma olmuştur. Zira yaş haddine 3 yaş eklenince bazı durumlarda, mülga kanunlarda bağımsız çalışanlar için kabul edilen 60 ve 62 yaşının, devlet memurları ve kamu görevlileri için öngörülen 61 yaşının aşılması söz konusu olacaktır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, yaş şartı bakımından geçiş hükmünün öngörülmesi eşitlik ilkesi açısından isabetli olurdu.

cc) Erken Yaşlananlar İçin Yaş Sınırı

Sosyal güvenlik sistemimizde kural olarak belirli bir kronolojik yaş, yaşlılık aylığı yardımının yapılabilmesi için gerekli olan yaş olarak kabul edilmiştir¹³²⁴. Buna mukabil, takvim yaşına mutlak şekilde bağlı kalınması eşitsizliklere yol açabilir. Gerçekten, bir sigortalı erkek 60, kadın ise 58 yaşını doldurmadan önce, bu yaşı tamamlamış olanlara göre biyolojik yaşlarından dolayı aynı durumda hatta daha kötü durumda olabilirler. Zira yaştan bağımsız olarak kişinin sağlık durumu, cinsiyetine, çevre şartlarına, yaşanılan ülkenin sosyal yapısına göre değişkenlik gösterebilir¹³²⁵. Biyolojik yaşla, kronolojik yaş arasında büyük farklılıklar oluşabilir¹³²⁶. Bu kişilere aynı yaşta emeklilik hakkı tanımak, gerçekte aynı yaşta olmayanlara eşitsizlik yapıldığı anlamına gelir. Dolayısıyla, biyolojik olarak erken yaşlananlara daha erken yaşta emekli olma olanağının tanınması haklı nedene dayanmaktadır.

Kanun koyucu da bu olasılığı göz önüne alarak, erken yaşlananlara ilişkin özel koşullar öngörmüştür. Bu bağlamda, 55 yaşını dolduran ve erken yaşlanmış¹³²⁷ olduğu tespit

¹³²³ Ergin, Geçiş Hükümleri, 86.

¹³²⁴ Uşan, 209.

¹³²⁵ Şakar, Yaşlılar, 21.

¹³²⁶ Tuncay/Ekmekçi, 384.

¹³²⁷ Erken yaşlanma halinin tanımı, Maluliyet Tespit İşlemleri Yönetmeliğinin 14. maddesinde yapılmıştır. Buna göre, “Kanunda yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen yaş şartı dışındaki diğer şartları taşıyan ve 55 yaşını

edilen sigortalılar, yaş dışındaki diğer şartları sağlamaları halinde yaşlılık aylığından yararlanabilirler¹³²⁸ (m.28/VII). Sonuç olarak erken yaşlandığı belirlenen sigortalı, iş sözleşmesine tabi çalışıyorsa, 7200 gün; bağımsız çalışıyorsa ya da devlet memuru veya kamu görevlisi konumunda ise, 9000 gün prim ödeyerek yahut hangi kapsama dahil olursa olsun 5400 gün prim ödeyerek/bildirerek aylığa hak kazanır¹³²⁹. Söz konusu olanak belirli kapsamdaki sigortalılar için değil, hukuki statüsü ne olursa olsun bütün sigortalılar için cinsiyet ayrımı yapılmaksızın kabul edildiğinden, eşitlik ilkesine uygundur.

dd) Ulaşılması Gereken Yaş Sınırının Belirlenmesinde Prim Ödeme Gün Sayısının Tamamlandığı Zamanın Dikkate Alınması Nedeniyle Ortaya Çıkan Eşitsizlik

Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde kabul edilen yaş sınırlarının nasıl uygulanacağı ortaya konmalıdır. Farklı bir deyişle, 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olan kişi için yaşlılık aylığına hak kazanması adına, ulaşması gereken yaş sınırının ne şekilde tespit edileceği açıklanmalıdır. Her ne kadar sigortalı olunan zamana göre ya da emekli olunmak istenen tarih uyarınca, tamamlanması gereken yaşı belirlenmesi düşünülecekse de, 28. maddesinin ikinci fıkrasında, olağan

dolduran sigortalıların; dikkat, algı, bellek, kavrama ve soyutlama gibi işlevlerin kaybı olan bilişsel yaşlanma ile fizyolojik ve psikolojik yaşlanma hali tayin ve tespit edilenler, erken yaşlanmış sayılırlar.” İfade edelim ki , “Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği”nin yürürlükten kaldırılan 25. maddesine göre, Kanunda yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen yaş şartı dışındaki diğer şartları taşıyan ve 55 yaşını dolduran sigortalılardan biyolojik yönden, bu yaşı doldurmuş bir insan derecesinde yaşlanmış ve çalışma gücünün bu seviyeye düşmüş olduğu tayin ve tespit edilenler, erken yaşlanmış sayılırlar. Kısaca ifade etmek gerekirse, yaşlılık aylığından yararlanma yaşını doldurmamış ancak biyolojik yönden bu yaşı doldurmuş bir insan kadar yaşlanmış ve çalışma gücü bu düzeyde düşmüş olanlar erken yaşlanmış sayılırlar, **Tuncay/Ekmekçi, 405.** Erken yaşlanma halinin tespitine esas alınmak üzere sağlık hizmeti sunucuları tarafından düzenlenen raporlar dikkate alınarak, erken yaşlanma halinin bulunup bulunmadığına Kurum Sağlık Kurulunca karar verilir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu, 475; Tuncay/Ekmekçi, 405.**

¹³²⁸ 5754 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapılmadan önce 55 yaş şartın 50 olması kabul edilmişti. Erken yaşlananların, durumlarını tespit eden rapor almadan yaşlılık aylığı talebinde bulunmaları halinde, öncelikle bunların Kurumca yetkilendirilen sağlık kuruluşuna sevk edilerek durumlarını gösterir sağlık kurulu raporunun temin edilmesi gerekir, **Tuncay/Ekmekçi, 405.**

¹³²⁹ 506 sayılı Kanun döneminde erken yaşlandığı belirlenen sigortalıların aylık alabilmesi için iki seçenek kabul edilmişti (m.60,(D),(a)). 1479 ve 5434 sayılı Kanunlarda ise, benzer düzenleme yer almamaktaydı. 506 sayılı Kanundaki düzenleme uyarınca, 50 yaş ve 7000 gün prim ilk seçeneği; 50 yaş, 4500 gün prim ayrıca 25 yıl sigortalılık süresi ise ikinci seçeneği oluşturmaktaydı. Öğretide, 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesi ve geçici 7. maddenin birinci fıkrası gereği, 506 sayılı Kanuna göre ilk defa sigortalı olanların bu iki seçenekten birini seçme hakkını haiz olduğu ileri sürülmüştür, **Sözer, Sosyal Sigortalar, 346.** Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, 5510 sayılı Kanunda açıkça *yürürlükten kaldırılan düzenlemelerin uygulanması* gerektiği şeklinde atıf bulunmadığı durumlarda, mülga kanunlar döneminde sigortalı olanların tabi olduğu şartlar 5510 sayılı Kanunda bulunan geçiş hükümlerine göre belirlenmelidir. Geçiş hükümlerinde bir düzenleme olmadığı sürece, mülga kanunlar zamanında sigortalı olanlar için de, 5510 sayılı Kanununda ilk defa sigortalılara uygulanacak olan hükümler dikkate alınmalıdır.

emeklilik için yaş sınırlarının uygulanmasında, prim gün sayısının doldurulduğu tarihteki yaş haddinin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan, emekli olunmak istenen tarih esas alınamaz¹³³⁰. Öğretide bu durum, prim ödeme gün sayısının tamamlandığı tarihteki yaş şartının, aylık bağlanması açısından dikkate alınması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir¹³³¹. Örneğin, 01.02.2038 tarihinde sigortalı olan bir kimse, öngörülen prim ödeme gün sayısını (7200 veya 9000) tamamladığı zamanki geçerli olan yaş sınırına göre yaşlılık aylığına hak kazanır. Bu kişi m.4/I,(a) kapsamında sigortalı ve 18 yaşından önce de çalışmamışsa, en erken 20 yıl (7200 gün) sonra yani 2058 yılında prim ödeme gün sayısını tamamlar ve söz konusu dönem için 65 yaş şartı kabul edildiğinden, 65 yaşını doldurmasıyla beraber aylığa hak kazanır. Sonuç olarak bu sigortalı için, sigortalılığın başladığı 01.01.2038-31.12.2039 tarihleri için öngörülen 60, 62 yaş şartı ya da kademelendirmeye konu diğer yaş sınırları uygulanmaz. Esasen, 01.01.2036 tarihinden itibaren sigortalı olan herkes için ulaşılması gereken yaş haddi 65'tir. Zira kişi m.4/I,(a) hükmüne tabi ise en erken 20 yıl sonra; m.4/I,(b) veya (c) kapsamındaysa en erken 25 yıl sonra prim ödeme gün sayısını tamamlar. Bu durum 2056 veya 2061 yılına denk geldiği için 65 yaş sınırı uygulanır.

Öncelikle 58-60 yaş sınırlarının hangi tarihten itibaren uygulanabilir olduğu ortaya konmalıdır. Yaş şartının 58-60 olarak uygulanması, m.4/I,(a) kapsamındakiler için ancak 30.04.2008-31.12.2015; m.4/I,(b) ve (c) hükümlerine tabi olanlar içinse 30.04.2008-31.12.2010 tarihleri arasında sigortalılığın başlaması halinde anlam ifade eder. Örneğin, 11.10.2010 tarihinde ilk defa sigortalı olan erkek, m.4/I,(b) veya (c) kapsamındaysa ve 11.10.2035 tarihinde 9000 gün prim ödemiş/adına bildirilmiş ise, yaş şartı kendisi için 60 olarak uygulanır¹³³². Farklı bir ifadeyle, prim ödeme gün sayısını 2036 yılına kadar tamamladığı için artan yaş haddinden etkilenmez. Ancak 9000 gün prim ödeme şartını 02.01.2036 tarihinde tamamlamış ise, yaş sınırı 61 olur¹³³³.

¹³³⁰ Ertürk, Genel Bakış, 1051.

¹³³¹ Tuncay/Ekmekçi, 396; Uşan, 211.

¹³³² Öğretide şu örnek verilmiştir: "31.12.2035 tarihinde 9000 (4/a lılar için 7200) gün prim ödeme gün sayısı tamamlanmışsa, kadın 58 ve erkek 60 yaşında; 01.01.2036 tamamlanmışsa, kadın 59, erkek 61 yaşında; 01.01.2042 yılında tamamlanması halinde ise, kadın için 62, erkek için 64 yaş aranır" bkz. Uşan, 211.

¹³³³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 553; Öğretide haklı olarak prim ödeme gün sayısını tamamlayan sigortalıların uzun süre yaş şartının tamamlanmasını beklemek zorunda kalacaklardır, bkz. Sözer, Sosyal Sigortalar, 357; Ertürk, Genel Bakış, 1051.

İkinci olarak, kademelendirmeye konu olan yaş sınırlarının uygulanması üzerinde durulmalıdır. Prim ödeme gün sayısının en erken 20 ve 25 yılda tamamlanabileceği düşünüldüğünde, kademelendirme 01.01.2028 tarihinden önce m.4/I,(a) ve 01.01.2023'den önce m.4/I,(b) ve (c) çerçevesinde sigortalı olanlar için anlam ifade eder. Daha net bir söylemle, bu tarihlerden önce sigortalı olanlar kademelendirmedeki aralıklardan birine dahil olma olanağına sahiptir. Aksi halde, yaş sınırı 65 olur. Bundan başka 01.01.2016'da ya da daha sonra (ancak 01.01.2028'den önce) sigortalı olan m.4/I,(a) kapsamındaki kişi en erken 20 yıl sonra; 31.12.2010'da veya daha sonra (ancak 01.01.2023'den önce) sigortalı olan m.4/I,(b) ve (c) hükmüne tabi kişi ise, en erken 25 yıl sonra prim ödeme/bildirme gün sayısını tamamlayacağından kademelendirmeye tabi olur.

Görüldüğü üzere, 58-60 yaş haddinin ve kademelendirmenin uygulanması son derece sınırlı hale getirilmiştir. Kademelendirmede her ne kadar artışlar arasında denge var gibi gözükse de, prim ödeme gün sayısının tamamlandığı tarihin esas alınması nedeniyle yukarıda da ortaya konduğu üzere, geçiş aralıkları çok fazla olmuştur. Başka bir deyişle, ayırım yapılmasına sebebiyet veren unsur dolayısıyla geçiş aralıklarının adil, makul ve ölçülü olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Sadece, sigortalı olunan dönemde, prim ödeme gün sayısının da tamamlandığı olasılıklar için geçiş döneminin makul olduğu savunulabilir.

Sonuç olarak, aynı tarihte sigortalı olanlar arasında *prim ödeme gün sayısı* dikkate alınarak ayırım yapılması isabetli olmamıştır. Farklılık, ölçülü biçimde yapılmadığından haklı neden de bulunmamaktadır. Kanımızca, yaş haddinin belirlenmesinde sigortalı olunan tarihin esas alınması gerekirdi. Gerçekten, primlerin ödenmesi ya da bildirilmesi, iş ilişkisinin devamıyla ilgilidir. Ülkemiz koşullarında özellikle işçilerin sürekli biçimde işe sahip olması zorluk göstermektedir. Dolayısıyla, sigortalılar kendilerinden kaynaklanmayan nedenlerle prim ödeme gün sayılarını geç tamamladıklarında, ulaşmaları gereken yaş sınırı da ağırlaşacaktır. Prim ödeme gün sayısının tamamladığı tarihe göre, başka bir deyişle iş ilişkisinin devamına göre, bu şekilde farklılık yaratılması isabet taşımamaktadır.

Kolaylaştırılmış emekliliğe yönelik 5400 gün prim şartının öngörüldüğü üçüncü fıkrafta, olağan emeklilik halinin düzenlendiği ikinci fıkraftan farklı olarak, “...*prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadleri esas alınır...*” biçimindeki ifadeye yer verilmemiştir. Bu noktada, kolaylaştırılmış emeklilik açısından tamamlanması gereken yaş sınırının ne şekilde belirleneceği ortaya konmalıdır. Olağan emeklilik için geçerli olan durumun kolaylaştırılmış emeklilik için de kabul edilmesi gerektiği, zira genel kuraldan ayrılmayı haklı kılan neden olmadığı ve kolaylaştırılmış emeklilik seçeneğinde, 5400 gün prim ödeme şartının sağlandığı dönemdeki yaştan üç yıl artırılmasıyla, yaş haddinin belirleneceği ileri sürülebilir. Ancak diğer taraftan, kolaylaştırılmış emeklilikte sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmaları için tamamlamaları gereken yaş sınırının kanun koyucu tarafından zaten artırıldığı ve dolayısıyla olağan emeklilikte öngörüldüğü şekilde yaş sınırını artırmaya yönelik bir istisnai hükme yer kalmadığı da ifade edilebilir. Ne var ki kanımızca, Kanunda istisnai düzenleme açıkça yer almadığından genel kuralda benimsenen anlayış, kolaylaştırılmış emeklilikte yaş sınırının belirlenmesinde de dikkate alınmalıdır.

ee) Kadınlara Daha Erken Yaşta Emekli Olma Olanakları Sağlayan Düzenlemeler

aaa) Takvim Yaşının Erken Belirlenmesi

Olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik halleri bakımından her ne kadar hukuki statü temelinde ayırım yapılmamışsa da, ulaşılması gereken yaş sınırında cinsiyete dayalı farklılık yaratıldığı görülmektedir. Herhangi bir haklı neden yokken, kadınlara erkeklerden farklı davranılmasının benimsenmesi -birinci bölümde benimsediğimiz anlayış çerçevesinde- ayrımcılık oluşturur. Bu bağlamda daha önce de ifade ettiğimiz üzere her ayırım değil, haklı neden olmaksızın yapılan ayrımlar hukuka aykırıdır. Kanun koyucunun ayırım yaptığı hallerde farklılığı haklılaştırması gerekir. Sosyal güvenlik hukukunda maddi eşitlik anlayışı geçerli olacağından, kanun koyucu kadınların durumunu gözetmeli ve kadınları erkeklerle gerçek anlamda eşit hale getirmelidir. Hatırlanacağı üzere Anayasanın 10. maddesinde, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve Devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü

bulunduğu, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Çalışmamızda ise, Anayasa'da böyle bir hüküm olmasa dahi maddi eşitliği sağlamakla yükümlü devletin kadınlar lehine düzenlemeler yapması gerektiğini belirtmiştik. Ancak kanun koyucunun bu doğrultuda kadınlarla erkekler arasında gerçek eşitliği sağlamak amacıyla, iyi niyetle hareket ettiği her durumda gerçek eşitliğin sağlandığını savunmak mümkün değildir. Başka bir deyişle, eşitliği sağlamak üzere yapılan iyi niyetli düzenlemeler, bazı durumlar bakımından eşitsiz sonuçlar doğurmaktadır. İyi niyetin, normun eşitlik ilkesine aykırılığını ortadan kaldıran bir durum olmadığı açıklanmıştır. Bu bakımdan kadın ve erkek arasında farklı yaş sınırlarının eşitlik ilkesi açısından değerlendirilmesinde sadece kanun koyucunun iyi niyetli amacı esas alınamaz.

Toplumsal yapımız dikkate alındığında, kadınların iş yaşamında ve özel yaşamda daha fazla yük aldığı ve buna bağlı olarak daha erken yaşta iş yaşamından çekilme ihtiyacı duydukları bilinmektedir. Farklı bir deyişle, kadının aile içindeki rolü daha erken emekli olmalarına sebebiyet verir¹³³⁴. Ülkelerin çoğunda, kadınların erkeklerden daha uzun ömürlü olmalarına rağmen çalışma güç ve isteklerini, erkeklere oranla daha erken kaybetmeleri nedeniyle, kadınlar için ayrı emeklilik yaşı saptanmaktadır¹³³⁵. Bu ülkelerde ortalama emeklilik yaşının erkeklerde 55-70, kadınlarda ise 50-65 yaşları arasında değiştiği söylenmektedir¹³³⁶. Bu anlayış çerçevesinde hareket edenler, yaşlılık aylığına hak kazanmada cinsiyet nedeniyle yapılan ayrımın haklı nedene dayandığını savunurlar. Ülkemizde de kanun koyucu sadece 5510 sayılı Kanunla değil, yukarıda da ifade edildiği üzere önceki dönemde yürürlükte olan kanunlarla bu durumu göz önüne almış ve kadınların erken yaşta emekliliğini kabul etmiştir.

Günümüzde genel eğilim ise, kadınlarla erkeklerin eşit haklara sahip olması gerektiği yönündeki anlayışla bunların aynı yaşta emekli olmasıdır¹³³⁷. Nitekim, 5510 sayılı Kanunda da 2048 yılından sonra, cinsiyet temelinde yapılan ayrım kaldırılmış ve yaş

¹³³⁴ Tuncay/Ekmekçi, 385.

¹³³⁵ Tuncay/Ekmekçi, 385.

¹³³⁶ Tuncay/Ekmekçi, 385.

¹³³⁷ Nitekim, Kanada, ABD, Fransa, Almanya, Hollanda, Finlandiya, Slovakya, İsveç, Norveç, İzlanda, İrlanda, Danimarka, Hindistan, Tunus, İspanya, Yeni Zelanda gibi pek çok ülkede de emeklilik yaşının kadın ve erkek için eşit saptandığı belirtilmiştir, bkz. Tuncay/Ekmekçi, 385.

koşulu eşit hale getirilmiştir. Yukarıda da tespit edildiği üzere, eşitlik ilkesi farklı durumda olanlara farklı muamele yapılması sonucunu doğurur¹³³⁸. Kadınların ve erkeklerin yaşlılık aylığına hak kazanmaları açısından ihtiyaç duyulan yaş sınırının farklı olmadığı, bunların eşit hale getirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Gerçekten, kadınların toplum içindeki rolü değiştirilmeli ve iş yaşamında daha uzun süre kalmalarını gerekli kılan düzenlemeler yapılmalıdır. Bu nitelikteki düzenlemelerin yapılması için toplumda yaygın olan anlayışın değişmesi beklenmemelidir. Zira kanun koyucu, yürürlüğe koyacağı düzenlemelerle bu anlayışı değiştirme çabası içine girmeli ve topluma yön vermelidir. Kadınların erkelerden daha kısa sürede iş yaşamını sonlandırmasına olanak sağlayan kanuni düzenlemeler, her ne kadar kadınlar lehine gibi gözükse de, kadınların çalışma hayatında erkeklerle aynı sürede kalmasını sağlamadığından eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu noktada, yaş sınırına ulaşılmış olmasının emekliliği zorunlu kılmadığı ve buna rağmen kadınların çalışmasına devam etme haklarının olduğu ileri sürülebilir. Ancak toplumda kadına yönelik algı değişmedikçe, sunulan bu olanaklar bir seçenek değil, zorunluluk olarak kabul edilmekte ve kadınların yaş sınırına ulaşmasıyla beraber iş yaşamından kopmalarını kolaylaştırmaktadır¹³³⁹. Kısaca ifade etmek gerekirse, kadınların çalışma hayatından erken ayrılmalarını sağlayan düzenlemeler esasen aleyhlerine olup, bunların erkekler kadar çalışma yaşamında bulunmalarının sağlanması suretiyle gerçek anlamda eşitlik hayata geçirilir.

bbb) Yaş Haddinden İndirim Yapılması

5510 sayılı Kanunla kadınlara erken emekli olma açısından yeni bir imkan tanınmıştır. Esasen kanunun ilk şeklinde bulunmayan olanak, 5754 sayılı Kanunla getirilmiştir¹³⁴⁰. Buna göre, emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul çocuğu bulunanların, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen prim ödeme gün sayısının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenir ve eklenen bu

¹³³⁸ bkz. §1, II, 2, c.

¹³³⁹ Öğretide de, kadın ve erkek arasında farklı emeklilik yaşlarının öngörülmesi bugün için isabetli olsa bile, kadının toplum içindeki rolü ve yeri değiştikçe kadın ve erkek arasında aynı koşulların kabul edilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmüştür, bkz. **Caniklioglu**, Ayrımcılık, 676, 677.

¹³⁴⁰ **Ertük**, Genel Bakış, 1051.

süreler emeklilik yaş haddinden de indirilir. (m.28/VIII). Madde metninden de anlaşılacağı üzere, özel koşulla emeklilik için talepte bulunan kişinin kadın sigortalı olması yanında, kadın sigortalının çocuğunun başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olması da gerekir¹³⁴¹.

Hükümde, prim ödeme gün sayıları toplamına, “prim ödeme gün sayılarının” ilave edileceğinden bahsedilmiştir. Bu noktada, m.4/I,(a) ve (c) hükümleri çerçevesinde sigortalı olanlar için de primlerin “ödenmesi” şeklinde sonuca ulaşmak mümkün değildir. Kanunda, anılan kapsamda sigortalı olanların aylığa hak kazanması için ödeme değil, bildirme şartı aranmıştır. Dolayısıyla, bu olanak için de aynı anlayışın geçerli olduğu kanısındayız. Bu bakımdan, iş sözleşmesine tabi çalışanlarla kamu görevlileri ve devlet memurları için 5510 sayılı Kanun döneminde *bildirilen* prim ödeme gün sayılarının da dörtte biri, prim ödeme gün sayısına eklenir. Bağımsız çalışanlar içinse diğer sigortalılardan farklı olarak, primlerin ödenmiş olması halinde, prim ödeme gün sayısına ekleme yapılır. Kanun genelinde yapılan bu ayrımın isabet taşımadığı düşüncesindeyiz.

Öğretide kapsamdaki kadın sigortalılara hem sigortalılık süresi hem de yaş bakımından kolaylık sağlandığı ve bu şekilde erken emekli olma imkanı getirildiği ifade edilmiştir¹³⁴². Esasen düzenlemede sigortalılık süresine herhangi bir ilave yapılması öngörülmemektedir. Ekleme sadece prim ödeme gün sayısı ile sınırlı olup, yaş haddinden ise indirim yapılır. Bu bağlamda, prim ödenerek geçirilen her 360 gün için 90 gün ilave edilmektedir. Prim ödeme gün sayısına ilave yapılırken, diğer taraftan emeklilik yaş sınırından da indirim gerçekleşir¹³⁴³. Bu anlayış, farklı biçimde de olsa, fiili hizmet süresi zammında da benimsenmiştir. Dolayısıyla, malul çocuğu olan kadın

¹³⁴¹ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 368.

¹³⁴² **Tuncay/Ekmekçi**, 405.

¹³⁴³ Prim ödeme gün sayıları toplamına eklenecek ve emeklilik yaş sınırından indirilecek süre, başka birinin sürekli bakımına muhtaç olma halinin başladığı tarih ile sona erdiği tarih arasında geçen süreye göre tespit edilecektir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 578. Örneğin, “01/11/2008 tarihinden itibaren çalışmaya başlayan kadın sigortalının, 01/01/2009 tarihinde doğan çocuğu hakkında , sağlık hizmeti sunucusu tarafından düzenlenen rapora göre 01/07/2011 tarihinden itibaren başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olduğuna Kurum sağlık kurulunca karar verilmiştir. 5510 sayılı Kanun 28 inci maddesi gereğince kadın sigortalının hizmetine ilave edilecek ve emeklilik yaşından düşülecek süreye esas hizmetinin başlangıç tarihi 01/07/2011 olacaktır.”, 2009/73 Numaralı genelgeden alınmıştır. Buna mukabil, 01.10.2008’den önceki bir tarihte çocuk malul olsa bile, 01.10.2008’den sonraki hizmetler değerlendirilecektir.

sigortalılar için fiili hizmet süresi zammına bağlanan sonucun benzeri öngörülmüştür. Öğretide, bu düzenleme sayesinde m.4/I,(a) çerçevesinde sigortalı olanın 5 yıl önce emekli olabileceği ileri sürülmüştür¹³⁴⁴.

Açıkladığımız olanakları sağlayan düzenleme hukuki statü bakımından herhangi bir fark yaratılmadan kabul edilmiş, ancak cinsiyet temelinde ayırım yapılmıştır. Bahsi geçen olanaktan sadece kadın sigortalılar faydalanabilirler. Eşitlik ilkesi bakımından inceleme yapabilmek için kadın ve erkek sigortalıların aynı ya da benzer durumda olması gerekir. Sigortalılara daha erken emekli olma hakkının tanınmasının nedeni, başkasının bakımına muhtaç derecede malul çocuğu olmak ve bu çocuğun bakımını yerine getirmektir. Söz konusu durum, cinsiyetten bağımsız olarak kadın için olabileceği gibi, erkek açısından da olabilir. Bunu cinsiyetle ilişkilendirmek makul ve adil değildir. Bu seçenekten yararlanmada hareket noktası, sigortalının başkasının bakımına muhtaç çocuğunun olup olmamasıdır. Dolayısıyla, cinsiyetin yapılan ayrımı haklılaştırmadığı düşüncesindeyiz¹³⁴⁵. Öğretide de, erkek sigortalının da sürekli başkasının bakımına muhtaç şekilde malul çocuğu varsa ve bu çocuğa bakacak başka kimse yoksa, bir diğer deyişle çocuğun bakımının erkek sigortalı yerine getiriyorsa, bu olanaktan yararlandırılmamasının nedenini bulmanın güç olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür¹³⁴⁶. Gerçekten, çocuğa bakacak başka kimse yoksa, erkeklerin ve malul durumdaki çocukların aleyhine eşitlik ilkesine aykırı düzenlemenin varlığı söz konusu olur.

Önemle ifade etmek gerekir ki, düzenlemenin eşitlik ilkesi bakımından isabet taşımaması, sadece çocuğa erkek sigortalıdan başka bakacak kimsenin olmadığı durumla sınırlı değildir. Kanımızca düzenleme kadınlar lehine değil, aleyhine ayrımcılık oluşturacak niteliktedir. Gerçekten, aile içinde çocuğa bakacak durumda olan anne olsa bile, erkeğe de bu hak tanınmalıdır. Örneğin malul çocuğun hem annesi hem de babası var ise, bu hak anne ve babaya birlikte tanınmalı, ancak sadece birisinin bu hakkı kullanarak erken yaşta emekli olması sağlanmalıdır. Ebeveynlerden sadece birisi sağ ise, hak sadece ona tanınmalıdır. Yukarıda benimsediğimiz anlayış çerçevesinde belirttiğimiz üzere, erken yaşta emeklilik hakkı sağlayan düzenlemelerin sadece

¹³⁴⁴ Tuncay, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 57.

¹³⁴⁵ Öğretide de düzenlemenin ayrımcı olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 577.

¹³⁴⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 577.

kadınlara verilmesi, kadınlara toplumda yüklenen “anne”, “eş” tanımlamalarından kaynaklanmaktadır. Oysa, kadınların da çalışma yaşamında mümkün olduğu kadar uzun tutulmasının sağlanmasıyla, gerçek anlamda eşitlik sağlanabilir. Belirttiğimiz şekilde yapılacak düzenleme ile erkek ve kadına iş yaşamını sürdürme bakımından fırsat eşitliği sağlanmış olacak ve seçme şansı kendilerine verilmiş olacaktır. Yürürlükteki düzenlemede ise, kadın sigortalının çalışma hayatını sona erdirerek, çocuğuna bakmak yönünde tek seçeneği vardır. Öğretide bir görüş tarafından ise, bu durumun olumlu ayrımcılık oluşturduğu ifade edilmiştir¹³⁴⁷.

Haktan yararlanabilmek için eşin cinsiyetinden farklı olarak, çocuğun cinsiyetinin önemi bulunmamaktadır. Ayrıca 2009/73 numaralı genelgede de ifade edildiği üzere, çocuğun evlat edinilmiş olması da olanaktan yararlanmaya engel değildir. Hiç kuşku yok ki, malul çocuk açısından cinsiyete dayalı ya da evlat edinilmiş olması nedeniyle ayırım yapılmaması eşitlik ilkesi bakımından isabetlidir. Malul çocukların anneleri için bu şekilde düzenleme yapılması, ancak malul durumda olmayanlar bakımından bunun benimsenmemesi, malul çocuk bakımından olumlu ayrımcılık oluşturmaktadır. Zira bu hak malul çocuğun korunması için verilmiştir. Maddi eşitlik ilkesi gereğince gerçek eşitliği sağlamakla yükümlü olan kanun koyucunun bu düzenlemesi malul çocuklar açısından yerindedir.

5510 sayılı Kanunda düzenlenen bu olanak, mülga Kanunların hiçbirinde yer almamaktaydı. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu olanaktan sadece 5510 sayılı Kanun zamanında ilk defa sigortalı olanlar faydalanmaz. Mülga kanunlar döneminde, sigortalı ya da iştirakçi olanlar da yararlanır. Nitekim, “Malul Çocuğu Olan Kadın Sigortalılar” konulu, 2009/73 Numaralı Genelgenin 2. maddesinde, 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında çalışan kadın sigortalılar ile 2008 yılı Ekim ayı başından önce 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlara tabi çalışırken Kanunun geçici 1 inci maddesi gereğince 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmalarını devam ettirenlerin yararlanabileceği ifade edilmiştir. Sonuç olarak, sigortalılığın hangi kanun kapsamında ne zaman başladığının önemi bulunmamaktadır.

¹³⁴⁷ Tuncay/Ekmekçi, 405.

Bu yaklaşım, eşitlik ilkesi açısından yerinde olmuştur. Ancak mülga kanunlara göre ilk kez sigortalı olanların, bu dönemdeki prim ödeme gün sayıları değil, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonraki prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayısına eklenir ve eklenen süreler yaş haddinden indirilir¹³⁴⁸. Bu durum, mülga kanunlara göre ilk defa sigortalı olanların ve yaşları ilerlemiş bulunanların haklarını kullanmasına engel olabilecek niteliktedir. Farklı bir ifadeyle, 5510 sayılı Kanun döneminde daha kısa süre çalışma imkanı olanlar bakımından, düzenleme önemli biçimde anlam ifade etmez. Ayrıca, mülga kanunlar döneminde ödenen primler de kurumun bütçesine katkı sağlamaktadır. Bu bağlamda, sigortalı olunan tarih esas alınarak bu konuda ayırım yapılması isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Sonuç olarak, yürürlükten kaldırılan Kanunlar döneminde sigortalı olan kadınlara da aynı hakkın tanınması eşitlik ilkesi gereğince isabetliyse de, bu hakkın içeriğinin sınırlandırılmış olması –sigortalı olunan tarih haklı neden oluşturmadığından- eşitlik ilkesi uyarınca isabet taşımamaktadır.

ff) Devlet Memurları ve Kamu Görevlileri İçin Kabul Edilen Yaş Haddi Nedeniyle Zorunlu Emekliliğin Değerlendirilmesi

“Çalışmaya devam etme ihtiyacı ve isteği olanlara emeklilik için belirli bir yaştan dayatılması” yaş ayrımcılığıdır¹³⁴⁹. Daha önce de ifade edildiği üzere, yaş ayrımcılığında, kişileri sadece yaşlı oldukları için sistemli olarak ayırma tabi tutma ve kalıplara sokma durumu vardır¹³⁵⁰. İstihdamda haksız yaş ayrımcılığını yasaklayıcı düzenlemelerin yapılması gerekir. Bu konuda bazı ülkelerin mevzuatında, yaş ayrımcılığını yasaklayan hükümler öngörülmekte ve yaşlı işçileri istihdamda tutma programları ile bunları işe alma programları kullanılmaktadır¹³⁵¹. Yaş ayrımcılığı nedeniyle işe son verilmesi kamu ve özel sektörde oluşabilir. Çalışılan alan ne olursa olsun belirli bir yaşa ulaşmış kişilerin istihdam alanı dışına bırakılması haklılaştırılmalıdır. Konumuz bakımından Kanunda belirlenen emeklilik yaşına ulaşmış

¹³⁴⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 577; Tuncay/Ekmekçi, 405; Sözer, Sosyal Sigortalar, 367; Uşan, 224.

¹³⁴⁹ Baybora, 39.

¹³⁵⁰ Baybora, 38.

¹³⁵¹ Baybora, 38, 39.

sigortalıların devlet tasarrufuyla çalışma yaşamı dışında bırakılarak, bunlara yaşlılık aylığı bağlanması üzerinde durulacaktır.

Yaşlılık sınırına gelmiş sigortalılara talep olmaksızın yaşlılık aylığı bağlamak sosyal sigorta sisteminin yapısıyla uyumlu değildir. Nitekim, Beveridge raporunda yaşlılık sınırına gelmiş sigortalılar için talep olmadan kendiliğinden yaşlılık aylığı bağlanmasının maliyetli bir seçenek olduğu ve sosyal güvenlik kurumu için de lüks olduğu ifade edilmiştir¹³⁵². Ülkemizde de kural olarak, talebe bağlı biçimde aylık bağlanması benimsenmiştir¹³⁵³. Gerçekten, iş sözleşmesine göre çalışan veya bağımsız çalışan sigortalılar için yaşlılık aylığının bağlanması bunların talepleriyle mümkündür. Söz konusu sigortalılar için 506 ve 1479 sayılı Kanunlarda olduğu gibi yürürlükteki Kanunda da zorunlu emeklilik yaşı kabul edilmemiştir¹³⁵⁴. Ancak m.4/I,(c) kapsamında sigortalı olanlar bakımından belirli bir yaşa gelmek emekliğe sevk nedenidir. Buna göre, kamu görevlileri kural olarak en fazla 65 yaşına kadar çalışma hakkını haizdir (5434 s.K. m.40). Kural bu olmakla birlikte, bazı kamu görevlileri için farklı yaş sınırları benimsenmiştir.

Öngörülen düzenleme ile devlet memurları ve kamu görevlileri, çalışma yeteneklerini kaybetmemiş olmasına rağmen, kendi arzuları dışında çalışma hayatı dışında kalmaktadırlar. Oysa AY m.49 gereği, çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışma hayatını geliştirmekle yükümlüdür¹³⁵⁵. Bu bakımdan devlet, çalışanları ve işsizleri koruyarak, çalışmayı desteklemelidir¹³⁵⁶. Çalışma hakkı, AY’da yer alan çalışma özgürlüğü ile tamamlanmıştır. Anayasa’nın 48. maddesine göre, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”. Ancak diğer taraftan genç yaşta çalışma olanaklarının artırılması, farklı bir ifadeyle genç istihdama olanak sağlanması da devletin görevi olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Birbiriyle çelişen bu haklı gerekçeler arasında hassas dengenin kanun koyucu tarafından sağlanması gerekir. Kısaca ifade etmek gerekirse, gerek

¹³⁵² Tuncay/Ekmekçi, 399.

¹³⁵³ Tuncay/Ekmekçi, 399.

¹³⁵⁴ Şakar, 260; Tuncay/Ekmekçi, 383.

¹³⁵⁵ Çalışanların hayat seviyesinin yükselmesi ve çalışma yaşamının gelişmesi, sadece çalışanın gelirinin yükselmesi ve gelir dağılımında denge ve adaletin sağlanması ile gerçekleşmez; çalışma koşullarının geliştirilmesi, işçiye kültürel ve mesleki bilgilerini pekiştirici yeterli zamanın bırakılması da sağlanmalıdır, bkz. Okur, Çalışmanın Etkisi, 2141.

¹³⁵⁶ Okur, Çalışmanın Etkisi, 2142.

m.4/I,(c) gerekse diğer kapsamdaki sigortalıların belirli bir yaşa ulaşmasına rağmen çalışma hayatında kalmalarının desteklenmesi ve bu suretle yaş ayrımcılığının önüne geçilmesi kadar, genç yaştakilere çalışma olanaklarının sunulması da önemlidir.

Yaşa göre mecburi emeklilikte makul nedenin ortaya konması gerekir. Yaşlı çalışanların verimlerinin düşmesi ayrımı haklı kılan nedendir. Başka bir deyişle, mesleki nitelik ve çalışanın performansı gerekiyorsa yaşa bağlı zorunlu emeklilik olmalıdır. Bu bakımdan mesleki özellik gerektirse bile, sigortalıların niteliklerini, performanslarını esas alarak, her biri için sonuca ulaşılmalıdır. Buna mukabil, ülkemizde memurların görevlerinin devlet tasarrufu ile sona ermesi çok istisnai hallerde söz konusu olur. Gerçekten, bunların *performans düşüklüğü* nedeniyle çalışma ilişkilerine son verilmesi çok istisnai hallerde mümkündür. Mesleki nitelikleri, çalışanların özellikler dikkate alınarak zorunlu emeklilik halinin öngörülmesi isabetli olur.

Belirtilen şekilde düzenlemenin olmadığı durumlarda ise, çalışanlara ömür boyu çalışma olanağının sunulması da kabul edilemez. Geçekten aksi anlayış özellikle genç yaştakilerin işsiz kalmasına sebebiyet verir. Devlet memuru veya bu kapsamda sigortalı olanların çalışma koşulları vb. durumları devletin katkısıyla ciddi şekilde şekillenmektedir. Bu durum kişilerin çalışma şekillerinin özelliği gereğidir¹³⁵⁷. Çalışmamızda da genel olarak benimsediğimiz anlayış, devlet memurlarına ve kamu görevlilerine devletin işveren sıfatıyla DMK kapsamında sağladığı yardımların ayrıcalık oluşturmadığı şeklindedir. Benzer anlayış, devletin *işveren sıfatıyla* devlet memurları ve kamu görevlileri için kabul ettiği diğer tasarruflar bakımından da geçerli olmalıdır. Ayrıca unutulmamalıdır ki, devlet zorunlu emeklilik öngörerek, genç yaştakilere istidam yaratma amacıyla olduğundan, amaç meşru kabul edilmelidir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, yaş haddi nedeniyle emekli olan devlet memuru ve kamu görevlilerinin m.4/I,(a) ve (b) hükümleri kapsamında çalışmalarını sürdürmeleri mümkün olduğundan, Anayasamızda yer alan çalışma hakkı ve özgürlüğüne aykırılık yoktur. Amaca ulaşmak için tercih edilen aracın elverişli ve gerekli olmadığından bahsetmek de kanımızca mümkün değildir. Dolayısıyla düzenleme eşitlik ilkesine aykırı değildir.

¹³⁵⁷ Sözer, Sosyal Sigortalar, 360.

Belirli kapsamdaki sigortalıları çalışma yaşamı dışında bırakan düzenleme eşitlik ilkesine aykırı olmamakla birlikte, bunların yaşlılık aylığına hak kazanması da mümkün hale getirilmelidir. Başka bir deyişle, 28. maddede yaşlılık aylığına hak kazanmak için öngörülen yaş sınırlarına ulaşmadan devlet tasarrufuyla çalışma yaşamı dışında bırakılan sigortalıların daha kolay şartlarla yaşlılık aylığına hak kazanmaları mümkün kılınmalıdır. Buna ilişkin olarak, 5510 sayılı Kanunun 44. maddesinde belirli kamu görevlilerinin ve devlet memurlarının yaş haddiyle emekliliğine yönelik düzenleme yapılmıştır. Buna göre, m.4/I,(c) kapsamında sigortalı sayılan bazı kamu görevlilerinden 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunun 40. maddesi gereğince yaş haddinden emekliye ayrılanlara, *5400 gün prim ödeme gün sayısı olması halinde* yaşlılık aylığı bağlanır.

Yaş haddi nedeniyle emeklilik halinde, gerçekte bunlar için 28. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında aranan yaş ve prim ödeme gün sayısı tamamlanıncaya kadar, yaşlılık aylığı Kurum tarafından bunları çalıştıran kamu idarelerinden tahsil edilecektir (m.44/III). Örneğin 5434 sayılı Kanun gereği 52 yaşında emekli olacak olan gedikli subay, 5400 gün prim ödemiş olması halinde aylık alabilecektir. İşte bu kişiler 9000 gün prim ödeme gün sayısını ve kadınlarda 58 erkeklerde ise 60 yaşını ya da 2036'dan itibaren öngörülen yaşları dolduruncaya kadar Kurum aylığı ödemekle beraber, Kurum bunu ilgili idareden almaktadır¹³⁵⁸. Devletin tasarrufuyla getirilen yaş haddinden emeklilik konusunda, bu şekilde bir yükümlülüğün getirilmesi yerinde olmuştur¹³⁵⁹.

¹³⁵⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 657.

¹³⁵⁹ Benzer anlayış kadrosuzluk nedeniyle emeklilik halinde de benimsenmiştir. 5510 sayılı Kanunun 44. maddesi uyarınca özel kanunları gereğince kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk edilenlere yaş şartı aranmaksızın, prim ödeme gün sayısı 9000 gün olması halinde yaşlılık aylığı bağlanacaktır (m.44/I(b)). Buna mukabil, çalışan sigortalıyı kanun gereği emekli ederken prim ödeme gün sayısının tamamlanmamış olması nedeniyle, sigorta yardımından yararlanmasını engellemek sosyal hukuk devletinde kabul edilemez. Gerçekten, sigortalının elinde olmayan nedenle, kanundan doğan zorunluluk gereği çalışamaması halinde mağdur edilerek sosyal sigorta ilişkisinin de bitirilmesi uygun olmaz. Hiç kuşku yok ki, iş sözleşmesine tabi çalışanlarla bağımsız çalışanlar da işsizlik riskiyle karşı karşıya olup prim ödeme gün sayısını tamamlayamama olasılığı kendileri için de vardır. Ancak ne var ki, devlet memurları ve kamu görevlilerinin çalışma ilişkisinin niteliği, bunlar için kanundan doğan mağduriyetin giderilmesine ilişkin düzenleme yapmaya elverişliyi, aynı durum diğer iş ilişkileri için mümkün değildir. Dolayısıyla, hukuki statü temelinde ayırım yapılarak, prim ödeme gün sayısının tamamlanmasının mümkün kılınması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Yaş haddi nedeniyle emeklilik olduğu gibi, kadrosuzluk nedeniyle emeklilik hali için de Kurumun aktüeryal dengeye katkı sağlaması kabul edilmiştir. 5510 sayılı kanunun 44. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere, yaşlılık aylıkları, 28 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında aranan yaş ve prim ödeme gün sayısı tamamlanıncaya kadar bunları çalıştıran kamu idarelerinden tahsil edilir. Böylece, devlet memurları ve kamu görevlilerinin mağduriyetinin önünde geçilmiştir. Öte yandan ahlak, yetersizlik ya da disiplin nedenlerinden dolayı re'sen emekliliğe sevk edilenler bakımından isabetli biçimde farklı bir anlayış benimsenmiştir. Kamu görevlileri ahlak ve yetersizlik gerekçeleriyle sicilleri dikkate alınarak Kurumları tarafından re'sen emekliye sevk edilebilirler. Askeri personel de benzer şekilde yetersizlik veya disiplin nedeni ile sicile dayalı olarak ya da ahlaki nedene dayalı bir hükümle ayrıca askeri mahkemelerce verilecek karar üzerine resen emekli edilebilirler, **Sözer**, Sosyal Sigortalar,

Ayrıca kamu idarelerin bu şekilde katkısı aktüeryal dengenin korunmasını da sağlayacaktır¹³⁶⁰.

d) Prime İlişkin Şart

aa) Hukuki Statüye Göre Aranan Farklı Prim Ödeme/Bildirme Gün Sayıları

Yaş şartından farklı olarak, prim ödeme gün sayısı açısından salt sigortalılığı doğuran iş ilişkisi dikkate alınarak farklı düzenleme yapılmıştır (SSGSSK m.28/I,a). Buna göre, 5510 sayılı Kanunun 4/I,(a) hükmü kapsamında sigortalı olanlar en az 7200 gün uzun vadeli sigorta kolları primi *bildirmek* zorundadır¹³⁶¹. Ancak bağımsız çalışanlar ve devlet memurları ile kamu görevlileri açısından prim *ödeme/bildirme* gün sayısı 9000'dir¹³⁶².

Prim ödeme gün sayılarında farklılık yaratılmasıyla, 5510 sayılı Kanun ile amaçlanan norm ve standart birliğinin sağlanmasından uzaklaşmıştır¹³⁶³. Öğretide, bu şekilde farklılık sağlanarak eşitsizlik yaratıldığı ileri sürülmüştür¹³⁶⁴. Ancak bizce, bu konuda yaratılacak norm birliği, eşitlik ilkesine aykırı olurdu. Esasen, Kanunun ilk halinde yani 5754 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapılmadan önce, prim bildirme/ödeme gün sayısı tüm çalışanlar için 9000 gün olarak kabul edilmişti¹³⁶⁵.

AYM, Kanunun ilk halindeki hükmün Anayasaya aykırı olduğu iddiasını, bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışanlar açısından reddetmişti¹³⁶⁶. Öğretide, AYM'nin kararının yerinde olmadığı, bu hükmün iptal edilmesi gerektiği, m.4/I,(a) kapsamında

362. Bu şekilde emekli edilenler 28 inci maddenin 2. ve 3. fıkrasında belirtilen yaş ve prim ödeme gün sayısını tamamlamaları halinde kendilerine yaşlılık aylığı bağlanır. Görüldüğü üzere, bunlar için olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik için aranan şartlar kabul edilmiştir. Farklı bir ifadeyle, bağlı oldukları kurumca aylıkların yaş ve prim ödeme gün sayısına ilişkin şartlar tamamlanuncaya kadar ödenmesi zorunluluğu yoktur. Kendi kusurları nedeniyle emekliliğe sevk edilenlere daha kolay şartlarla aylık bağlanmasının öngörülmesi ya da kadrosuzluk nedeniyle emeklilik halinde olduğu gibi bağlı oldukları kurumun katkısıyla yaşlılık aylığına daha önceden sahip olabilmelerinin mümkün kılınması eşitlik ilkesine aykırı olurdu.

¹³⁶⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 657.

¹³⁶¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 553; Tuncay/Ekmekçi, 396; Sözer, Sosyal Sigortalar, 357; Ertük, Genel Bakış, 1051.

¹³⁶² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 553; Tuncay/Ekmekçi, 396; Sözer, Sosyal Sigortalar, 359, 360; Uşan, 209; Ertürk, Genel Bakış, 1051.

¹³⁶³ Okur, Yeni Tanımlar, 163; Tuncay, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 54; Ergin, Geçiş Hükümleri, 85.

¹³⁶⁴ Ertük, Genel Bakış, 1051.

¹³⁶⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 553; Ertük, Genel Bakış, 1051.

¹³⁶⁶ AYM., 15.12.2006 t., E.2006/111, K.2006/112, (RG. 30.12.2006 t., S. 26392).

sigortalı olanlar için 9000 gün şartının fazla olduğu ileri sürülmüştü¹³⁶⁷. Düzenleme AYM tarafından iptal edilmemesine karşın, 5754 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır¹³⁶⁸. Gerçekten, m.4/I,(a) kapsamında sigortalı olanların, sigortalılık ilişkisini doğuran iş ilişkisinin sürekli şekilde kesilmeden devam etme olasılığı, bağımsız çalışanlar ve devlet memurları karşısında çok azdır¹³⁶⁹. Bunun yanında, işsiz kalan birinin iş bulmasının zor olması, iş bulsa bile uygulamada sigortalılığın hemen Kuruma bildirilmemesi bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla, ülkemizdeki istihdam bozuklukları esas alındığında, Kanunun ilk halinde benimsenen 9000 gün prim ödeme koşulu m.4/I,(a) çerçevesinde sigortalı olanlar bakımından isabet taşımamaktaydı¹³⁷⁰. Buna mukabil, m.4/I,(b) ve (c) kapsamındaki sigortalıların ise, bu riskleri aynı oranda taşıması söz konusu değildir. Sonuç olarak, 5754 sayılı Kanunla prim ödeme gün sayılarını sigortalılar için farklılaştıran değişiklik, haklı nedene dayanmaktadır¹³⁷¹. Bu bakımdan, iş sözleşmesine tabi olanlar için prim ödeme gün sayısının, diğer kapsamdaki sigortalılara göre düşük kabul edilmesi, eşitlik ilkesine aykırı değildir. Hatırlanacağı üzere, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce iş sözleşmesine bağlı olarak çalışanlar için 7000 gün, bağımsız çalışan ve devlet memurları ile kamu görevlileri içinse 25 tam yıl prim ödenmesi gerektiğini öngören düzenlemenin de isabetli olduğu ve ilkeye aykırı olmadığı sonucuna varılmıştı.

Öte yandan önemle vurgulamak gerekir ki, iş sözleşmesine tabi herkes için prim ödeme gün sayısını 7200 gün olarak kabul etmek, iş sözleşmesinin niteliğinin neden olduğu bazı eşitsizliklerin doğmasına neden olacaktır. Gerçekten, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar için öngörülen prim gün sayısı fazladır. Zira 5510 sayılı Kanun m.80/I,(h) hükmü gereği, prim ödenmesine esas gün sayısının bulunması bakımından bir ay içinde çalışılan toplam saat bulunacak, bulunan toplam saat İş Kanununda haftalık çalışma süresine göre belirlenen gün çalışma saatine (7,5) bölünecektir. Bulunan gün sayısı,

¹³⁶⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 553.

¹³⁶⁸ Değişikliğin iş sözleşmesiyle çalışanlar lehine ayırım oluşturduğu savunulmuştur, bkz. **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 54.

¹³⁶⁹ **Şakar**, Tasarı, www.yaklasim.com.

¹³⁷⁰ Mülga 506 sayılı Kanunda aranan 7000 gün sayısı dahi öğretide eleştirilmişti. Arıcı, “7000 gün prim ödeyebilmek için düzenli ve sürekli olarak en az 20 tam yıl çalışmak gerekir. Esnek çalışmaların yaygınlaşması, düzenli ve sürekli iş bulma şansının azalma sürecine girdiği dikkate alındığında 7000 gün prim şartının yerine getirilmesinin ne kadar sor olacağı ve yaşlı işçileri bu anlamda nasıl bir riskin beklediği daha kolay anlaşılacaktır.” ifadeleriyle 7000 gün şartını eleştirmiştir, **Arıcı**, Yaşlı İşçi, 943.

¹³⁷¹ Bu tutumun tek çatı, tek yasa ve norm ve standart birliği ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür, bkz. **Okur**, Yeni Tanımlar, 163. Ayrıca bkz. Okur, Reform, 20 vd.

ücret alınan dolayısıyla primi ödenecek günleri ifade eder¹³⁷². Bu bakımdan mevsimlik işte ya da kısmi süreli çalışanlar için prim ödeme gün sayısı indirilmeliydi¹³⁷³.

bb) Farklı Tarihlerde Sigortalı Olanlar Bakımından Prim Şartına İlişkin Ortaya Çıkan Durum

Kanun koyucu, prim ödeme gün sayısı bakımından bağımsız çalışan sigortalılar ile devlet memurları ve kamu görevlileri için eski düzenlemeden farklı olmayan esası benimsemiştir. Gerçekten, ilk defa 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008 tarihine kadar sigortalı olup, sigortalılığı m.4/I,(b) ya da (c) bendi kapsamında devam edenler için 25 tam yıl ödenmesi gereken prim gün sayısı (geç.m.9/II,III), 9000 güne tekabül etmektedir. Bu bakımdan, bahsi geçen sigortalılar ile ilk defa 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar arasında ödenmesi gereken prim gün sayısının ifade edilişi dışında herhangi bir farklılık yoktur. Bu bağlamda, sigortalı olunan tarihe göre farklı anlayış benimsenmemiştir. Bu yaklaşım, eşitlik ilkesi açısından son derece isabetlidir.

İlk defa 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında sigortalı olanların ve m.4/I,(a) çerçevesinde sigortalılığı devam edenlerin adına ise, 7000 gün prim ödenmesi gerekmektedir (geç.m.9/I). Bu noktada, farkın sadece 200 gün ile sınırlı olduğu düşünülebilir. Ancak ne var ki, fark sadece 200 gün ile sınırlı değildir. Önemli farklılık, primlerin “bildirilmesi” ve “ödenmesi” noktasında yapılmıştır¹³⁷⁴. 506 sayılı Kanunun 60. maddesini tekrarlayan 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin birinci fıkrasında ve 506 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan geçici 81. maddesinde “primlerin ödenmiş” olması gerektiği hükme bağlanmışken; 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinde “primlerin bildirilmiş” olması ifade edilmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse, yürürlükteki düzenlemede, eskisinden farklı olarak primlerin ödenmiş olması zorunlu olmayıp, bildirilmiş olması da yeterlidir. Dolayısıyla, ilk defa 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlarla, 5510 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmaya başlayanlar

¹³⁷² Sözer, Sosyal Sigortalar, 186.

¹³⁷³ Şakar, Kazanılmış Haklar, 124.

¹³⁷⁴ “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Yaşlılık Sigortasından Sağlanan Haklar ve Yararlanma Şartlarını düzenlenirken, (prim ödeme yükümlülüğü kendisinde bulunmayan sigortalılar açısından) 506 S.Y’nın aksine malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalıları primi ödemiş olması şartı aranmayarak sadece yaşlılık ve ölüm sigortalıları primi bildirilmiş olması gerekli ve yeterli görülmüştür.” Y. 10 HD. t. 20.12.2010, E. 2010/11405, K. 2010/16906, www.legalbank.net

arasında aynı hukuki statü söz konusu olmasına rağmen ayırım yapılmıştır. Buna mukabil, Yüksek Mahkeme bir kararında bu farka dikkat çekmiş, ancak 506 sayılı Kanuna göre ilk kez sigortalı olan ve 5510 sayılı Kanun döneminde aylık talebinde bulunan sigortalı için de ödeme şartını aramamıştır. Yargıtay kararında şu ifadelere yer vermiştir: “...her ne kadar davalı kurum tarafından hizmet süresi tespit edilen döneme ilişkin sigorta primlerinin tahsil edilmemiş olması sebebiyle davacının tahsis işleminin tamamlanmadığı savunulmuş ise de 506 sayılı yasada tahsis işleminin yapılması için prim ödeme şartı aranırken; 5510 sayılı yasanın 28. maddesi ile primin tahsil şartı aranmaksızın bildirilmiş olma şartı arandığından ve İzmir 5. İş Mahkemesinin ilamının kesinleşerek Sosyal Güvenlik Kurumuna tebliği ile bildirim şartı gerçekleştiğinden; öte yandan çalışılan sürenin priminin tahsili yükümlülüğü davacı işçide olmayıp, kurumun sorumluluğunda bulunduğundan, kurumun zamanında yapmadığı işlem sebebiyle sigortalıyı sosyal güvenlik hakkından mahrum etmesi sosyal güvenlik hukukunun ruhuna ve iyi niyet kurallarına da uygun bulunmadığından, davacı tarafından açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak davacının 01/10/2009 tarihinden itibaren emekliliğe hak kazandığının tespitine karar verilmiştir.”¹³⁷⁵

Mahkemenin işaret etmiş olduğu gerekçeler, genel olarak prim ödemenin değil, bildirim dikkate alınmasının gerekliliği bakımından yerindedir. Nitekim, aynı gerekçelerle yürürlükteki düzenlemenin isabet taşıdığı kanaatindeyiz. Zira işverenin sorumluluğunu yerine getirmemesine rağmen işçinin mağdur edilmesinde haklı neden yoktur. Ancak yukarıda da işaret edildiği üzere, 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesi hükmü yoruma gerek bırakmayacak ölçüde açıktır. Bu bakımdan, mülga Kanun döneminde sigortalı olanlar ve 5510 sayılı Kanun döneminde çalışmasını sürdüren iş sözleşmesine tabi olanlar için ödeme yerine bildirme esas alınamaz. Şüphesiz, sigortalı olunan tarih esas alınarak yapılan bu ayırım eşitlik ilkesine aykırıdır. Ancak düzenlemenin açıklığı karşısında aksi yorum mümkün değildir. Bu bağlamda, kanun koyucunun 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinde ve 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinde yer alan “ödeme” ifadesini, “bildirim” olarak değiştirmesiyle birlikte farklı tarihte sigortalı olan ancak aynı hukuki statüdeki sigortalılar arasında yeknesaklık sağlanır.

¹³⁷⁵ Y. 10.HD., 20.12.2010 t., E. 2010/11405, K. 2010/16900, www.legalbank.net

Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, belirtilen konuda ayırım sadece farklı kanunlara tabi olan aynı hukuki statüdeki sigortalılar arasında yapılmamıştır. Gerçekten, 30.04.2008 tarihinden sonra, 5510 sayılı Kanunun çoğu hükmünün yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihine kadar olan dönemde 506, 1479, 5434, 2925, 2926 sayılı Kanunlardan birine göre ilk defa sigortalı olanlar için 28. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanması gerektiği geçici 7. maddenin dokuzuncu fıkrası ile belirtildiğinden, aynı Kanuna göre ilk kez sigortalı olanlar arasında primlerin bildirilmesi ya da ödenmesi gerektiği konusunda esaslı ayırım yapılmıştır. Daha net bir ifadeyle, aynı Kanuna tabi sigortalı olanlar arasında da primlerin bildirilmesi ve ödenmesi ile ilgili haklı nedene dayanmayan ayırım yapılmıştır. Bundan başka hiç kuşku yok ki, belirtilen kanunlardan birine tabi olarak çalışmaya başlayan sigortalılardan biri için ödenmesi gereken 7000, diğeri için ise bildirilmesi gereken 7200 gündür. Yukarıda da genel olarak ifade edildiği üzere, 30.04.2008 tarihine göre yapılan farklılaştırma haklı sebebe dayanmamaktadır.

cc) Bağımsız Çalışanlara ve Tarım ve Orman İşlerinde İş Sözleşmesiyle Süreksiz Çalışan Sigortalılara Özgü Şart: Prim Borcunun Bulunmaması

Bağımsız çalışanların yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için, bunların yazılı talepte bulunduğu tarih itibarıyla genel sağlık sigortası primi dahil kendi sigortalılığı nedeniyle prim ve prime ilişkin her türlü borcunun olmaması zorunludur (m.28/IX). Söz konusu bu şart, bağımsız çalışanlar için yeni değildir. 1479 sayılı Kanunun 35. maddesinde de prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması gerektiği düzenlenmişti¹³⁷⁶.

¹³⁷⁶ “Yaşlılık aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunduğu 30.04.2007 tarihinde davacının (mahkemenin kabul ettiği süreler dahil) 25 yıldan fazla sigortasının bulunduğu ve tabi olduğu 46 yaşı ikmal ettiği, ancak, mahkemenin kabul ettiği sürelerde dahil olmak üzere 30.04.2007 tarihi itibarıyla davalı Kuruma prim ve her türlü borcu olup olmadığının araştırılmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca; mahkemenin kabul ettiği sürelerde dahil edilmek suretiyle 28.12.1981 - 31.01.1988. 01.03.1988 - 31.03.1988. 01.05.1988 - 30.04.1993, 05.05.1995 - 30.04.2007 tarihleri arasında 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olan davacının prim ve her türlü borçlarının olup olmadığı davalı Kurumdan sorularak, yoksa; 1479 sayılı Kanunun 37. maddesi gereği olarak (yazılı talep tarihini takip eden aybaşı da gözetilmek suretiyle) borcunu son ödediği tarihi takip eden aybaşından itibaren, varsa; usul ekonomisi ilkesi gözetilerek, ödemesi için uygun bir süre verilerek, ödeme yapması halinde, tüm borcu ödediği tarihi takip eden aybaşından itibaren yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlılgı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” Y. 10. HD., 14.03.2011 t., E. 2011/422, K. 2011/3277; Bağ-Kur sigortalısının yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli sigortalılık süresine ait prim borcu olmaması yeterlidir. Yargıtay başka bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “20.1.2009 tarihli yaşlılık aylığı talep tarihi itibarıyla 15 tam yıldan fazla sigortalılık süresi bulunan davacının, en az 15 tam yıl prim ödeme süresine ilişkin olarak prim borcunun olup olmadığı, diğer bir ifade ile yapılan tüm prim ödemelerinin en az 15 tam yıl sigortalılık süresini karşılayıp karşılamadığı, davalı Kurumdan

Bağımsız çalışanlardan başka, tarım veya orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz çalışanlara aylık bağlanabilmesi için de prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartı aranır (5510 s.K. ek m.5). Buna mukabil, kamu kesiminde tarım işinde ücretle çalışan veya özel sektörde sürekli tarım işinde iş sözleşmesine bağlı olarak istihdam edilenler için aynı şart bulunmamaktadır. Bu farklılığın haklı nedeni yoktur. 2925 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan 20. maddesi uyarınca da primlerin ödenmiş olması gerektiğinden, bahsi geçen Kanun zamanında sigortalı olanlarla 5510 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlar arasında fark yaratılmadığı anlaşılmaktadır.

Borcun bulunmaması yönünde aranan şarta ilişkin olarak mülga kanun döneminde Yargıtay, 27.03.2007 tarihinde vermiş olduğu kararında, çok önemsiz derecede borcu bulunması nedeniyle, bu durum sigortalıya bildirilmeksizin, sigortalıya aylık bağlanmamasını isabetli bulmamıştır¹³⁷⁷. Yüksek Mahkeme kararında “Mahkemenin kuruma yazdığı 18.05.2006 tarihli yazıya cevap olarak gönderilen 15.06.2006 tarihli kurum yazısı içeriğine göre, tahsis talep tarihi itibarıyla davacının kuruma 35.05 YTL borcu olduğunun ileri sürülmesi üzerine, davacının tahsis istemi, bu prim borcundan dolayı mahkemece red edilmiştir. Sosyal Güvenlik Hukukunun kamusal niteliği, sigortalıların insanca yaşamak için sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakılmaması yönündeki hukukun genel ilkeleri dikkate alındığında, bu kadar cüz'i bir miktar borcun gerekçe gösterilerek, kurumca davacıya aylığın geç bağlanması gerektiğinin kabulü hakkaniyet ve nesafet kuralları ile bağdaşmayacağı gibi, yargılamanın devamı sırasında kurum veya mahkeme bu miktarın ödenmesini davacıdan talep etseydi, davacı bunu rahatlıkla ödeyecek ve yaşlılık aylığından mahrum kalmayacaktı. Paranın satın alma gücüne göre cüz'i bir miktarı içeren bu borç nedeniyle davacıya yaşlılık aylığının geç bağlanması kabul edilemez. Hal böyle olunca, kurumca belirlenen borç miktarının her zaman kurumca tahsili mümkün bulunduğundan, mahkemenin, tahsis talep tarihini

sorulmak suretiyle araştırılmalıdır. Yapılacak araştırma neticesinde, prim ödemelerinin tahsis için gerekli olan 15 tam yıl sigortalılık süresini karşıladığı anlaşılır ise, tahsis talebini takip eden aybaşı olan 1.2.2009 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanması mümkün olabilecektir. Şayet, anılan 15 tam yıl sigortalılık süresine ilişkin olarak prim (ferileriyle birlikte) borcunun varlığı anlaşılır ise, ödeme için davacı tarafa süre verilmeli ve ödeme sonucuna göre karar verilmelidir. Zira unutulmamalıdır ki, 1479 Sayılı Kanunun 35. maddesinde öngörülen "kuruma prim ve her türlü borcun ödenmiş olması" koşulu, aynı maddede yer alan "en az 15 tam yıl sigorta priminin ödenmesi" koşuluna ilişkin olarak ele alınması gereklidir." Y. 10 HD., 15.07.2010 t., E. 2010/7382, K. 2010/11358; benzer yöndeki karar için bkz. Y. 10. HD., t. 17.03.2008 t., E. 2008/2801, K. 2008/3402; Y. 10. HD., 02.06.2008 t., E. 2008/8708, K. 2009/11589 www.legalbank.net

¹³⁷⁷ Y. 10.HD., 27.03.2007 t., E. 2006/16469, K. 2007/4723, www.hukukturk.com

takip eden aybaşından itibaren davacıya aylık bağlanması gerektiğinin tespitine karar vermesi gerekirken, yazılı gerekçelerle bu talebin reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” ifadelerine yer vermiştir. Öğreti’de karar isabetli bulunmuştur. *Caniklioğlu*’na göre, uyuşmazlık konusu olaya sadece 1479 sayılı Kanunun 35. maddesinin (a) bendi gereği yaklaşıldığında yaşlılık aylığı bağlanması mümkün değildir. Ancak sigorta hakkının cüz’i bir miktar nedeniyle ertelenmesi adalet duygusunu zedeler¹³⁷⁸. Kararı bu yönüyle isabetli bulan *Caniklioğlu*, hangi miktarın cüz’i olduğu konusunun ayrı bir sorun teşkil edeceğini de belirtmiştir.

Yukarıda benimsediğimiz anlayış çerçevesinde, borcun olmaması yönünde getirilen şartın eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Bağımsız çalışan sigortalıya borcu olmasına rağmen yaşlılık aylığı bağlanabilmeli, ancak her ay ödenecek yaşlılık aylığından, prim borcuna ilişkin mahsup işlemi yapılmalıdır. Kurumun tahsil yükümlülüğü bağımsız çalışanların üzerine bırakılmamalıdır.

4. Maden İşyerlerinin Yer Altında Çalışanların Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartları

a) İşin Niteliği ve Yapıldığı Yer

Ağır ve yıpratıcı çalışma koşullarında çalıştırılmaları sebebiyle birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de yer altı işlerinde çalışan maden işçileri¹³⁷⁹ için ayrıcalıklı emeklilik koşulları düzenlenmiştir¹³⁸⁰. Dikkat edilirse, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin düzenlemeler esas alındığında bütün maden işçilerinin değil, sadece yer altında çalışan maden işçilerine yönelik ayrıcalıklar tanındığı görülmektedir¹³⁸¹. Yeraltındaki bütün işler kapsama alındığından, yeraltında çalışan ancak maden cevherinin çıkartılmasına

¹³⁷⁸ *Caniklioğlu*, Değerlendirmeler, 348.

¹³⁷⁹ Maden işçisi, maden tanımının kapsamına giren işletmelerde, ağırlıklı olarak beden gücünü kullanarak 3213 sayılı Maden Kanununda tanımlanan maddelerin çıkarılması için gerekli herhangi bir aşamadaki iş görme edimini iş sözleşmesiyle borçlanan kişi olarak tanımlanmıştır, *Baycık*, Maden İşçileri, 35.

¹³⁸⁰ *Baştizeri*, Değerlendirme 2001, 354.

¹³⁸¹ Gereksinim 506 gerekse 5510 sayılı Kanunda ayrıcalıklı hükümlerden yararlanacak işçileri belirleme yetkisi çalışma ve sosyal güvenlik bakanlığına verilmiştir. Bakanlığın 24.10.1979 tarihli ve 2574 sayılı genelgesinde “6309 sayılı Maden Kanunun 1 inci ve 2 inci maddesinde belirtilen madenlerin aranması, hazırlanması ve işletilmesi ile ilgili olarak arama ruhsatlı işletme hakkı talepli, işletme ruhsatlı veya işletme imtiyazlı maden işyerlerinde, yerüstünden yeraltına veya yeraltından sürülen düz ve eğik galeriler, kuyular, kömür ve cevher içerisinde sürülen her türlü yollar, üretim sahaları, madendeki faaliyetin devamı ile ilgili her türlü yer altı açıklıkları, yeraltında bulunan yardımcı tesisler, yer altı işyeri sayılır.” denilmektedir. Görüldüğü üzere, burada yer altı işyerleri tanımlanmıştır. Tanımda atıf yapılan Kanunun 3213 sayılı Kanun olarak dikkate alınması gerekmektedir

doğrudan katkı sağlamayan işçiler de hafifletilmiş emeklilik koşullarından yararlanabilir¹³⁸².

Yer altında yapılan bütün işlerin ağır ve yıpratıcı olduğu düşünüldüğünde bütün işlerin kapsama alınması haksız ayırım olarak nitelenemez. Gerçekten, günde en az 7.5 saat yeraltında çalışan, ara dinlenmesinde dahi yer üstünde bulunma imkanı olmayan bir işçinin diğer işçilere göre daha kolay koşullarla emekli olması hakkaniyete uygundur¹³⁸³. Ancak öğretide de belirtildiği üzere, yeraltındaki ani tehlikelere maruz kalmayan ancak meslek hastalığı bakımından yer altında çalışan işçilerle hemen hemen aynı derecede risk altında olan açık maden üretim işçilerinin de diğer işçilere nazaran daha kolay şartlarla emekli olma hakkına kavuşturulması yerinde olur¹³⁸⁴. Gerçekten, yer altı veya yer üstü maden işletmelerinde yer üstünde çalışan işçiler için olmasa bile, yer altı maden işçileri gibi ağırlıklı olarak beden güçlerini kullanarak maden cevherinin çıkarılması için gerekli herhangi bir aşamadaki iş görme borcunu ifa eden yer üstü maden işçileri¹³⁸⁵ için de hafifletilmiş koşulların hakkaniyet gereği kabul edilmesi gerekir. Bunlar için diğer işçilerin tabi olduğu 28. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanacağını kabul etmek, sigortalılar farklı durumda olduğu için eşitlik ilkesine aykırıdır. Maddi eşitlik farklı durumda olanlara farklı davranılmasını gerektirir. Bu bakımdan yer üstü maden işçileri için de kolaylaştırılmış emeklilik şartlarının kabul edilmesi gerekir. Ancak ne var ki, aşağıda da izah edileceği üzere, bu işçiler için hafifletilmiş koşullarla emeklilik olanağının sunulmaması bir yana, milletvekilleri, basın ve gazetecik mesleğinde ilgili yönetmeliğe göre basın kartı sahibi olmak suretiyle fiilen çalışanlar bakımından öngörülen fiili hizmet süresi zammı dahi kabul edilmemiştir.

¹³⁸² Baycık, Maden İşçileri, 180.

¹³⁸³ Tuncay/Ekmekçi, 400; Baycık, Maden İşçileri, 180.

¹³⁸⁴ Baycık, Maden İşçileri, 180,181.

¹³⁸⁵ Baycık, Maden İşçileri, 33.

b) Belirli Kapsamda Sigortalı Olma

aa) İlk Defa 506 sayılı Kanun Kapsamında Sigortalı Olma

aaa) 506 sayılı Kanunda Benimsenen Durumun 5510 sayılı Kanunun Geçici Maddesiyle Devamı

1479 sayılı Kanunda aynı şekilde çalışan sigortalılar için aylığa hak kazanma açısından özel düzenleme yer almadığından, 5510 sayılı Kanunda bunlar için geçiş hükmü de haklı olarak söz konusu değildir¹³⁸⁶. Memurlara yönelik olarak da 5434 sayılı Kanunda düzenleme bulunmamaktaydı. 506 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan 60'ıncı maddesinin (B) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde ve aynı maddenin (D) bendinin (b) alt bendinde ise, maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde çalışan sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmasına ilişkin özel düzenleme yer almaktaydı¹³⁸⁷. Bu bakımdan, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde çalışanlar arasında hukuki statü temelinde ayırım yapılmıştı. Esasen, maden işyerinin yer altı işyerlerinde bağımsız çalışılması çok rastlanılacak bir durum olmadığından, bağımsız çalışanlar aleyhine yapılan haksız ayırım uygulamada önemli yere sahip değildi.

İlk defa 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan ve 5510 sayılı Kanunda sigortalılıkları devam eden beklenen hak sahiplerinin durumunun gözetilmesi için bu konuda geçiş hükümleri ile düzenleme yapılması gerekliliği doğmuştur. 506 sayılı Kanunun yürürlüğü döneminde sigortalı olanlar, geçici m.9/V'deki düzenleme uyarınca, 5510 sayılı Kanun döneminde de aynı şartlar altında yaşlılık aylığından yararlanabilirler¹³⁸⁸. 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden (01.10.2008) önce 506 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılan maden işçilerinin emekliliği için geçici m.9/V hükmü ile emeklilik seçenekleri sunulmuştur¹³⁸⁹. Önemle belirtmek gerekir ki, bu seçenekler sadece 30.04.2008 tarihinden öncesi için değil, 01.10.2008'den önce sigortalı olanlar için de kabul edilmiştir. Oysa 30.04.2008-01.10.2008 tarihleri arasında mülga kanunlara göre ilk defa sigortalı olanlar için 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin

¹³⁸⁶ Tuncay/Ekmekçi, 400.

¹³⁸⁷ Tuncay/Ekmekçi, 400.

¹³⁸⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 568; Tuncay/Ekmekçi, 401; Sözer, Sosyal Sigortalar, 344.

¹³⁸⁹ Ergin, Geçiş Hükümleri, 87.

olağan emeklilik ve kolaylaştırılmış emeklilik durumlarının düzenlendiği ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanır. Bunun dışındaki fıkralar ise uygulanmaz (geç.m.7/IX). Dolayısıyla, maden işyerinin yeraltında çalışan kişi 30.04.2008 tarihinden sonra 01.10.2008'den önce dahi sigortalı olsa, 5510 sayılı Kanunun 28. madde hükmüne değil, geçiş hükmüne tabi olur. Kanun koyucu, maden işyerlerinin yer altı işlerinde çalışanlarla, diğer işlerde çalışanlar arasında 30.04.2008 tarihini esas alarak ayırım yapmıştır. Yukarıda da izah edildiği üzere, kanun koyucu bu yaklaşımı ile adeta maden işyerlerinde çalışanların diğer işte çalışanlara nazaran daha dürüst olduğunu düşünmüş olacak ki, anılan dönem bakımından bunlar için hayali sigortalılıkların olmadığı sonucuna varmış ve 01.10.2008 tarihini maden işçileri için esas almıştır. Farklı bir ifadeyle, bunların hakları korunmuştur. Bu ayırımın haklı nedeni olmadığı açıklanmıştır.

Geçici 9. madde uyarınca 506 sayılı Kanunda benimsenen anlayış, günümüzde de anılan Kanuna tabi olarak ilk kez sigortalı olanlar bakımından geçerliliğini devam ettireceğinden, 506 sayılı Kanuna göre ilk defa sigortalı olanların durumuna eşitlik ilkesi temelinde değinilecektir. Daha sonra 5510 sayılı Kanun döneminde kabul edilen anlayış ortaya konacak olup, ilk defa 5510 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmaya başlayanlarla, geçici 9. madde kapsamında olanlar arasında farklılık yaratılıp yaratılmadığı ve farklılıkların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı belirlenecektir.

bbb) İşin Devamlılığının Prim ve Sigortalılık Süresi Bakımından Aranan Şarta Etkisi

506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlar ve 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a) uyarınca sigortalılığı devam edenler bakımından, sigortalının maden işyerinin yer altı işinde sürekli ya da münavebeli çalışmasına göre, farklı sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve hesaplama esas prim gün sayısı belirlenmiştir¹³⁹⁰. Geçici m.9/V,(a) hükmü gereği, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce 506 sayılı Kanuna göre sigortalı olanlara, 28. maddede aranan yaş şartları olmaksızın, *20 yıldan beri* Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde *sürekli çalışması*¹³⁹¹ ve bu işlerde en az *5000 gün* malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları *primi ödemiş* olması koşuluyla yazılı

¹³⁹⁰ Baycık, Maden İşçileri, 182.

¹³⁹¹ Nakliyatçı, tahkimatçı, ambarcı, şef, başçavuş, çavuş ve benzeri işleri bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 569.

talepleri olması durumunda yaşlılık aylığı bağlanır. Bu düzenleme, 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (B) bendinin, (a) alt bendindeki hükmün tekrarı niteliğindedir¹³⁹².

Aynı fıkranın (b) bendi gereği ise, *en az 25 yıldan beri* bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde yer altı *münavebeli işlerinde*¹³⁹³ çalışan ve bu işlerde en az 4000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeyen sigortalılara yaş şartı aranmaksızın 8100 gün prim ödemiş sigortalılar gibi yaşlılık aylığı bağlanır. Bu hüküm de, 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (B) bendinin, (b) alt bendindeki düzenlemesinin tekrarını oluşturmaktadır¹³⁹⁴. Böylece sürekli veya münavebeli olmak üzere iki çalışan grubundan biri için düşürülen çalışma süresi, diğeri için artırılmış; biri için artırılan prim ödeme gün sayısı ise, diğeri için azaltılmıştır¹³⁹⁵. Kısaca belirtecek olursak, sürekli çalışan bir kimsenin bu işte 20 yıl çalışması ve 5000 gün prim ödemesi, aynı işyerinde münavebeli çalışan birinin ise 25 yıl çalışıp 4000 gün prim ödemesi gerekmektedir. İşin sürekliliği esas alınarak yapılan bu düzenleme isabetli olmuştur.

Söz konusu benimsenen anlayış uyarınca, ilk defa 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan kişiler, Kanunun yürürlük tarihinden önce sigortalı olanlar için öngörülen olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik hallerine ilişkin şartları sağlamadan aylık alabilirler. Yaş şartının kabul edilmemesine bağlı olarak, 506 sayılı Kanun döneminde 18 yaşında ilk defa sigortalı olan bir kimse, 20 yıllık sigortalılık süresinin maden işyerlerinin yer altı işlerinde geçmesi durumunda, 38 yaşında; aynı işyerinde münavebeli çalışmışsa 43 yaşında aylığa hak kazanabilir¹³⁹⁶. Diğer işlerde çalışan ve aynı dönemde sigortalı olanlar içinse yaş sınırı 58 ve 60'tır. Görüldüğü üzere, erkek sigortalılar bakımından 22

¹³⁹² **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 55.

¹³⁹³ İşçilerin gruplar halinde, bir ay çalıştırılıp bir ay dinlendirilmesi esasına dayalı çalışma olarak tanımlanmıştır, bkz. **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 344. Hükümde belirtilen işler posta başı, kazmacı, kazmacı yedeği, domuz damcı, domuz damcı yedeği gibi işlerdir, bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 569.

¹³⁹⁴ **Tuncay**, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, 55. İfade etmek gerekir ki, her ne kadar 5510 sayılı Kanunun geçici maddesindeki düzenlemenin 506 sayılı Kanundaki hükmün tekrarı olduğunu belirtsek de, mülga 506 sayılı Kanunda ilgili hükümlerde –yürürlükteki geçici maddeden farklı olarak– “50 yaşını doldurmamış” ifadesine yer verilmişti. Ancak 50 yaşını doldurmuş olanlar da 60. maddenin (B) bendinin (a) ve (b) alt bentlerindeki düzenlemeden yararlanabiliyorlardı, **Baycık**, Maden İşçileri, 184. Dolayısıyla, geçici madde hükmünde bu ifadeye yer verilmemiş olması, esasa ilişkin değişiklik olmadığından hükmün tekrarlandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Anlamı olmayan ifadenin 5510 sayılı Kanunda geçici maddede yer almaması isabetli olmuştur.

¹³⁹⁵ **Baycık**, Maden İşçileri, 182.

¹³⁹⁶ Yukarıda malullük sigortasında da ifade edildiği üzere, 5510 sayılı Kanunda 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayısına dahil edilir. 506 sayılı Kanunda 18 yaş sadece yaşlılık aylığı için öngörülmüş olup, 5510 sayılı Kanunda ise, malullük ve ölüm sigortası açısından da aynı şart aranmıştır, bkz. **Uşan**, 209.

ya da 17 yıl erken emeklilik olanağı sağlanmıştır¹³⁹⁷. Yukarıda da izah edildiği üzere, madenlerin yer altı işyerlerinde çalışma çok ağır ve yıpratıcı olduğundan, bu yerlerde çalışanların diğer çalışanlara göre daha çabuk yıprandığı ve biyolojik olarak daha erken yaşlandıkları şüphesizdir. Bu itibarla yapılan işin niteliği, diğer çalışanlara göre ayrımı haklı bir neden teşkil ettiğinden tespit edildiği şekilde erken emeklilik öngörülmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı açıktır.

Hükmün tartışmaya yer bırakmayacak biçimde açık olması karşısında, 5000 ve 4000 gün prim ödeme gün sayısının hesabında sadece maden işyerlerinin yer altı işlerinde sürekli ve münavebeli çalışmalar değerlendirilir ve bunun dışındaki çalışmalar ise dikkate alınmaz¹³⁹⁸.

Bunlardan başka ifade etmek gerekir ki, geçici 9. maddenin altıncı fıkrasında, sürekli ya da münavebeli çalışanlar için belirli bazı durumlarda prim ödeme gün sayısına ekleme yapılacağı kabul edilmiştir. Öğretide bu düzenleme ile fiili hizmet süresi zammının getirildiği ifade edilmiştir¹³⁹⁹. 506 sayılı Kanun bakımından bu sürenin itibari hizmet süresi olarak değerlendirilmesi, yürürlükteki düzenleme açısından ise fiili hizmet süresi zammı olarak nitelendirilmesi isabetli olur¹⁴⁰⁰. Buna göre, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde sürekli ya da münavebeli işlerinde çalışmaya başlayan sigortalıların 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra bu işlerde geçen çalışmalarının en az 1800 gün olması halinde, çalışmalarının dörtte biri, toplam prim ödeme gün sayılarına ilave edilir¹⁴⁰¹ (geç.m.9/VI). Bu bağlamda her 360 gün için 90 gün prim ödeme gün sayısı ilave edilir¹⁴⁰².

¹³⁹⁷ Gemicilik, madencilik gibi ağır ve yıpratıcı işkollarında çalışan işçilerin emeklilik yaşının bir çok ülkede ortalama 10 yıl öne alındığı ifade edilmiştir, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 385.

¹³⁹⁸ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 569; **Baycık**, Maden İşçileri, 182.

¹³⁹⁹ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 344.

¹⁴⁰⁰ **Uşan**, Değerlendirmeler, 457.

¹⁴⁰¹ Prim ilavesi söz konusu olduğunda, kurumun aktüeryal dengesi gözetilerek prim oranı belirlenmiştir. Buna göre, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, sigortalının prime esas kazancının % 23'üdür. Bunların %9'u sigortalı hissesi, %14'ü de işveren hissesidir (geç m.9/VI).

¹⁴⁰² Sağlanan bu olanakla maden işyerlerinin yer altı işlerinde sürekli olarak çalışan ve 4000 gün prim ödeyen sigortalı geçici 9. maddenin 5. fıkrasının (a) alt bendinde öngörülen olanaktan faydalanabilir. Zira bu durumda 1000 gün (4000 gün/4) eklenir. Münavebeli çalışmanın fiilen 3200 olması durumunda da, 800 gün (3200/4) ekleneceğinden sigortalı aynı maddenin (b) alt bendindeki düzenlemeden yararlanma hakkını haiz olur. Önemle ifade etmek gerekir ki, (b) alt bendindeki çalışmanın fiilen geçmesi zorunlu olmakla beraber, fiili hizmet süresi zammından yararlanmak için çalışmanın fiilen olması zorunlu değildir. Buna göre, münavebeli işte çalışan yer altı maden

En az 1800 günlük çalışmanın varlığı şart olduğundan, 1800 günden az çalışmalar için ekleme yapılamaz. Dolayısıyla, 1800 günden fazla çalışmış olanlarla az çalışmış olanlar arasında ayırım yapılmıştır. Maden işyerlerinin yeraltında çalışanlar, işin olumsuz koşullarından etkilenmesi için 1800 gün (5 yıl) geçmesine gerek yoktur. Nitekim, yürürlükteki düzenleme kapsamında ilk defa sigortalı olanlar bakımından prim ödeme gün sayısına ekleme yapmak için asgari çalışma süresi kabul edilmemiş, sadece yaş haddinden indirim yapılması için en az 1800 gün çalışma süresi kabul edilmiştir (m.40). Gerçekten, işin niteliği dikkate alındığında bir yıllık süre dahi gerekli yıpratıcılığa sahiptir. Bu bakımdan herhangi bir sınırlama yapmadan, 506 sayılı Kanun döneminde ilk defa sigortalı olan ve maden işyerlerinin yer altı işinde çalışanlar bakımından da, söz konusu işyerinde geçen sürelerin dörtte birinin eklenmesini kabul etmek isabetli olurdu. Çalışılan sürenin az olmasına bağlı olarak, eklenen süre de az olacağından Kurumun aktüeryal dengesinin bozulması da mümkün değildir. Bundan başka, hükümde prim ödeme gün sayısına ilave edileceği öngörüldüğünden, sigortalılık süresine ekleme yapılmaz.

ccc) İşin Devamlılığının Hesaplamaya Esas Teşkil Edecek Prim Gün Sayısına Etkisi

Maden işyerlerinin yeraltı *münavebeli işlerinde* çalışanlar için aylığın hesaplanmasında 4000 gün sayısı önem taşımamaktadır. Bu kişiler asgari 4000 gün prim sayısına ulaştığında, aylık bağlama oranının hesabında 8100 gün sayısı dikkate alınır. Daha net bir ifadeyle, en az 4000 gün prim ödeyen sigortalılar için 8100 gün prim ödemiş gibi hesaplama yapılır. Bu anlayışın benimsenmesi nedeniyle, maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde münavebeli işlerde çalışanlara bağlanacak yaşlılık aylığı da yüksek olacaktır.

Aynı işyerlerinde *sürekli çalışanlar* bakımından ise, benzer bir anlayış kabul edilmemiştir. Bunlar için yaşlılık aylığı hesaplanırken, ödemiş oldukları primler esas alınır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, geçici m.9/V,(b) düzenlemesi, 506 sayılı

işçisinin yılda 180 gün çalışıp 180 gün dinlendiği olasılıkta, 10 yıl yerine 5 yıl sonunda 1800 günlük çalışma koşulu gerçekleşmiş olur. Farklı bir ifadeyle, bu durumda fiilen çalışma 900 gündür, ancak fiili hizmet süresi zammı için fiilen çalışma aranmadığından, 1800 gün koşulu gerçekleşmiştir. Ancak münavebeli çalışmanın ¼ ü eklenir **Baycık**, Maden İşçileri, 187, 188. Buna göre, 900 günün ¼ ü eklenir.

Kanunun aynı konuyu düzenleyen m. 60/(B),(b) bendindeki hükmün tekrarıdır. Ancak bu durum, ayrımı haklı kılan neden olarak kabul edilemez. Zira 506 sayılı Kanun dönemi için de 8100 gün sayısının anlamı bulunmadığı ileri sürülmüştür¹⁴⁰³. Belirtilen şekilde bir farklılığın haklı nedeni olmadığından eşitlik ilkesine aykırı olan düzenleme, Kanunun yürürlüğünden önce sigortalı olanlar açısından devam edecektir. 5510 sayılı Kanunda ise aşağıda değinileceği üzere, münavebeli ya da sürekli çalışanlar arasında gerek hesaplamaya esas alınacak prim açısından, gerekse diğer şartlar bakımından yeknesaklık sağlanmıştır.

ddd) Yaş ve Prim Ödeme Gün Sayısı Bakımından Aranan Şartlar

Yukarıda açıklanan iki seçeneğe sahip olma hakkı bulunmayan sigortalılar için diğer işçilere nazaran daha kısa sürede emekli olma imkânı sunulmuştur¹⁴⁰⁴. Gerçekten, 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (D) bendinin (b) alt bendindeki düzenleme, 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin beşinci fıkrasının (c) bendinde yer almaktadır. Bahsi geçen hükme göre, 50 yaşını dolduran ve malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi çalışmalarının en az 1800 gününü Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yer altı işlerinde geçirmiş olan sigortalılar, birinci fıkrafta belirtilen diğer şartları sağlaması halinde aylığa hak kazanır. Böylece kanun koyucu, en az 1800 günlük çalışmasını yer altı maden işyerinde geçirmiş işçilerin de sağlıklarının olumsuz etkileneceğini, dolayısıyla daha erken yaşlılık aylığı alma haklarının olması gerektiğini kabul etmiştir¹⁴⁰⁵.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, maddede geçen birinci fıkra ifadesi ile hangi düzenlemenin kastedildiği açık değildir¹⁴⁰⁶. Bahsi geçen bentte atıf yapılan birinci fıkranın, maddenin birinci fıkrası olmadığı, beşinci fıkranın birinci bendi olduğu ileri sürülmüş, aksi halde anılan sigortalıların genel kurala tabi kılınmış olunacağı belirtilmiştir¹⁴⁰⁷. Farklı bir ifadeyle, atfın beşinci fıkranın birinci bendine yapıldığı savunulmuştur¹⁴⁰⁸. Bundan başka, “birinci fıkrafta belirtilen şartlarla” açıklamasının,

¹⁴⁰³ Güzel/Okur/Caniklioglu, 569.

¹⁴⁰⁴ Baycık, Maden İşçileri, 184.

¹⁴⁰⁵ Baycık, Maden İşçileri, 184.

¹⁴⁰⁶ Güzel/Okur/Caniklioglu, 570; Sözer, Sosyal Sigortalar, 345.

¹⁴⁰⁷ Güzel/Okur/Caniklioglu, 570.

¹⁴⁰⁸ Güzel/Okur/Caniklioglu, 570.

eksik kalan sigorta süresi açısından 25 yıla atıfta bulunduğu anlamına gelebileceği de ileri sürülmüştür¹⁴⁰⁹.

Kanımızca, atfın hangi düzenlemeye yapıldığının belirlenmesi konusunda, 506 sayılı Kanundaki düzenleme esas alınarak hareket edilmelidir. 506 sayılı Kanun döneminde, yürürlükteki geç. m.9'daki düzenleme ile aynı hükmün yer aldığı 60. maddenin (D) bendinin, (b) alt bendi şu şekildeydi: *“50 yaşını dolduran ve malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi çalışmalarının en az 1800 gününü Sosyal Güvenlik ve Çalışma bakanlıklarınca tespit edilen maden işyerlerinin yer altı işlerinde geçirmiş bulunan, sigortalılar da (A) bendinin (a) veya (b) fıkralarında belirtilen diğer şartlarla yaşlılık aylığından yararlanırlar.”*¹⁴¹⁰ Görüldüğü üzere, 506 sayılı Kanun döneminde konuyu düzenleyen aynı hükümde atıf açıkça, olağan emeklilik ve kolaylaştırılmış emeklilik hallerini düzenleyen bende yapılmıştı. Nitekim öğretide, *“08.09.1999'dan sonra sigortalı olanlara ise 7000 gün veya 25 yıllık sigortalılık süresi ve en az 4500 gün prim gün sayısı koşullarının yerine gelmesi halinde yaşlılık aylığı bağlanır.”* şeklinde görüş bildirilerek, 506 sayılı Kanun dönemindeki yaş dışındaki olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik halleri esas alınmıştır¹⁴¹¹.

İncelemekte olduğumuz geçici 9. maddenin 5. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinin, 506 sayılı Kanunun aynı konuyu düzenleyen bentlerinin tekrarı niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, atfın da benzer biçimde olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik hallerini düzenleyen geçici 9. maddenin birinci fıkrasına yapıldığını kabul etmek yerinde olur. Söz konusu fıkra, uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Buna göre, sigortalı çalışmalarının en az 1800 gününü maden işyerlerinin yer altı işlerinde geçiren ve en az 7000 gün prim ödemiş olan ya da sigortalı çalışmalarının 1800 günü maden işyerlerinin yer altı işlerinde geçiren, 4500 gün prim ödeyen ve 25 yıllık sigortalılık süresi bulunan sigortalılar da 50 yaşını tamamlamak suretiyle aylığa hak kazanırlar. Öğretide her ne kadar, maddenin birinci fıkrasına atıf yapıldığı kabul edildiğinde, geç.m.9/V,(c)

¹⁴⁰⁹ Sözer, Sosyal Sigortalar, 345.

¹⁴¹⁰ 506 sayılı Kanun döneminde aynı düzenleme için öğretide *“50 yaşını dolduran ve sigortalı çalışmalarının en az 1800 gününü maden işyerlerinin yer altı işlerinde geçiren ve en az 5000 gün prim ödemiş olan ya da sigortalı çalışmalarının 1800 gününü maden işyerlerinin yer altı işlerinde geçiren, 3600 gün prim ödeyen ve 15 yıllık sigortalılık süresi olan sigortalılar da yaşlılık aylığına hak kazanır”* şeklinde yorumu yapılmıştır, bkz. Tuncay/Ekmekçi, 401.

¹⁴¹¹ Tuncay/Ekmekçi, 401.

hükümünün anlamsızlaşacağı ileri sürülmüşse de, olağan emeklilik durumunda yaş şartı 58-60, kolaylaştırılmış emeklilik de ise normal yaş hadleri 3 yıl artırıldığından, hükmün anlamını yitirdiğinden bahsetmek mümkün değildir.

bb) İlk Defa 5510 sayılı Kanun Kapsamında Sigortalı Olma

aaa) Yaş Şartı

5510 sayılı Kanun döneminde ilk kez sigortalı olanlara yönelik düzenleme de eşitlik ilkesi açısından değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede geçici 9. maddenin kapsamında olanlar için öngörülen ve yukarıda ortaya koyduğumuz şartlar da göz önünde bulundurulacak ve ilk defa 5510 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlar için öngörülenler ile eşitlik ilkesi temelinde kıyaslanacaktır.

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin 6. fıkrasında, bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işlerinde *sürekli veya münavebeli* olarak *en az 20 yıldan beri çalışan* sigortalılar için ikinci fıkra da belirtilen *yaş şartının 55* olarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, 506 sayılı Kanun döneminde olduğu ve bunlar için 5510 sayılı Kanunun geçici maddesiyle benimsendiği gibi, söz konusu kolaylaştırılmış emeklilik seçeneğinin uygulama alanı bulması için işyerinin maden işyeri olması yetmemekte, maden işçisi sigortalının işyerinin yeraltı işlerinde çalışması da gerekmektedir¹⁴¹².

Belirtilen işyerlerinin yer altı işlerinde en az 20 yıldan beri çalışanlar için olağan emeklilik yaşı olarak kabul edilen 58 ve 60 yaşları (m.28/II), 55 yaş olarak uygulanır. Yukarıda 506 sayılı Kanun dönemindeki düzenleme incelenirken de ifade edildiği üzere, maden işyerlerinde ve özellikle bunların yer altı işlerinde çalışmak zordur¹⁴¹³. Burada çalışanların, diğer işyerlerinde çalışanlara göre daha erken yaşta yıpranacağına şüphe duyulamaz. Hatta işin niteliği, asgari yaş şartı öngörmeksizin yaşlılık aylığının bağlanmasını gerekli kılacak zorluktadır. Yaptıkları işin niteliği bakımından farklı olanlara aynı ya da benzer şartların öngörülmesi ilkeye aykırılık oluşturur. Bu bakımdan 506 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi herhangi bir yaş şartının kabul edilmemesi

¹⁴¹² Uşan, 220.

¹⁴¹³ bkz. §11,II, 4, b, aa.

yerinde olurdu. Sonuç olarak, kolaylaştırılmış emekliliğin sadece maden işyerlerinin yer altı işyerinde çalışanlar için öngörülmesi eşitlik ilkesine aykırı olmadığı gibi, farklı işte ve işyerinde çalışanlar için öngörülen benzer yaş şartının kabul edilmiş olması ve 01.10.2009 tarihinden önce sigortalı olan ancak aynı işyerinde çalışan maden işyerlerinde çalışanlar aleyhine eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmuştur.

Aykırılık belirtilenden ibaret değildir. Gerçekten izah edildiği üzere, 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan (01.10.2008'den önce) ve m.4/I,(a) kapsamında sigortalılığı devam eden kişi, geçici 9. madde uyarınca herhangi bir yaş sınırına ulaşmadan aylığa hak kazanabilecekken, bir gün sonra sigortalı olan ve aynı işyerinde çalışan 5510 sayılı Kanunun 28. maddesine tabi olan ise asgari yaş sınırını (55) tamamlamalıdır. Yapılan işin niteliği ve yaratacağı etki farklı olmamasına rağmen, salt sigortalılığın başladığı tarihi esas alınarak yaş şartı bakımından aynı hukuki statüdekiler arasında ayrım yapılması haklı nedene dayanmamaktadır. Şüphesiz kanun koyucu toplumun değişen yapısına, zamana, finansman kaynaklarına vb. nedenlere göre farklı düzenlemeler yapma hakkına sahiptir. Ancak farklı dönemlerde sigortalı olanlar için öngörülen şartların makul biçimde farklılaştırılması gerekir.

Her ne kadar sigortalılığın başladığı tarihe göre yapılan bu ayrım isabetli değilse de, hiç kuşku yok ki, 5510 sayılı Kanundan önce bağımsız çalışan ve devlet memurları ile kamu görevlileri için kabul edilmemiş olan düzenlemenin, 5510 sayılı Kanunla benimsenmesi son derece isabetli olmuştur. Böylece, 5510 sayılı Kanundan önce hukuki statü temelinde maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde çalışanlar arasında yapılan ayrım giderilmiştir.

bbb) Prim Şartı

İlk defa 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar için, 506 sayılı Kanundan farklı olarak 25 yıllık çalışma süresi kabul edilmemiş ve en az 20 yıl çalışma süresinin yeterli görülmüştür. Ancak olağan emeklilik bakımından aranan prim ödeme gün sayısı şartı açısından indirim yapılmamıştır. Dolayısıyla bu sigortalıların da, diğer işyerlerinde çalışanlar gibi 7200/9000 gün prim ödemesi/bildirmesi gerekmektedir¹⁴¹⁴. Kabul edilen

¹⁴¹⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 568; Tuncay/Ekmekçi, 404; Sözer, Sosyal Sigortalar, 366.

prim ödeme gün sayısı, maddede öngörülen çalışma süresiyle ilişkilidir. Ancak bu ilişki, sadece m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalılar için kurulmuştur. Gerçekten, belirtilen işyerinde ve işte 20 yıldan beri çalışan m.4/I,(a) kapsamındaki kişi adına zaten 7200 gün prim bildirilmiş olur. Ancak diğer kapsamdaki sigortalılar için 9000 gün prim ödenmesi/bildirilmesi öngörüldüğünden, çalışma süresinin en az 25 yıl olması ve bu 25 yılın en az 20 yılının maden işyerlerinin yer altı işlerinde geçmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, prim ödeme gün sayısının olağan emeklilikte olduğu gibi 9000 gün olarak kabul edilmesi nedeniyle, m.4/I,(b) ya da (c)'ye tabi kişi 20 yıl yer altında çalışmış olsa hatta 24 yıl çalışmış olsa bile yaşlılık aylığına hak kazanamaz. Bu farklılığın haklı nedeni bulunmadığından, düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır.

Kanımızca, prim ödeme gün sayısının m.4/I,(b) ve (c) kapsamındaki sigortalılar için de -20 yıllık çalışma süresiyle ilişkili olması bakımından- 7200 olarak belirlenmesi yerinde olurdu. Bu noktada, m.4/I,(b) ve (c) kapsamında olanlar için prim gün sayısı 7200 olarak kabul edildiğinde, m.4/I,(a)'ya tabi sigortalılar için prim ödeme gün sayısının eşitlik ilkesi gereği 7200 günün altına düşürülmesinin gerekip gerekmediği tartışılmalıdır. Zira yukarıda olağan emeklilik halinde prim ödeme gün sayısı incelenirken, çalışma şekli dikkate alınarak farklı prim ödeme gün sayılarının öngörülmüş olmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı, iş sözleşmesine göre çalışanların çalışmasının diğerlerine göre süreklilik arz etmesi daha zor olduğundan, böyle bir farklılığın haklı nedene dayandığı ve ayırımın yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmişti¹⁴¹⁵. Bu anlayışa rağmen, maden işyerlerinin özelliği gereği, bağımsız çalışan ve devlet memurları ile kamu görevlileri için prim ödeme sayısının 7200 olarak aynı öngörülmesi eşitlik ilkesine aykırı olmaz. Diğer taraftan prim ödeme gün sayısının düşürülmesi gerektiği kanaatine varılsa bile, öngörülen *20 yıllık çalışma süresi* şartı düşürüldüğünde, prim gün sayısının da m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalılar için düşürülmesi anlam ifade eder. Aksi halde zaten 20 yıl çalışan sigortalı 7200 gün prim ödemiş olur. Kanımızca, kapsamdaki bütün sigortalılar için 20 yıllık çalışma ve bununla bağlantılı olarak 7200 gün prim bildirme/ödeme şartının kabulü eşitlik ilkesi bakımından isabetli olur.

¹⁴¹⁵ bkz. §11,II, 3, d.

Sonuç olarak, 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan bir kimsenin sürekli veya münavebeli çalışma durumuna göre öngörülen şartların gerçekleşmesi, 5510 sayılı Kanundakilerle kıyaslandığında oldukça kolaydır. Gerçekten, 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan ve maden işyerlerinin yer altı işlerinde 20 yıl çalışan ve 5000 gün prim ödeyen bir kimse herhangi bir yaş sınırına ulaşması gerekmeden yaşlılık aylığı alabileceken; 5510 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan bir kimse –salt sigortalı olma tarihi nedeniyle- daha ağır şartlarla aylığa hak kazanabilir. Bu kişilerin farklı tarihte sigortalı oldukları, bu nedenle benzer durumda olmadığı ve kıyaslanmayacağı yönündeki bir görüş kabul edilemez. Çalışılan işin niteliği sigortalı olunan tarihten bağımsız olarak aynı veya benzer olumsuz etkiyi sigortalı üzerinde göstereceğinden, bu kişiler kıyaslanabilecektir. Kanun koyucunun geçmiş dönemde sigortalı olanların kazanılmış hakkına saygı duyması isabetli olmuşsa da, hiç değilse benzer kolaylıkların 5510 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılar için de getirilmesi gerekirdi.

Öte yandan, maddede sürekli (buralarda nakliyatçı, tahkimatçı, ambarcı, şef, başçavuş, çavuş vb işler) ve münavebeli (dönüşümlü-nöbetleşe) çalışanlar için aynı sürenin öngörülmesi yerine, 506 sayılı Kanunda olduğu şekilde farklı sürelerin kabul edilmesi eşitlik ilkesi bakımından yerinde olurdu. Buna göre, sürekli çalışanlar için daha az ya da dönüşümlü çalışanlar için daha fazla sigortalılık süresi kabul edilmeliydi. Nitekim, yukarıda da ifade edildiği üzere, bu yaklaşımın yürürlükten kaldırılan ve ilk kez 506 sayılı Kanuna göre sigortalı olanlar için 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesiyle devam ettirildiği anlaşılmaktadır. İzah edildiği üzere, en az 20 yıldan beri maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde sürekli çalışan ve bu işlerde 5000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeyen sigortalılara; münavebeli işlerinde 25 yıldan itibaren çalışılması durumunda ise 4000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeyen sigortalılara yaş şartı aranmaksızın yaşlılık aylığı bağlanacaktır.

Geçici madde 9/VI hükmünün son cümlesine göre, 5510 sayılı Kanun kapsamında ilk defa maden işyerlerinin yer altı veya yer altı münavebeli işlerinde çalışmaya başlayan maden işçileri için tamamlaması gereken pirim ödeme ve sigortalılık hizmet süresinin hesabında Kanunun 40. maddesinde düzenlenmiş olan fiili hizmet süresi zammı dikkate

alınır¹⁴¹⁶. Dikkat edilirse, 5510 sayılı Kanunun fiili hizmet süresi zammına ilişkin hükmün belirtilen işlerde çalışan maden işçisine uygulanabilmesi için, kişinin ilk defa 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olması gerekli değildir. 5510 sayılı Kanundan önce sigortalı olan ve ancak Kanun yürürlüğe girdikten sonra ilk defa maden işyerlerinin yer altı veya münavebeli işlerde çalışmaya başlayanlar için de uygulanır.

Hatırlanacağı üzere, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce çalışmaya başlayan ve bu dönemde veya sonra bu işlerde geçen çalışmaların için maden işyerlerinin yer altı işyerlerindeki çalışma süresinin en az 1800 gün olması durumunda, bunun dörtte biri prim ödeme gün sayısına eklenmektedir. Böylece maden yer altı işlerinde geçirilen her yıl için 90 gün kazanılması 506 sayılı Kanun zamanında maden işyerlerinin yer altı işinde çalışmaya başlayan ve 5510 sayılı Kanun döneminde de devam eden sigortalı için mümkündür¹⁴¹⁷. Bu durum 506 sayılı Kanun dönemi için itibari hizmet sürelerinin eklenmesiyle ilgiliydi. 5510 sayılı Kanun zamanında ilk kez sigortalı olanlar içinse, anılan Kanunun 40. maddesinde yer alan fiili hizmet süresi zammı uygulanacağı kabul edildiğinden, hükümdeki liste uyarınca yer altı işlerine 180 gün prim eklemesi söz konusu olacaktır. Kanun koyucu bu şekilde 5510 sayılı Kanun döneminde ilk defa sigortalı olan ya da 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan ancak ilk defa yürürlükteki düzenleme zamanında maden işyerlerinin yeraltında çalışmaya başlayanlar için daha fazla prim gün sayısının eklenmesini kabul etmiştir. Kanımızca mülga Kanun döneminde de ilk kez çalışanlar açısından aynı sürenin eklenmesinin öngörülmesi isabetli olurdu.

5. İşin Niteliği ve Yapıldığı Yerin Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartlarına Etkisi: Fiili Hizmet Süresi Zammı

a) Yer Altında Yapılan İşler Dışındaki İşlerin Dikkate Alınması Gerekliliği

Yaşlılık aylığına hak kazanılmasında işin niteliği esas alınarak kolaylık yapılması gerekli tek iş maden işleri değildir. Farklı bir ifadeyle, ağır tehlikeli ve yıpratıcı türden işler, sadece maden işlerinden ibaret değildir. Maden işinden başka, ağır, tehlikeli ve

¹⁴¹⁶ Uşan, 222.

¹⁴¹⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 570.

yıpratıcı türden işte çalışanlar da diğer sigortalılara göre daha kısa sürede yaşlanırlar ve bunların da çalışma gücü ve hayat süreleri kısalmır¹⁴¹⁸. Öngörülecek farklı koşullarla, yıpratıcı işte çalışanlara daha erken yaşlılık aylığına hak kazanma olanağını sunmak, sosyal düşüncenin gereği olup, bu olanak tazmin veya telafi amacıyla tanınır¹⁴¹⁹. Ayrıca söz konusu niteliklere sahip işlerde çalışanlara daha erken yaşta emekli olama olanağı tanınarak, bu işlerde çalışma özendirilmektedir¹⁴²⁰. Gerçekten buhar, is, duman, kurum, toz, koku, asit, zehirli gaz, gürültü, sarsıntı ve radyoaktif ışın gibi ağır ve yıpratıcı çalışma şartlarına rağmen, bu şartlara açık birçok kuruluşun kurulması, çalıştırılması ve faaliyetini sürdürmesi ekonomik, kültürel, sosyal ve sağlık yönlerinden topluma katkıları sebebiyle zorunlu bulunmaktadır.

Benimsediğimiz anlayış çerçevesinde yapılacak farklılıklar haklı nedene dayanacağından, eşitlik ilkesine aykırılık da söz konusu olmaz. Bilakis, bu kişileri mutlak eşitlik anlayışı çerçevesinde diğer çalışanlarla eşit tutarak, aynı koşullara tabi kılmak, eşitsizlik yaratmak anlamına gelir. Öte yandan, bu şekilde bir düzenleme yaparken bütün ağır ve tehlikeli işlerde çalışanların kapsama alınması konusunda eşitlik ilkesine uygun davranılmalıdır. Farklı bir ifadeyle, bazı tehlikeli işleri kapsama alıp, bazılarını ise almamak ayrımı haklı kılan neden olmadığı sürece eşitlik ilkesine aykırı olur.

Nitekim AYM, 506 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu kararında bu konuya dikkat çekmiştir. Davaya konu olan 506 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde geçen “azotlu gübre ve şeker sanayi” ifadesi, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle AYM tarafından iptal edilmiştir¹⁴²¹. AYM özetle “...İtiraz konusu Yasa kuralının, ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerde çalışan kişilere itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı tanımak amacıyla kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi dalında da bu nitelikte işlerin görülmekte olduğu açıktır. Bu durumda, itibari hizmet süresinden yararlanabilecekler belirlenirken yapılan işin niteliğinin dikkate alınması, böylece hangi iş kolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün

¹⁴¹⁸ Caniklioğlu, İtibari Hizmet Süresi, 127.

¹⁴¹⁹ Tuncay/Ekmekçi, 406.

¹⁴²⁰ Caniklioğlu, İtibari Hizmet Süresi, 127

¹⁴²¹ Söz konusu kararın değerlendirilmesine yönelik bkz. Caniklioğlu, İtibari Hizmet Süresi, 127 vd.

sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin gereğidir...” ifadelerine yer vermiştir¹⁴²². Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme isabetli biçimde, ağır ve tehlikeli işler tanımına uyan bazı işlerin kapsama alınmasını, bazılarının ise alınmamasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Söz konusu karardan sonra 506 sayılı Kanunda düzenlenen muadil kurum çok daha geniş bir kitleyi ilgilendirir hale gelmiş ve belirli bir sanayi sektörü ile sınırlı olmaksızın pek çok sektörde maddede sayılan işleri yapan sigortalılar kapsama dahil edilmiştir¹⁴²³.

Öte yandan ifade etmek gerekir ki, sadece bütün ağır ve tehlikeli işlerin kapsama alınmaması suretiyle eşitlik ilkesine aykırı durum meydana gelmez. Bundan başka, ağır ve tehlikeli işte çalışmamasına rağmen, herhangi bir haklı neden olmaksızın bu kişilere fiili hizmet süresi zammı öngörmek de, ayrıcalık tanınması sonucunu doğuracağından eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşur. Bu bağlamda kanun koyucunun bu hususları dikkate alarak, daha erken yaşlılık aylığı alması gerekenlerin kapsamını belirlemesi gerekir.

5510 sayılı Kanunda ağır ve tehlikeli işlerde çalışanların aylığa daha erken kazanması gerektiği yönündeki hakkaniyete uygun düşünce benimsenerek, fiili hizmet süresi zammı ile itibari hizmet süresi adı altında düzenleme yapılmıştır. Fiili hizmet süresi zammına ve itibari hizmet süresine ilişkin hükümlerle yıpratıcı işlerde çalışanların, gerçekte çalıştıkları süreden daha fazla çalıştığı (farazi çalışma süresi) kabul

¹⁴²² AYM., 04.10.2006 t., E. 2002/157, K. 2006/97, RG. 27.03.2007 t., S. 26475. Kararın yürürlük tarihinden önceki dönem için itibari hizmet süresinin uygulanmayacağı Yargıtay kararında belirtilmiştir: “İtibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektiren olgunun sanayi kolları farklı olsa da belli, ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerin yapılması olduğu, bu nitelikte işleri yapan kişilerin aynı durumda olmadıklarının ileri sürülemeyeceği ve aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tabi tutulmasının Anayasa’nın eşitlik ilkesine yer veren 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu düzenlemede yer alan “azotlu gübre ve şeker sanayii” ibaresi Anayasa Mahkemesi’nin 27.3.2007 tarih 26475 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4.10.2006 tarihli ve 2002/157 Esas 2006/97 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiş ise de, Anayasa’nın 153/5. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi de gözetildiğinde, davacının Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının yürürlük tarihi olan 27.3.2007 tarihinden önceki dönem yönünden itibari hizmetten yararlandırılması mümkün değildir. Somut olayda, davacının yapı malzemeleri imal eden davalı işyerinde 22.4.1998 - 31.12.2008 tarihleri arasında çalıştığı, 27.3.2007 tarihinden sonraki dönemde itibari hizmet süresine dair priminin kuruma ödenmesi sebebiyle bu tarihten sonraki dönem yönünden talebin konusuz kaldığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurulmasının yerinde olduğu; ancak Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi gözetilmeden iptal kararının yürürlük tarihi olan 27.3.2007 tarihinden önceki dönem yönünden davacının itibari hizmetten yararlandırılmasına karar verilmesi doğru değildir.” YHGK. 21.03.2012 t., E. 2012/21-6, K. 2012/222, www.legalbank.net

¹⁴²³ Caniklioğlu, İtibari Hizmet Süresi, 128.

edilmiştir¹⁴²⁴. Böylece, gerçekte var olmayan farazi prim ödeme gün sayısı oluşturulmuş ve ağır olmayan işte çalışanlara nazaran daha olumlu bir durum yaratılmıştır¹⁴²⁵. Zira fiili hizmet süresi zammı ve itibari hizmet süresi bazı ağır, tehlikeli ve yıpratıcı işlerde çalışanların veya görevleri nedeniyle irade dışı hizmet kesintisi yaşayanların fiili hizmet sürelerinin önceden saptanmış süreler kadar artırılmasıdır¹⁴²⁶. Sonuç olarak, belirli işlerde ve işyerlerinde çalışanların prim ödeme gün sayılarına fiili hizmet zammı olarak ilave yapılır¹⁴²⁷.

b) Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulamasının Kapsamı

aa) Kişi Bakımdan Kapsamı

“Fiili hizmet süresi zammı” 5510 sayılı Kanunun 40. maddesinde, “itibari hizmet süreleri ve itibari hizmet süresi primi” ise, 49. maddede düzenlenmiştir¹⁴²⁸. 5510 sayılı Kanundan önce, 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (E) bendinde ve ek 5. ve 6. maddelerinde “itibari hizmet süresi” ve 5434 sayılı Kanunun 32. maddesinde ise, “Fiili Hizmet Müddeti Zammı”, ayrıca bu Kanunda 35. madde hükmünde “İtibari Hizmet Süresi” de düzenlenmiştir.¹⁴²⁹ 5510 sayılı Kanunun 106. maddesiyle, anılan hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. 1479, 2926 ve 2925 sayılı Kanunlarda ise, aynı ya da benzer nitelikte düzenleme bulunmuyordu. Sonuç olarak, mülga kanunlar döneminde hukuki statü temelinde farklılıklar bulunmaktaydı.

Yürürlükteki düzenlemede de fiili hizmet süresi zammı ve itibari hizmet süreleri belli kapsamdaki sigortalılar için kabul edilmiştir. Öyle ki, fiili hizmet süresi zammından m.4/I,(b)’ye tabi sigortalılar yararlanamaz¹⁴³⁰. Bu olanağın sadece m.4/I,(a) ve (c)

¹⁴²⁴ Tuncay/Ekmekçi, 406; Uşan, 213; Çavuş, 155.

¹⁴²⁵ Buna karşılık, farazi prim ödeme gün sayısı yanında farazi sigortalılık süresi oluşturulduğu da ileri sürülmüştür, bkz. Çavuş, 155. Esasen, aşağıda da ifade edileceği üzere, fiili hizmet süresi zammına ve itibari hizmet süresine bağlanan sonuçlar dikkate alındığında, sadece farazi prim ödeme gün sayısının oluşturulduğunu kabul etmek doğru olur, Caniklioğlu, İtibari Hizmet Süresi, 135.

¹⁴²⁶ Ergin, Fiili Hizmet Süresi, 183; Uşan, Değerlendirmeler, 459.

¹⁴²⁷ Ertük, Genel Bakış, 1054.

¹⁴²⁸ Konuya ilişkin “Fiili Hizmet Süresi Zammı uygulamasının Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” çıkarılmış, ayrıca 05.06.2009’da “Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması” konulu 2009/79 sayılı Genelge yayınlanmıştır. Yönetmelik’te fiili hizmet süresi zammından yararlanma şartları, bu zam kapsamındaki işyeri ve işlerin tespiti, buralarda çalışan sigortalıların malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları prim oranları ve bu zammın ne şekilde değerlendirileceği vb. konular yer almıştır

¹⁴²⁹ Caniklioğlu, İtibari Hizmet Süresi, 135. Ergin, Fiili Hizmet Süresi, 183. Düzenlemelerin aynı içeriğe ve öze sahip olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Çavuş, 155.

¹⁴³⁰ Uşan, 215; Ergin, Fiili Hizmet Süresi, 191.

kapsamındaki sigortalılarla sınırlandırılmasını ise anlamak mümkün değildir. Esasen liste incelendiğinde, bazı işler için zaten bağımsız çalışmanın söz konusu olamayacağı görülmektedir; ancak bazı işler için, bağımsız çalışmanın sınırlı biçimde de olsa gerçekleşmesinin mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Bağımsız çalışmanın gerçekleşebileceği bir durumda, bağımsız çalışanın karşılaşacağı risk, diğer çalışanların maruz kalacağından az ya da fazla değildir. Dolayısıyla, bağımsız çalışanlar için de fiili hizmet süresi zammının kabul edilmesi eşitlik ilkesi bakımından isabetli olurdu. Öğretide, 1479 sayılı Kanunda fiili hizmet süresi zammından yararlanmayan, ancak 5510 sayılı Kanunun ilk halinde yararlandırılması öngörülen Bağ-Kur sigortalıları yönünden uygulama güçlüğü dikkate alınarak, bunların kapsam dışı bırakıldığı ileri sürülmüştür¹⁴³¹.

Bağımsız çalışanlardan başka, 40. madde hükmünde açıkça, fiili hizmet süresi zammının *uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında*, prim ödeme gün sayısına ekleneceği belirtildiğinden, sadece kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışanlarla, yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, aylıkları kesilmeksizin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanlar fiili hizmet süresi zammından faydalanamaz¹⁴³². Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler, uzun vadeli sigorta kolları prim ödeme gün sayısına ilave edilemeyeceğinden (m.30/son), bunlar için fiili hizmet süresi zammı öngörmek makul değildir. Başka bir ifadeyle, Kanunda sosyal güvenlik destek primi ile çalışmaya ve kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışanlara ilişkin benimsenen anlayışın gereği olarak, bu şekilde çalışanlara fiili hizmet süresi zammı öngörülemez.

bb) İş ve İşyeri Bakımından Kapsamı

Kanunun ilk halindeki düzenleme kural olarak bütün sigortalıları kapsama almakla beraber, bazı iş ve işyeri bakımından iş sözleşmesine tabi çalışanlarla devlet memurları ve kamu görevlileri arasında ayırım yapmıştı. Bu durum eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle AYM’de açılan iptal davasına konu edilmişti. Davanın temel gerekçesi, Kanunun ilk halindeki cetvelin 8., 12., 13. ve 14. sıradaki düzenlemelerinin sadece kamu görevlileri ile devlet memurlarına yönelik olmasıydı. Bu cetvelle, Türkiye Radyo-

¹⁴³¹ Ertük, Genel Bakış, 1054.

¹⁴³² Ergin, Fiili Hizmet Süresi, 186; Çavuş, 162.

Televizyon Kurumu'nda haber hizmeti yapan ve haber hizmetlerinde çalışanlar ile devlet tiyatrosu sanatçıları ve Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrasının şef ve üyelerinin fiili hizmet süresi zammından yararlanmalarına olanak tanındığı; ancak, aynı ya da benzer etkinlikleri özel televizyon kuruluşları, özel tiyatrolar ve orkestralarda yürütenler bakımından tanınmadığı; öte yandan, özel güvenlik hizmetinde çalışanların da fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmadığı, oysa özel güvenlik hizmetlerinin gerektirdiği teknik uygulamalar ile emniyet ve polis mesleğinde çalışanların görev ve sorumlulukları arasında, çalışanların yıpranması yönünden bir fark bulunmadığı, özel güvenlik görevlilerinin fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmamalarının da Anayasa'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı; bunlardan başka ziraî mücadele ve ziraî karantina teknik ve idarî işleri ile salgın, bulaşıcı, paraziter hayvan hastalıkları ile mücadele işlerinde Tarım Bakanlığı Ziraî Mücadele ve Karantina Teşkilatı ile Veteriner Teşkilatında vazife gören memur ve hizmetliler fiili hizmet süresi zammından yararlandıkları halde, aynı ya da benzer işleri gören özel sektörde çalışan veterinerlerin bu zamdan yararlandırılmamalarının da eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Diğer taraftan, hayvan hastalıkları ile mücadele işlerinde çalışan veteriner, vazife gören memur ve hizmetliler fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmalarına karşın insan sağlığı konusunda çalışan doktor ve diğer sağlık personelinin de bu zamdan yararlandırılmamasının da eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.

AYM Kanunun ilk halindeki 8., 12., 13., 14. sıradaki düzenlemeleri iptal etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, ilginç biçimde konuya bakış açısındaki önyargıdan kurtulamamış olacak ki, *“40. maddede yer alan cetvelin 8., 12., 13., ve 14. sıralarındaki düzenlemeler, yukarıda genel açıklama bölümünde belirtildiği üzere, Yasa'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına giren sigortalılar yönünden, Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir”* ifadelerine yer vermiştir. Maddenin değerlendirilmesinde Yüksek Mahkeme tarafından atıf yapılan *“genel açıklama bölümünde ileri sürülen gerekçeler”*, devlet memurları için farklı düzenleme yapılmasını sağlamaya yöneliktir. Görüldüğü üzere, AYM *iş sözleşmesine tabi çalışanlar için* eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen düzenlemeyi, kamu görevlileri yönünden iptal etmiştir. Başka bir deyişle, AYM olaya yine iş sözleşmesine

tabi olanlar yönünden bakamamış, ileri sürülmemiş olmasına rağmen devlet memurlarının haklarını koruma gereğini duymuştur.

5754 sayılı Kanunla ve daha sonra 6385 sayılı Kanunla yapılan eklemelerle, fiili hizmet süresi zammı bakımından kapsama alınan işler ve işyerleri 18 sınıf altında sınırlı olarak listelenmiştir. Fiili hizmet süresi zammından yararlanabilmek için her şeyden önce maddede listenin birinci sütununda bulunan işyerlerinde (işlerde) ve ikinci sütunda belirlenen işte çalışılması gerekir (2009/79 s. Gen. m.2/2). İşyeri ve iş koşullarının birlikte bulunması şarttır. Söz konusu işleri/görevleri yapmayan veya sayılan işleri/görevleri yaptıkları halde, maddede belirtilen işyerlerinde çalışmayan sigortalıların işyeri ve iş koşulu şartı bir arada yerine gelmediğinden fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmalarına imkan bulunmamaktadır (2009/79 s. Gen. m.2/2). Ancak maddede belirtilen işte ve işyerinde çalışması da yeterli görülmemiş, ayrıca sigortalının bu işlerde fiilen çalışarak, söz konusu işlerin risklerine maruz kalması da koşul olarak kabul edilmiştir (5510 s.K. m.40). Öyle ki, bu kurala mutlak biçimde bağlı kalınmış ve günlük çalışma süresinin bir bölümünde fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki işlerde çalışan sigortalıların çalıştıkları sürelerle orantılı olarak fiili hizmet süresi zammından yararlandırılacakları kabul edilmiştir (2009/79 s. Gen.2/2).

Benimsenen bu anlayışın sonucu olarak, sigortalının maddede sayılan işyerlerinde kadroda görünmesi, kural olarak çalışmanın fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilmesi için yeterli değildir¹⁴³³. Böylece, gerçekten yıpratıcı işte çalışanların fiili hizmet süresi zammından yararlanması sağlanmak istenmiştir¹⁴³⁴. Bu anlayışın yerinde olduğunu ifade etmek gerekir. Aksi bir düşünce eşitsizliklere yol açardı. Gerçekten, listede yer alan işyerinde/işte çalışan herkesin yaptığı işin, aynı şekilde

¹⁴³³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 12 Bası, 509.Çavuş, 162.

¹⁴³⁴ Fiilen çalışma şartı arandığından genelgede de buna uygun düzenleme yapılmıştır: Fiili hizmet süresi zammı kapsamında olan işyerlerinde çalışan sigortalıların çalışılan ayın bazı günlerinde kapsam dışı işlerde geçen süreleri ile kapsamda olan işlerde fiilen çalışmayarak risklerine maruz kalmadıkları resmi tatil, yıllık izin, ücretsiz izin, ücretli izin, sıhhi izin ve eğitim kurs süreleri Kanunun 40 ıncı maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak, Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet ve Milli İstihbarat Teşkilatında fiili hizmet süresi zammı kapsamında çalışan sigortalıların ücretsiz izin süreleri dışındaki diğer süreleri Kanunun 40 ıncı maddesi kapsamında değerlendirilecektir (2009-79 s. Gen. 2/2). Böylece, TSK, Emniyet ve MİT’de çalışanların ücretsiz izin dışındaki izinlerinde geçirdikleri süreler de dikkate alınır. Bu anlayışın Kanunda benimsenen yaklaşıma uygun olduğunu belirtmek gerekir. Zira anılan yerlerde çalışanların fiili hizmet süresi zammından yararlanabilmesi için kadroda bulunması yeterlidir. Fiilen çalışma ve işin risklerine maruz kalma şartı bunlar için aranmamıştır.

yıpratıcı olduğundan bahsedilemez. Birinci bölümde de ifade ettiğimiz üzere, farklı olanlara farklı davranılması maddi eşitlik ilkesinin gereğidir.

Önemle ifade etmek gerekir ki, farklı işyerinde aynı işin yapılmasında dahi risk aynı olmayabilir¹⁴³⁵. Nitekim, kanun koyucu da bu durumu gözetmiştir. Buna göre bir işyerinde, işveren aldığı önlemlerle işten kaynaklanan ağır ve yıpratıcı etkiyi ortadan kaldırmışsa, bu gibi işlerde çalışanlar fiili hizmet süresi zammından yararlanmaz. Örneğin, çimento fabrikalarında klinikleri öğütme, eleme, torba ve fiçılara koyma işlerinde çalışanlar fiili hizmet süresi zammından yararlanırlar, ancak farklı bir işyerinde aynı iş “otomatik olarak tozun etrafa yayılmasını önleyici” bir sistemle yapılıyorsa, bu işçiler için fiili hizmet süresi zammı uygulaması olmayacaktır¹⁴³⁶. Bunların aynı şekilde yıpratıcı kabul edip fiili hizmet süresi zammı uygulamak, gerçekte etkilenenle etkilenmeyen aynı şekilde değerlendirmek anlamına geleceğinden eşitsizlik sonucunu doğururdu¹⁴³⁷.

Kanun koyucunun bazı meslek grupları için yapılan işin riskine maruz kalınması gerektiği yönündeki kuraldan ayrıldığı görülmektedir. Fiili hizmet süresi zammından yararlanabilmek için Türk Silahlı Kuvvetlerinde, emniyet, polis mesleğinde ve Milli İstihbarat Teşkilatında çalışanlar (listede 13 ve 14’de yer alanlar) için, sigortalıların 40. madde belirtilen işte ve işyerlerinde çalışması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalması aranmamıştır¹⁴³⁸. Bu işlerde geçen çalışmalardan dolayı fiili hizmet süresi

¹⁴³⁵ Güzel/Okur/Caniklioglu, 510.

¹⁴³⁶ Güzel/Okur/Caniklioglu, 12. Bası, 510. Böylece, bazı önlemlerle ya da yapılan işin yapılma biçimine göre sigortalı olumsuz etkiye maruz kalmıyorsa hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır, bkz. Caniklioglu, İtibari Hizmet Süresi, 137.

¹⁴³⁷ “Davacı, itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerektiğinin tespitine, tespit edilen itibari hizmet sürelerinin sigortalılık süresine eklenmesine ve fark primlerin işverence ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Dava konusu olan 28.03.2007 tarihinden dava tarihi olan 08.05.2008 tarihine kadar olan dönem yönünden ise, iş koluna ilişkin koşul dışındaki unsurlarda (işyeri koşullarında) bir değişiklik olmamıştır. İptal kararı ile dava tarihi arasındaki dönemde, anılan madde koşullarının davacı yönünden gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi amacıyla düzenlenen karara dayanak yapılan bilirkişi raporunda, davacının çalıştığı birim ve yaptığı iş itibarıyla anılan maddede sayılan olumsuz dış etkenlere maruz kalıp kalmadığı konusunda, işyerindeki bulgular ve sigortalının çalıştığı birim yönünden ayrıntılı irdelemeye yer verilmemiş ve işyerinde gaz ölçümü yapılmamıştır. Yapılacak iş, 28.03.2007 tarihinden dava tarihi olan 08.05.2008 tarihine kadar olan dönem yönünden, işyerinde keşif yapılarak, gaz ölçümü yaptırmak, kimya, göğüs hastalıkları ve işgüvenliği konularında uzman üç bilirkişi kurulundan rapor alınmak, alınan rapor mevcut delillerle birlikte değerlendirilmek ve sonucuna göre davacının belirtilen işleri yaparken fiziksel dış etkenlerin ve olumsuz çalışma koşullarının gerçekleştiği kanaatine varıldığında, YİBBGK’nun 18.02.2000 gün E:1997/1. K:2000/1 sayılı kararı ile 506 sayılı Yasa’nın Ek 6. maddesi de dikkate alınarak karar vermekten ibarettir.” Y. 21.HD. 18.01.2010 t., E. 2009/328, K. 2010/50, www.legalbank.net

¹⁴³⁸ Uşan, 216; Ergin, Fiili Hizmet Süresi, 184; Çavuş, 162.

zammı uygulamasından yararlanılabilmesi için çalışmanın ilgili kamu idaresinde ve ilgili kadro ve unvanda geçmesi gerekli ve yeterlidir (Gen. 2/2)¹⁴³⁹. Kanun koyucunun bu şekilde istisnai düzenleme getirerek benimsediği farklı anlayışın haklı nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Gerçekten kadroda yer alan herkesin doğrudan doğruya mesleğin riskiyle karşı karşıya olduğu savunulamaz. Örneğin, polis mesleğinde ya da TSK’da çalışıp hayati tehlikesi olmayan, masa başında çalışan veya trafik polisi olarak çalışan görevliler de vardır. Masa başı işi yapan memur polisin ya da trafik polisinin, diğer bentlerde yer alan işyerlerinde mesleğini ifa eden ve işin riskine maruz kalmayanlardan çok da farklı olmadığı düşünülebilir. Ancak diğer meslek gruplarına göre, bunlar her an riskle karşılaşacak durumdadır. Özellikle ülkemizde yaşanan terör vb. hukuka aykırı olayların gerçekleşmesine sık rastlanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, masa başı işinde çalışan polis memuru dahi bu riskle karşılaşabilir ve mesleği nedeniyle müdahale etmek durumunda kalabilir. Dolayısıyla, 13 ve 14 numaralı listelerde yer alan meslek grubu için yapılan işin riskine maruz kalma yönünde aynı şartın öngörülmemesi, salt mesleğin yerine getirilmesinin yeterli görülmesi eşitlik ilkesine aykırı değildir¹⁴⁴⁰. Özel güvenlik görevlilerinin ise aynı ya da benzer kapsamda

¹⁴³⁹ Ergin, Fiili Hizmet Süresi, 184; Çavuş, 162.

¹⁴⁴⁰ Kanun koyucu takdir hakkı sınırları içinde kalarak söz konusu olanağı herkes için tanımamıştır. Kapsam dışı kalanlar bakımından ise, yaptıkları iş dikkate alınarak sonuca ulaşılmalıdır. Bu bakımdan isabet taşıyan AYİM kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: “Davacının dilekçesinde özetle; 04.10.1999 tarihinden itibaren Gn. Kur. Elk. Sistemler Komutanlığı bağlısı GES 5'nci Elk. Komutanlığı emrinde Mu. İst. Operatörü olarak görev yaptığını, mesleği gereği nükleer kaynaklı cihazlarla çalışmak zorunda olup subay astsubaylarla aynı ortamı paylaştığını, buna rağmen görevli subay ve astsubaya her yıl için fiili hizmet zammı verilmesine rağmen bu olanaktan kendisinin yararlandırılmadığını, buna ilişkin olarak yaptığı talebin reddedildiğini, subay, astsubaya fiili hizmet zammı verilmesine rağmen onlarla birlikte görev yapan sivil memurlara bu hakkın tanınmamasının Anayasanın 10'ncu maddesi eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirterek işlemin iptali istemi ile dava açtığı görülmektedir.(...) Bilindiği üzere çoğu maddeleri 5510 Sayılı Kanunun 106'ncı maddesi ile yürürlükten kaldırılan 5434 Sayılı Kanunun 32/h maddesinde Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli subay ve astsubaylar hakkında her yıl için üç ay olmak üzere ilave fiili hizmet zammı öngörülmüştür. Bu hüküm 5510 sayılı Kanunun 40'nci maddesinde de aynı kişiler bakımından 360 gün için 90 gün olarak belirlenmiştir. Davacının bu uygulamadan kendisinin de istifade ettirilmesini talep ettiği ve bunun reddi üzerine iptal davası açtığı görülmekte ise de davacının hukuksal konumunda olan devlet memuru sıfatını haiz bir kimse hakkında zikredilen maddeler ile herhangi bir fiili hizmet zammı uygulaması öngörülmediğinden, buna uygun bir şekilde oluşturulan red işleminde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Davacı bu uygulamanın Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığını belirtmiş ise de; Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesi ile ilgili uygulamalarına göre, aynı durumdaki kişiler arasındaki farklı uygulamalar bu ilkeyi zedelemektedir. Davacının konumu ile örnek gösterdiği kimseler bu durumda bulunmamaktadırlar. Ayrıca davacı dava dilekçesinde nükleer kaynaklı cihazlarla ve radyasyon içeren ortamda çalıştığını da beyan etmiştir. Bu cümleden olarak yine bahse konu 40'nci maddeye göre, doğal ve yapay radyoaktif, radyoaktif maddeler veya bütün diğer korpusküler emanasyon kaynakları ile yapılan işlerde çalışanlar da fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmaktadır. Bu hüküm uyarınca, hizmetlerin röntgen teşhis, röntgen tedavi, nükleer tıp laboratuvarları gibi radyasyon kaynakları ile çalışan ve bu işe özgü olarak kurulmuş olan laboratuvarlarda geçmesi, ilgililerin günde 5 saat röntgen, radyum ve iyonizan radyasyonla fiilen çalışması, 07 Eylül 1985 tarihli ve 1861 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Radyasyon Güvenliği Tüzüğü’nün 2'nci maddesinin K bendi uyarınca Kurumlarınca da radyasyon görevlisi sayılması gerekmektedir. GES Komutanlığı’nın 25 Mart 2009 tarihli, PER. :9110-292-09/sayılı yazısında da belirtildiği gibi, davacı muhabere istihbarat dinleme operatörü (Mors Operatörü) olarak görev yapmakta ve röntgen radyum ve benzeri iyonizan radyasyonlarla bilfiil

değerlendirilmemesi ve bunlar için fiili hizmet süresi zammının kabul edilmemesi de eşitlik ilkesine aykırı değildir. Zira bu kapsamda çalışanların polis mesleğinde ya da TSK’da çalışanlarla aynı nitelikte kabul edilmesi makul değildir.

5510 sayılı Kanunun 40. maddesinin ilk halinde bulunan basın ve gazetecilik işyerlerinde Basın İş Kanununa ve Basın Kartları Yönetmeliğine göre çalışanlar, hava yolları uçuş personeli, lokomotif makinistleri, infaz koruma memurları, posta dağıtıcıları, TRT’de haber hizmetinde çalışanlar, devlet tiyatrosu sanatkarları, ile Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası’nın şef ve üyelerinin, tarım bakanlığı zirai mücadele ve karantina teşkilatı ile veteriner teşkilatında çalışanların fiili hizmet süresi zammı hakları 5754 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Madde kapsamına kural olarak ağır yıpratıcı işte çalışan ve işin niteliği gereği erken yaşta emekli olma ihtiyacı duyan çalışma grupları alınmıştır. 5754 sayılı Kanundan önce hükümde sayılanlar için fiili hizmet süresi zammının öngörülmesinin haklı nedeni bulunmamaktaydı. Bu bağlamda, 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklik isabetlidir¹⁴⁴¹. Bununla beraber, 10.01.2013 tarihinde 6385 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle basın ve gazetecilik mesleğinde, Basın Kartı Yönetmeliğine göre basın kartı sahibi olmak suretiyle fiilen çalışanlar ve TRT Kurumu basın kartı sahi olmak suretiyle belirtilen Yönetmeliğe göre TRT’de haber hizmetinde fiilen çalışanlar için süre eklenmesi kabul edilmiştir. Ayrıca anılan tarihteki değişiklikle milletvekilleri, kendilerinin de ağır ve tehlikeli işlerde çalıştığı düşüncesine vararak, kendileri ve dışarıdan atanan bakanlar için de 90 gün fiili hizmet süresi zammının eklenmesini kabul etmişlerdir¹⁴⁴². Öğretide de ifade edildiği üzere, bilimsellikten uzak düşüncelerle fiili hizmet süresi zammından yararlanacakların kapsamının belirlenmesi halinde, sigortalılar arasında ayrımcılık olarak değerlendirilecek durumlar yaratılmış olur¹⁴⁴³. Fiili hizmet süresinden ya da muadili düzenlemelerden yararlanmayı gerektiren olgu ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerin yapılmasıdır¹⁴⁴⁴. Bu kuraldan ayrılmayı haklı kılacak yani farklı durumdakilere aynı davranılmasını gerektirecek nedenler olmadığı sürece, yapılan düzenleme eşitlik

çalışmadığı dikkate alındığında tesis edilen işlemde bu yönden de hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.” AYİM. 3. D., 19.11.2009 t., E. 2009/364, K. 2009/1217, www.legalbank.net

¹⁴⁴¹ Tuncay/Ekmekçi, 407.

¹⁴⁴² Milletvekillerinin sosyal güvenliğine ilişkin olarak bkz. Arıcı, Sosyal Güvenlik Meselesi, 77 vd.

¹⁴⁴³ Caniklioglu, İtibari Hizmet Süresi, 127.

¹⁴⁴⁴ Caniklioglu, İtibari Hizmet Süresi, 129.

ilkesine aykırı olur. Kanun koyucu bu noktada bilimsellikten uzak davranarak, kendilerine ve bazı meslek gruplarına ayrıcalık tanımıştır.

c) Fiili Hizmet Süresi Zammından Yararlanmaların Sonuçları

aa) Prim Ödeme Gün Sayıları Bakımından

aaa) Prim Ödeme Gün Sayılarının Farklı Belirlenmesi

5510 sayılı Kanunun 40. maddesi incelendiğinde, fiili hizmet süresi zammına iki sonuç bağlandığı görülmektedir. Buna göre fiili hizmet süresi zammı, *sigortalıların prim ödeme gün sayısına eklenir* ve tamamı veya belli kısmı ise, *emeklilik yaş haddinden indirilir*¹⁴⁴⁵. Ancak eklenecek prim gün sayısında ya da indirilecek yaş haddinde üst sınır getirilmiştir. Bunun üzerinde aşağıda durulmuştur.

Kanunun 40. maddesindeki listede yer alan işyerlerinde ve işlerde iş sözleşmesine göre veya devlet memuru/kamu görevlisi olarak, uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayılarına, çalışma sürelerinin her 360 günü için 60, 90 veya 180 gün hizmet süresi eklenmektedir¹⁴⁴⁶. 360 günden eksik sürelerle ait fiili hizmet süresi zammı, 360 gün için eklenen fiili hizmet süresi ile orantılı olarak belirlenir ve prim ödeme gün sayısına eklenir.

Kapsamdaki sigortalılar için eklenecek olan hizmet süreleri, kural olarak yapılan işin ağırlığına veya taşıdığı riskin yüksekliğine göre farklılık göstermektedir¹⁴⁴⁷. Hükümde belirtilen işyeri ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için 60 ila 90 gün arasında hizmet süresi zammı ilave edileceği öngörülmüş; yapılan işin ağırlığına veya taşıdığı riskin yüksekliğine göre ise bu süre 180 güne kadar çıkartılmıştır¹⁴⁴⁸. Buna göre, Türk Silahlı Kuvvetleri, emniyet ve MİT üyeleri ile dalgıçlar, radyoaktif ve radyoiyonizan maddelerle yapılan işlerde çalışanlar, asit üretimi yapılan fabrika ve atölyelerde, demir ve çelik fabrikalarında ve kurşun izabe fırınlarında çalışanlara 90

¹⁴⁴⁵ 506 sayılı Kanunda yer alan itibari hizmet süresinin sigortalılık süresine mi yoksa fiili hizmet süresine mi ekleneceği konusu 18.02.2000 tarihli içtihadı birleştirme büyük genel Kurul kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur, E.1997/1, K.2000/1

¹⁴⁴⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 622 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 407; Sözer, Sosyal Sigortalar, 372.

¹⁴⁴⁷ Tuncay/Ekmekçi, 406; Ertük, Genel Bakış, 1052.

¹⁴⁴⁸ Tuncay/Ekmekçi, 406. 506 ve 5434 sayılı Kanunlarda ise 60 günlük süre bulunmayıp, 90 ve 180 günlük süreler yer almaktaydı.

gün; kurşun ve arsenik işleri, cam fabrikaları, çimento fabrikaları, kok fabrikaları ve termik santralleri, alüminyum fabrikaları, döküm fabrikaları ile itfaiye ve yangın söndürme işlerinde çalışanlara 60 gün ve yer altı işyerlerinde çalışanların sigortalılık sürelerine ise, 180 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir. Listedeki bentlerden birden fazlasına dahil olanlar için en yüksek olan bentten fiili hizmet süresi zammı uygulanır (m.40/II). Sürelerin kural olarak işin ağırlığı dikkate alınarak belirlenmesi yerindedir. Başka bir ifadeyle, çalışılan işteki riskle doğru orantılı şekilde, eklenecek sürenin de artırılması haklı olduğu için eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu değildir. Buna mukabil, 16., 17. ve 18. sırada belirtilen işlerde ve işyerlerinde çalışanlar için 90 gün kabul edilmesi eşitlik ilkesine aykırıdır. Gerçekten, 60 ve 90 gün eklenmesi gereken işler dikkate alındığında, anılan sıradaki (16, 17, 18) işler için öngörülen süre hakkaniyetli değildir. Bu sıradaki işlerin hiç kapsama alınmaması gerekmeyle birlikte, mutlaka düzenleme yapılacaksa bunlar için 30 günlük sürenin eklenmesi isabetli olur.

Eşitlik ilkesi açısından fiili hizmet süresiyle ilgili olarak incelenmesi gereken bir diğer konu, eklenecek fiili hizmet süresinin üst sınırıyla ilgilidir. 5510 sayılı Kanunun 40. maddesinde fiili hizmet süresi zammının Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet ve Polis mesleğinde, Milli İstihbarat Teşkilatında çalışanlar için sekiz yıl, diğer çalışanlar içinse beş yılı geçmemek üzere uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında prim ödeme gün sayısına ekleneceği öngörülmüştür. Üst sınır uygulaması, yer altı işyerlerinin maden ocakları, kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yeraltında yapılan işlerde çalışanlar içinse söz konusu değildir. Öncelikle sekiz ve beş yıllık sürelerin haklı dayanağı olmadığı gibi, 13 ve 14 numaralı meslek grubunda yer alanlar için üst sınırın 8 yıl olarak daha yüksek takdir edilmesinin de anlamı bulunmamaktadır. Kanımızca herhangi bir üst sınır getirilmeden, prim ödeme gün sayısına ekleme yapılması isabetli olurdu. Bu durumda, aşağıda da izah edildiği üzere primler zamlı biçimde tahsil edildiğinden, Kurumun aktüeryal dengesinin gözetilmesi gerektiği yönündeki anlayış, ayrımı haklı kılan neden olarak kabul edilemez. Bundan başka, farklı işleri yapan ve aynı etkiyle karşılaşmayan sigortalılara aynı davranılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, dolayısıyla üst sınırın yerinde olduğu da savunulamaz. Zira her 360 gün için eklenecek prim gün sayısı işin niteliğine göre 60, 90, 180 gün olduğundan, ilave edilecek toplam süre de farklılık gösterir.

bbb) Prim Oranlarına İlişkin Farklı Etki

Fiili hizmet süresi zammı uygulaması olduğu takdirde, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası prim oranlarının artırılacağı 5510 sayılı Kanunun 81. maddesinde öngörülmüştür. Ancak prim oranlarının artırım oranı (hükümdeki ifade ediliş tarzıyla puanı), iş sözleşmesine tabi çalışanlarla devlet memurları için farklı benimsenmiştir. Madde metni incelendiğinde, devlet memurları ve kamu görevlileri için daha fazla puan eklenmesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin, %20 olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası prim oranına, iş sözleşmesine tabi çalışanlar bakımından 60 fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1 puan eklenirken; devlet memurları ve kamu görevlileri için ise, 3,33 puan ilave edilir. Bu noktada, iş sözleşmesine tabi çalışanlarla devlet memurları arasında yani sigortalılar arasında ayırım yapıldığı düşünülemez. Zira 81. maddede, %20 oranına eklenen puanların işverenlerden tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, ayırım sigortalıların işverenleri arasında yapılmıştır. Sosyal sigorta sisteminde, devlet katkısının özellikle ödenmesi gereken primler bakımından mümkün olduğu ölçüde artırılması gerekir. Ancak özel sektör işverenleri için prim oranlarını aynı şekilde artırmak, kayıt dışı işçi çalıştırılmasına neden olabileceği gibi, zaten zor olan primlerin tahsilini daha da zorlaştırmasına sebebiyet verir. Dolayısıyla, işverenler arasında yapılan ayırım isabet taşımaktadır. İfade edildiği üzere bu ayırım, sigortalıları çalıştıran işverenlerin özellikleri dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu bakımdan, iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran işveren, kamu kurum ya da kuruluşu ise bunlar için de yüksek olan puanların esas alınması yerinde olurdu. Aksi düşünce işverenlerin değil, iş ilişkisinin esas alındığını gösterir ki, bu durum eşitlik ilkesine aykırıdır.

Prim oranlarına ilişkin son olarak ifade etmek gerekir ki, %20 prim oranına eklenecek puanlar, ilave edilecek fiili hizmet süresi zammına göre farklıdır. Fiili hizmet süresi arttıkça, eklenmesi gereken puan da artmaktadır¹⁴⁴⁹. Bu yaklaşım isabetli olmuştur.

¹⁴⁴⁹ Örneğin, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan fiili hizmet süresi zammına tabi işyerlerinde ve söz konusu işlerde çalışanlar için esas alınacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranları, 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 12 işveren hissesi olmak üzere toplam % 21, 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 12,5 işveren hissesi olmak üzere toplam % 21,5, 180 gün fiili

bb) Yaş Haddinden İndirim

Yukarıda da ifade edildiği üzere, fiili hizmet süresi zammının bir diğer sonucu, yaş haddinden indirim yapılmasıdır. Ancak yaş haddinden indirim yapılması, yukarıda belirtilen şartlardan başka şartların varlığının bulunmasıyla mümkündür. Buna göre, 5754 sayılı Kanunla eklenen bir hükümle, yaş haddi indiriminden yararlanabilmek için ölüm ve maluliyet halleri hariç, yer altında mesleğini ifa edenlerin (10 numaralı sıradaki grup) 1800 gün, diğer sıralardaki sigortalıların ise 3600 gün belirtilen işyeri ve işlerde çalışmış olmaları gerekir (m.40/III). Buna mukabil, TBMM üyeleri ve dışarıdan atanan bakanların yaş haddi indiriminden yararlanmaları için asgari çalışma süresi öngörülmemiştir. Belirlenen farklılığın haklı nedene olmadığı sürece, düzenleme eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmelidir.

Şartlar işin zorluk derecesine göre şartlar oluşturulmalıdır. Bu bakımdan az yıpratıcı işler açısından daha kolay, daha fazla yıpratıcı işler bakımından ise daha zor nitelikteki şartlar belirlenmelidir. Milletvekillerinin en az 5 yıllık dönem için seçildiği ve bunun 1800 güne denk geldiği düşünüldüğünde, kanun koyucunun kendileri için yeraltı işinde çalışanlar için öngördüğü şartı kabul etmekten dahi kaçındığı anlaşılmaktadır. Böylece, kanun koyucu kendilerinin, yeraltı işyerlerinin maden ocakları, kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altı işlerinde çalışanlardan daha çok yıprandıklarını kabul etmiştir. Söz konusu yaklaşımın haklı nedeni bulunmadığından ayrıcalık tanıma niteliğinde olup eşitlik ilkesine aykırıdır. Gerçekten, milletvekillerinin yaşlılık ayığına hak kazanmasını sağlamak adına özel bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Devlet her vatandaşın olduğu gibi milletvekillerinin de sosyal güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, milletvekillerinin sosyal güvenliğini diğer vatandaşların sosyal güvenliğinden soyutlayarak düşünmek Anayasa'ya aykırıdır¹⁴⁵⁰.

Yaş haddinden indirim yapılmasını öngören kanun koyucu, indirilecek süre için üst sınır getirmiştir. Buna göre, prim ödeme gün sayısına eklenen sürenin *tamamı 18 ve 10 numaralı* sırada bulunanlar için; *diğerleri* bakımından ise *yarısı* yaş sınırından indirilir.

hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 14 işveren hissesi olmak üzere toplam %23, olacaktır.

¹⁴⁵⁰ Milletvekilleri için özel bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu ve olmadığı yönündeki görüşler için bkz. **Arıcı**, Sosyal Güvenlik Meselesi, 82 vd.

Ancak indirilecek süre üç yılı geçemez. Ne var ki, bu sınır 10 numaralı sırada yer alanlar için uygulanmaz. Böylece, maden ocakları, kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altında yapılan işlerde çalışanlar adına ilave edilen fiili hizmet süresi zammının tamamı -3 yılı aşsa bile- emeklilik yaş sınırından indirilir. Kanun koyucu söz konusu çalışmaların yıpratıcılığını dikkate aldığından 10 numaralı sırada yer alanlar için sağladığı kolaylık ayrıcalık niteliğinde değildir. Öte yandan yasama organı üyeleri ile dışarıdan atanan bakanlar için eklenecek sürenin 3 yılı geçmeyeceği bertilerek, bunlar bakımından üst sınır uygulaması sürdürülmüştür. Ancak kanımızca, ilave edilen fiili hizmet süresi zammının *tamamının* bunlar için yaş haddinden indirileceği belirtildiğinden, düzenleme ayrımcılık oluşturmaktadır. Söz konusu çalışanlar için fiili hizmet süresi zammının kabulüne gerek olmadığı gibi, kabul edildiği durumda ise prim ödeme gün sayısına eklenen sürenin *yarısının* yaş haddinden indirilmesi kabul edilmelidir.

Görevleri nedeniyle irade dışı hizmet kesintisi yaşayanların durumu da Kanunda gözetilmiş ve itibari hizmet süresi kabul edilmiştir. Belirli nitelikteki kamu görevlileri için düzenlenmiş olan itibari hizmet süresi, 5510 sayılı Kanunun 49. maddesinde yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasının birinci cümlesi şu şekildedir: “*İtibari hizmet süresi, bu Kanuna göre bağlanacak aylıklar ve yapılacak toptan ödemelerin hesabında dikkate alınan ancak hiçbir şekilde bu Kanunla tanınan hakları kazanma bakımından gerekli prim ödeme gün sayısı, yaş ve emekli ikramiyesinin hesabında nazara alınmayan süredir.*” Görüldüğü üzere, itibari hizmet süresi tüm kamu görevlileri için değil, esas itibariyle askeri personel ve kamu idarelerinde uçan personel, denizaltıcı, dalgıç, kurbağa adam ve paraşütçüler için tanınmış bir haktır¹⁴⁵¹.

İtibari hizmet süresi, 5510 sayılı Kanuna göre bağlanacak aylıkların hesabında dikkate alınan ve bazı olağanüstü durumlarda fiilen çalışmak suretiyle geçen hizmet sürelerine eklenen süredir¹⁴⁵². Askeri personel için harp veya seferberlik ilanı halinde veya sigortalının tutsak düşmesi durumunda geçen fiili hizmet sürelerinin her yılı için altı ay itibari hizmet süresi olarak eklenir. Kamu idarelerinde pilot olan ve olmayan uçucu, denizaltıcı, dalgıç, kurbağa adam ve paraşütçülerin bu görevlerde geçirdikleri fiili

¹⁴⁵¹ Uşan, 217.

¹⁴⁵² Tuncay/Ekmekçi, 408.

hizmet sürelerinin ise her yılı için üç ay itibari hizmet süresi eklenir. Bu süreler uzun vadeli sigorta kollarından aylık bağlanması için gereken prim gün sayısı ve yaş hesabında dikkate alınmaz. Konumuz bakımından, sağlanan olanağın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı belirlenmelidir. Kanun koyucu fiili hizmet süresi zammı uygulamasında olduğu gibi, itibari hizmet süresi açısından da yapılan işin niteliğini esas almıştır. Yukarıda ortaya koyduğumuz çalışmalar esas alındığında, işin nitelikleri ayrımı haklı kılan neden olarak kabul edilmelidir.

6. Malul ya da İlk Defa Çalışmaya Başladığı Tarihte Çalışma Gücünü Belirli Oranda Kaybedenlerin Yaşlılık Aylığına Hak Kazama Şartları

a) Engellilerin Farklılıklarının Gözetilmesi Gerekliliği

Engellilik halinde sigortalının iş bulma şansı ve bulduğu işi devam ettirme olasılığı sınırlıdır¹⁴⁵³. Farklı bir ifadeyle, bahsi geçen kişiler için sosyal sigorta ilişkisinin kurulması ve bunun belirli süre devam ettirilmesi diğer kişilere oranla zordur¹⁴⁵⁴. Bu bağlamda sosyal sigorta ilişkisinin kurulması ve devamı konusunda bu kişilerin diğer kişilerle aynı ya da benzer olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Birinci bölümde de izah ettiğimiz üzere, sosyal güvenlik hukukunda benimsenmesi gereken maddi eşitlik anlayışı gereği sigortalıların farklılıkları gözetilmeli ve gerçek eşitliği sağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır. Dolayısıyla, bunların sigorta yardımlarına daha kolay biçimde ulaşmasını sağlayan farklı düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırı olmaz. Sosyal risklerin göstereceği etki dikkate alınarak, bunların aynı ya da benzer durumda olduğu kabul edilse bile, özel durumları ayırım yapmayı gerekli kılan haklı neden olarak değerlendirilir. Bununla birlikte, kanun koyucunun engelliler lehine yapacağı düzenlemelerde, engelliler arasında sigortalı olmayı sağlayan çalışma ilişkisine dayanarak ayırım yapmaması gerekir. Başka bir deyişle, engelliler arasında hukuki statü temelinde ayırım yapılmamalıdır.

¹⁴⁵³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 571.

¹⁴⁵⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 571.

b) Mülga Kanunlar Zamanında İlk Defa Sigortalı Olanların Durumu

5510 sayılı Kanunun “506 Sayılı Kanunun Malullük ve Sakatlık Hükümlerine İlişkin Geçiş Hükümleri” başlıklı geçici 10. maddesiyle, 506 sayılı Kanunda yer alan “engellilere ilişkin kolaylaştırılmış emeklilik seçeneği”nin devam edeceği kabul edilmiştir. Bu bakımdan bunlara ilişkin şartların incelenmesi gerekmektedir. İncelenecek şartlar, 5510 sayılı Kanun zamanında ilk defa sigortalı olanlar için öngörülenle kıyaslanarak, sigortalı olunan tarihe göre yapılan ayırım değerlendirilecektir.

Bahsi geçen maddenin birinci fıkrasında, 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (C) bendinin (a) alt bendi tekrar edilmiştir. Buna göre, m.4/I,(a) bendi kapsamında sigortalılığı devam eden ve 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden evvel sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce 506 sayılı Kanunun 53. maddesine göre malul sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya arızası bulunduğu için kendisine malullük aylığı bağlanamayan sigortalılara yaşları ne olursa olsun, 3600 gün prim ödemek ve 15 yıldan beri sigortalı olmak koşuluyla yaşlılık aylığı bağlanır.

Geçici 10. maddenin ikinci fıkrasında ise, açıkça 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (C) bendinin (b) alt bendinin ve geçici 87. maddesinin, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce ilk defa sigortalı olanlara uygulanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Atıf yapılan madde, sakatlığı nedeniyle vergi indirimine hak kazanmış olan sigortalıların ilgili mevzuat gereğince I., II. ve III. derecede sakatlığı olmasına göre sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı getirerek kolaylaştırılmış emeklilik hakkı sunmuştur¹⁴⁵⁵. Bu düzenlemeden yararlanabilmek için 5510 sayılı Kanundan önce sigortalı olmak gerekmeyle birlikte, vergi indirimine hangi tarihte hak kazanıldığı önemli değildir (geç.10/II). Aşağıda da görüleceği üzere, 5510 sayılı Kanun prim ödeme gün sayısını artırmış, ancak daha önemli değişiklik olarak Gelir Vergisi Kanunu ile aylık alma arasındaki bağlantı kaldırılmıştır. Artık sigortalıların engelleri nedeniyle

¹⁴⁵⁵ Gelir Vergisi Kanunu’nun engelli indirimi başlıklı 31. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi şu şekildedir: “Çalışma gücünün asgarî % 80’ini kaybetmiş bulunan hizmet erbabı birinci derece sakat, asgarî % 60’ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ikinci derece engelli, asgarî % 40’ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ise üçüncü derece sakat sayılır.” **Tuncay/Ekmekçi**, 401, 402. **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 91.

vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış olması, 5510 sayılı Kanun döneminde ilk defa sigortalı olanlar bakımından aylık bağlanmasını sağlayan neden değildir¹⁴⁵⁶.

Maddenin 4. fıkrasında ise, bu hükümlere göre aylık bağlanıldığında 5400 gün üzerinden hesaplanan orandan az olamayacağı belirtilmiştir. Böylece asgari prim ödeme gün sayısı tamamlandığında, tamamlanan gün sayısı 5400'den aşağı olsa bile, hesaplamada esas alınacak gün sayısı 5400'dür.

Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce sigortalı olanlar ve 506 sayılı Kanunun ilgili hükmü gereğince malul durumda bulunan veya sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış olanlar için aynı düzenlemelerin uygulama alanı bulacağı kabul edilerek, beklenen hak sahipleri korunmuştur. Dikkat edilirse, aynı hükmün uygulanması, 30.04.2008 tarihinden önce sigortalı olanlar için değil, Kanunun yürürlük tarihinden (01.10.2008'den) önce sigortalı olanlar için kabul edilmiştir (geç.m.10/I,II). Dolayısıyla, 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olan ve ancak 5510 sayılı Kanunun 28. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik koşullarına tabi olanlar, engellilik nedeniyle emekli olma açısından ise -aynı tarihte ilk kez sigortalı olsalar dahi- 506 sayılı Kanundaki düzenlemeye tabidirler. Bu anlayışın eşitlik ilkesine aykırı olduğu görüşü yukarıda ortaya konmuştu¹⁴⁵⁷.

5434 sayılı Kanunun 39. maddesinin 1. fıkrasının, (j) bendine göre, “*Göreve girişlerinde, Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliğe uygun olarak alınmış ve raporda sakatlık oranı en az %40 olanlardan fiili hizmeti 15 yıl olanların istekleri üzerine*” emeklilik aylığı bağlanabileceği düzenlenmiştir. Engellilik nedeniyle yaşlılık aylığına hak kazanmada, *engelin çalışmaya başlamadan önce var olması* gerektiği kural olarak ileri sürülmüştür¹⁴⁵⁸. Ayrıca öğretide, 5434 sayılı Kanunun engelli iştirakçilere emekli aylığı bağlanmasını, engelliliği nedeniyle göreve alınanlara tanındığı ifade edilmiştir¹⁴⁵⁹. İşte bu olanak 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin altıncı fıkrası ile devam ettirilmiştir. Buna göre, 5434 sayılı Kanuna tabi olarak

¹⁴⁵⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 572.

¹⁴⁵⁷ bkz. §11, II, 3, b.

¹⁴⁵⁸ Sözer, Sosyal Sigortalar, 355.

¹⁴⁵⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 576.

çalışmaya başlamış olup çalışmaya başlamadan önce ilgili mevzuatına göre alınmış ve en az %40 oranında engelli olduklarını gösterir sağlık kurulu raporu bulunanlar ile en az %40 oranında doğuştan engeli olduklarını belgeleyenlerden aylık talep tarihinde m.4/I,(c) kapsamında sigortalı olanlara en az 5400 gün uzun vadeli sigorta kolları bildirilmiş ya da emekli keseneği ödenmiş olması kaydıyla yaşlılık aylığı bağlanabilir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, farklı hukuki statüde olanlar arasında mülga kanunlar döneminde benimsenen şartların, 5510 sayılı Kanunun geçici maddeleriyle devam edeceği öngörülmüştür. Farklı hukuki statüde olanlar arasında açıkladığımız şekilde farklı şartların kabul etmeyi haklı kılan neden olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan mülga kanunlar zamanında eşitlik ilkesine aykırı durumun, 5510 sayılı Kanunda geçici 4. madde hükmüyle bir yönden giderildiği görülmektedir. 5434 sayılı Kanun döneminde, göreve başladıktan sonra engelli olanlara kolaylaştırılmış seçenek gereğince aylık bağlanması mümkün değildi¹⁴⁶⁰. Oysa 5510 sayılı Kanunun geç. m.4/VI hükmünde göreve başladıktan sonra engelli olanlara da aylık bağlanabilmesi imkanı tanınmıştır. Bahsi geçen hükümde kullanılan “çalışmaya başladıktan sonra” ifadesiyle neyin kast edildiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Daha net bir ifadeyle bu ifadeyi içeren düzenleme, 5434 sayılı Kanun zamanında ilk kez sigortalı olanlar için yapılmış olmakla birlikte, 5434 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmaya başladıktan sonra ortaya çıkan engellilik hallerinin mi, yoksa sadece 5510 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmaya başladıktan sonra oluşan engellilik hallerinin mi dikkate alınması gerektiği belirlenmelidir.

Düzenlemenin 5434 sayılı Kanun dönemine tabi olarak çalışmaya başladıktan sonra ve fakat 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce gerçekleşen engellilik hallerini kapsadığı savunulmalıdır. Esasen bu görüşün benimsenmesi, uygulamada başta ispat olmak üzere bir çok sorunu da beraberinde getirecektir. Gerçekten, sigortalılar bakımından söz konusu olacak ispat sorunu, aynı durumdaki bir çok sigortalının mağduriyetine neden olacaktır. Ancak bu güçlük, farklı yorum yapmayı gerekli kılmaz. Şüphesiz, bu düzenleme ile 5434 sayılı Kanun döneminde çalışmaya başladığı zaman engeli bulunmayan ve fakat daha sonra 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden

¹⁴⁶⁰ Güzel/Okur/Caniklioglu, 576.

sonra çalışma gücündeki kayıp belirli orana ulaşan devlet memuru ve kamu görevlileri de koruma altına alınmıştır. Öğretide de açıkça, 5510 sayılı Kanunla çalışmaya başladıktan sonra doğan kalıcı iş göremezliklerin dikkate alındığı ileri sürülmüştür¹⁴⁶¹. Öğretide bu şekilde, 5434 sayılı Kanunda isabetsiz düzenlemenin yarattığı haksızlığın giderildiği haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁴⁶². Gerçekten, 506 sayılı Kanuna tabi olan sigortalıların çalışmaya başladıktan sonra oluşan engelleri nedeniyle kendilerine aylık bağlanması kolaylaştırılmışken, aynı durumda olan ancak 5434 sayılı Kanun kapsamındakiler için bunun kabul edilmemesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

1479 sayılı Kanunda ise, iş sözleşmesine tabi çalışanlarla diğer bağımsız çalışanlara tanınan benzer bir olanak yer almamaktaydı. Bağımsız çalışanların da durumunun 5434 sayılı Kanuna tabi olanlar gibi gözetilmesi ve bunlar için de geçiş hükmü ile haklarının verilmesi gerekirdi. Farklı bir ifadeyle, yapılacak bir düzenleme ile ilk defa 1479 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlar için de engellilik nedeniyle aylığa hak kazanma olanağının tanınması gerekir. Gerçekten, 1479 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan ve sigortalılığı m.4/I,(b) kapsamında devam eden kişi ya da 506 ve 5434 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan ancak m.4/I,(b) çerçevesinde sigortalılığı devam eden kişi malulen emekli olma hakkına haiz değildir. 5434 sayılı Kanun kapsamında olanlar için gösterilen yaklaşımının benzerinin 1479 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlar için de geçiş hükmü ile göstermemek eşitlik ilkesine aykırı olmuştur.

c) 5510 sayılı Kanun Zamanında İlk Defa Sigortalı Olanların Durumu

5510 sayılı Kanunda sağlık durumuna göre kolaylaştırılmış emeklilik, ilk defa sigortalı olunan tarihte malul durumda olanlar veya aynı tarihte Kanunun aradığı şekilde malul durumda olmayan ancak belirli oranda çalışma gücünü, ilk defa sigortalı olunan tarihten önce ya da sonra kaybetmiş olan engelliler için kabul edilmiştir (m.28/IV,V). Gerçekten, ilk defa 5510 sayılı Kanuna tabi çalışacak olanlar için sağlık durumu esas alınarak iki grup oluşturulmuş ve hangi koşullar altında yaşlılık aylığına hak kazanacakları düzenlenmiştir¹⁴⁶³.

¹⁴⁶¹ Sözer, Sosyal Sigortalar, 255.

¹⁴⁶² Güzel/Okur/Caniklioglu, 576.

¹⁴⁶³ Ergin, Geçiş Hükümleri, 88.

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin dördüncü fıkrasında, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce 25. maddenin ikinci fıkrasına göre malul sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya engeli bulunan ve bu nedenle malullük aylığından yararlanamayan sigortalılara, en az 15 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3960 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmiş olmak şartıyla yaşlılık aylığı bağlanabileceği öngörülmüştür¹⁴⁶⁴. Böylece, ilk defa sigortalı olduğu tarihte zaten malul durumda¹⁴⁶⁵ (m.25/II) olan bir kimseye daha kolay koşullarla (15 yıldan beri sigortalı olması ve 3960 gün prim ödemiş olması) yaşlılık aylığı bağlanabilir¹⁴⁶⁶. Bu kişiler, hükümde öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamladıklarında, *yaşları kaç olursa olsun*, aylığa hak kazanabilirler¹⁴⁶⁷. Örneğin, 18 yaşında sigortalı olan malul bir kimse, 33 yaşında emekli olabilecektir. Sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten önce çalışma gücünün en az %60'ını veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olan bir sigortalının iş bulması veya bulduğu işin devamlılığını sağlaması sağlıklı kişilere oranla çok daha zordur¹⁴⁶⁸. Dolayısıyla, bu kişiler için farklı bir düzenleme yapılması haklı nedene dayanmaktadır. Kişinin hangi kapsamda sigortalı olduğu önemli değildir. Bu bakımdan, hukuki statü temelinde malul sigortalılar arasında ayırım yapılmaması isabetli olmuştur. Yukarıda da izah edildiği üzere böylece, mülga kanunlar döneminde sağlanmayan yeknesaklık 5510 sayılı Kanun zamanında ilk kez sigortalı olanlar açısından sağlanmıştır.

Kanunda ilk defa çalışmaya başladığı tarihte belirtilen şekilde malul durumda olanlar yanında, bu kapsamda olmayan ancak belirli oranda çalışma gücünü kaybetmiş engelliler için de özel düzenleme yapılmıştır (m.28/V). Söz konusu bu düzenleme de herhangi bir hukuki statü farkı gözetilmeksizin yapıldığından ayrımcılık oluşturmamakta ve isabet taşımaktadır. Bunlar için sigortalılık süresi ve prim gün sayısı, ilk defa çalıştığı tarihte malul olanlara nazaran artırılmış, sadece çalışma gücü kaybı göz önünde bulundurularak kademelendirme yapılmış, meslekte kazanma gücü ise dikkate

¹⁴⁶⁴ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 571 vd.; **Tuncay/Ekmekçi**, 403; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 363.

¹⁴⁶⁵ Hatırlanacağı üzere, 25. madde hükmü gereği, m.4/I,(a) ve m.4/I,(b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını, m.4/I,(c) kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az %60'ını veya vazifelerini yapamayacak biçimde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı malul sayılmaktadır.

¹⁴⁶⁶ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 569; **Tuncay/Ekmekçi**, 382; **Ergin**, Geçiş Hükümleri, 89.

¹⁴⁶⁷ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 572; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 363.

¹⁴⁶⁸ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 471.

alınmamıştır¹⁴⁶⁹. Buna göre, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulunca çalışma gücündeki kayıp oranının %50 ile %59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar en az 16 yıldan beri sigortalı ve 4320 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmiş olmak şartıyla; çalışma gücündeki kayıp oranı %40 ile %49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar ise en az 18 yıldan beri sigortalı olup, 4680 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmiş olmak şartıyla yaşlılık aylığına hak kazanabilirler¹⁴⁷⁰ (m.28/V). Görüldüğü üzere, kanun koyucu çalışma gücündeki kayıp oranını dikkate alarak, yaşlılık aylığını hak kazanma bakımından farklı iki seçenek daha sunmuştur¹⁴⁷¹. Bu seçeneklerde çalışma gücündeki kayıp oranının asgari sınırının %40 olması öngörülmüştür. Sigortalıların en az %40 oranında engelli olduklarını bir raporla belgelemesi gerekmektedir. Kanunun 28. maddesinde bu engellilik halinin, ilk defa çalışmaya başlamadan önce oluşup oluşmaması konusunda açıklık getirilmediğinden, bu durumun ne zaman oluştuğunun önemi yoktur. Ayrıca, fiilen belirli bir süreden itibaren engelli olmak da şart değildir. Başvuruda bulunulan tarihte Kanunda aranan oranda engelli olmak yeterlidir¹⁴⁷².

İlk defa çalışmaya başladığı tarihte malul olanlar yani %60 ve daha üzerinde çalışma gücünü kaybedenlere öngörülenden biraz daha fazla tamamlanması gereken sigortalılık süresi ve pirim ödeme gün sayısı, çalışma gücünü malul olmayacak derecede kaybedenler için kabul edilmiştir. Çalışma gücünün artmasıyla doğru orantılı biçimde tamamlanması gereken sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının artırılması ve

¹⁴⁶⁹ Ergin, Geçiş Hükümleri, 90.

¹⁴⁷⁰ Konuya ilişkin olarak Yargıtay kararında şu ifadelere yer vermiştir: “Kurumdan anılan yasal düzenleme (5510 s. K m.28) çerçevesinde yaşlılık aylığı tahsis talebi bulunmayan davacının, dava tarihi ve sonrası itibari ile yaşlılık aylığı tahsisini gerektirecek düzeyde malul sayılmayı gerektirecek hastalık veya özrüünün bulunup bulunmadığının tespiti için, öncelikle tüm tedavi evrakının davacıdan ve ilgili kurumlardan sorularak temini ile, 5510 sayılı Yasanın 95. maddesinde öngörülen prosedür çerçevesinde, Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulundan davacının dava tarihi ve sonrasındaki çalışma gücü kayıp oranı belirlenmeli, anılan Kurul raporlarının Kurum açısından bağlayıcı olduğu gözetilmeli, davacının rapora itirazı halinde, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden rapor alınmalı, raporlar arası çelişkinin bulunması halinde ise, Adli Tıp Genel Kurulundan çelişkileri giderecek şekilde rapor alınarak, davacının dava tarihi ve sonrasındaki çalışma gücü kayıp oranı tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmeli, bu aşamadan sonra, davacının yukarıda zikredilen 28. maddenin 5. fıkrası çerçevesinde yaşlılık aylığı şartlarına haiz olup olmadığı ayrı irdelenmeli, anılan maddenin 10. fıkrasının “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen sigortalılara yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için ayrıca, yazılı talepte bulunduğu tarih itibarıyla genel sağlık sigortası primi dahil kendi sigortalılığı nedeniyle prim ve prime ilişkin her türlü borcunun olmaması zorunludur.” hükmü gözetilerek varılacak sonuca göre karar verilmelidir.” Y.10.HD., 02.07.2012 t., E.2012/12413, K.2012/12968, www.legalbank.net

¹⁴⁷¹ Sözer, Sosyal Sigortalar, 364.

¹⁴⁷² Güzel/Okur/Caniklioglu, 573.

herhangi bir yaş şartının kabul edilmemesi eşitlik ilkesine aykırı değildir. Diğer taraftan, bu kişilerin de ilk defa çalışmaya başladığı tarihte malul durumda olanlar gibi iş bulma olanakları kısıtlı olduğundan, genel kurala göre belirtilen şekilde kolaylığın sağlanmış olması haklı nedene dayanmaktadır.

5510 sayılı Kanundaki düzenlemeyle 506 sayılı Kanundaki hükümler kıyaslandığında, şartların ağırlaştığı görülmektedir. Bunlardan bazıları da prim ödeme gün sayısına ilişkindir. Prim ödeme gün sayısında artış olmasına bağlı olarak kanun koyucu, 5510 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinde, ilk defa m.4/I,(a) bendi kapsamında sigortalı olanlara aylık bağlanması bakımından prim gün sayısının kademeli biçimde artması kabul edilmiştir¹⁴⁷³. Böylece bir gün arayla sigortalı olanlar arasında ölçülü ve makul farklar yaratılmaya çalışılarak, yeni hak sahipleri salt sigortalı olunan tarih esas alınmak suretiyle eşitlik ilkesine aykırı düzenleme yapılmamıştır. Bu geçiş hükmü sadece iş sözleşmesine tabi çalışanlar içindir. Bağımsız çalışanlar bakımından 1479 sayılı Kanunda zaten konu düzenlenmemiş olduğundan, kanun koyucunun yeni hak sahipleri için şartların geçmişe göre ölçülü ve makul olması gerektiği düşüncesiyle hareket etmesi beklenemezdi.

Bundan başka, 506 sayılı Kanundan farklı olarak, vergi indiriminden yararlanmayla yaşlılık aylığına hak kazanma arasında ilişki kaldırıldığından, söz konusu ilişkinin bulunduğu hallerdeki prim ödeme gün sayıları dikkate alınarak, geçici 6. maddenin (d) ve (e) bentlerinde kademeli artış getirilmiştir. Gerçekten, 506 sayılı Kanun zamanında birinci derecede sakat olanlar için 3600 gün, ikinci derecede sakat olanlar için 4000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemiş olmak şart koşulmuştur. Geçici 6. madde hükmü, her ne kadar açıkça vergi indirimiyle kademelendirme yapıldığı şeklinde ilişkilendirilmemişse de, prim gün sayısına yönelik kademelendirmenin 3700 ve 4100 gün ile başlaması, aralarındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Hatırlanacağı üzere, aynı yaklaşım kolaylaştırılmış emeklilik bakımından da öngörülmüştü. Geçici 6. maddenin yedinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde öngörülen düzenlemeleri de 5510 sayılı Kanun zamanında ilk defa sigortalı olan m.4/I,(a)'ya tabi kişilere ilişkindir.

¹⁴⁷³ Güzel/Okur/Caniklioglu, 575.

Geçiş hükmü, ilk kez m.4/I,(a) kapsamında sigortalı olanlar için kabul edilmiş olduğundan, 28. maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında belirtilen koşullar 01.10.2008 tarihinden sonra m.4/I,(b) çerçevesinde sigortalı olanlar için hemen uygulanır. Ancak bunlar için engellilik nedeniyle aylığa hak kazanmada şartların ağırlaştırılmış olması gibi bir durum söz konusu değildir. Zira 1479 sayılı Kanunda konuya ilişkin düzenleme yer almadığından, hakka ilk kez sahip olmuşlardır. Buna mukabil yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ilk kez mülga kanunlar döneminde sigortalı olan ve sigortalılığı m.4/I,(b) kapsamında devam eden kişilerin malulen emekli olması yürürlükteki düzenlemede mümkün hale getirilmelidir. 5434 sayılı Kanunda, çalışmaya başladıktan sonra oluşan engellilik haline ilişkin düzenlenmeyen konu, 5510 sayılı Kanunda geçiş hükmüyle (geç.m. 4/VI) ilk kez düzenlenmiş ve bu konu üzerinde yukarıda durulmuştur¹⁴⁷⁴. Kanun koyucu ayrıca ilk defa m.4/I,(c) çerçevesinde sigortalı olanlar içinse prim ödeme gün sayısının kademeli biçimde artmasını öngörmemiştir.

7. Cumhurbaşkanlığı, TBMM Başkanlığı ve Başbakanlık Görevinde Bulunanların Aylıkları

Cumhurbaşkanına, meclis başkanına ve başbakana aylık bağlanması 5510 sayılı Kanun'un 43. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca cumhurbaşkanı, meclis başkanı ve başbakan, m. 4/I,(c) kapsamındaki diğer kamu görevlilerinden ve diğer bent kapsamında sigortalı olanlardan farklı hükümlere tabi kılınmışlardır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu kişiler lehine getirilen istisnai nitelikteki özel hükümler hem yaşlılık aylığı şartlarına, hem de aylık hesaplanmasına ve dolayısıyla aylığın miktarına ilişkindir. Buna göre cumhurbaşkanına, başbakana, meclis başkanına aylık bağlanacakken 28. maddede belirtilen olağan ya da kolaylaştırılmış emekliliğe ilişkin şartlar aranmaz. Diğer taraftan kişi, aynı zamanda 28. maddedeki şartları sağlarsa, aylık 29. ve 43. maddeye göre hesap edilir ve en yüksek olan bağlanır. Bu durumda, 43. maddeye göre hesaplanan aylık daha yüksekse, aradaki fark Kurum tarafından değil, hazine tarafından karşılanır. Ancak 29. madde hükmüne göre hesaplanan aylık daha yüksek ise, tamamı kurum tarafından verilir. Kişinin 28. madde

¹⁴⁷⁴ bkz. §11,II, 6.

hükmüne göre aylık kazanamaması halinde ise, 43. maddeye göre hesaplanan aylığın tamamının hazinece karşılanması kabul edilmiştir¹⁴⁷⁵.

Makamlardaki kişilerin yaptığı görevin önemi dikkate alınarak maddede belirtildiği şekilde farklılık yaratılmıştır. Cumhurbaşkanı, başbakan ve meclis başkanının toplumun geleceğine yön vermede sahip olduğu görev ve yetkiler ile bunların toplum için taşıdığı önem tartışılmaz. Belirtilen makamlarda bulunan kişiler lehine bazı ayrımlar yapılması yaptıkları görev nedeniyle haklılaşmaktadır. Birinci bölümde benimsediğimiz maddi eşitlik anlayışı da bunu gerektirir. Öğretide bu düzenlemenin gerekli olduğu *“...bunların diğer sigortalılar gibi yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için başka sigortalılıkları da yoksa gerekli olan prim ödeme gün sayısı ile sigortalılık süresini tamamlamaları mümkün olmayabilir. Hal böyle olunca da anılan görevden ayrılanların emekli olmak istedikleri taktirde kendilerinin sosyal güvenceden yoksun bırakılmış olması en azından ülkenin onurunu zedelemiş olur. Norma ve standart birliği, aynı statüdeki sigortalılar arasında eşitsizlik yaratıldığı takdirde zedelenmiş olur.”* şeklindeki ifadelerle açıklanmıştır¹⁴⁷⁶.

İncelediğimiz 43. madde hükmünden yararlanacaklar sadece cumhurbaşkanı, TBMM başkanı ve başbakan iken, 17.01.2012 tarih ve 6270 sayılı Kanunun 5. maddesiyle yapılan değişiklikle aylık bağlanacakların kapsamı genişlemiştir. Buna göre, dışarıdan bakanlık ve TBMM üyeliği görevlerinde bulunanlara veya bu görevleri herhangi bir nedenle sona erenlere de 27., 29., geçici 4. maddelere göre hesap edilecek aylık tutarından az olmamak kaydıyla, cumhurbaşkanına ödenmekte olan aylık ödeneğin %40'ı esas alınarak Cumhurbaşkanına bağlanacak yaşlılık aylığının %42'si oranında yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak bunun için söz konusu kişiler, Kanunun 28., geçici 4.

¹⁴⁷⁵ Başbakan ve meclis başkanı için maddede şu düzenleme yer almaktadır: *“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı veya Başbakan iken bu görevinden herhangi bir nedenle ayrılanlara, istekleri üzerine, müracaat tarihini takip eden ay başından itibaren, istek tarihindeki Cumhurbaşkanına ödenmekte olan aylık ödeneğin %40'ı esas alınarak Cumhurbaşkanına bağlanacak yaşlılık aylığının % 75'i oranında yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak herhangi bir nedenle görevden ayrılan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı veya Başbakan, 28 inci maddeye göre yaşlılık aylığına hak kazanıyorsa, 29 uncu maddeye göre yaşlılık aylığı ayrıca hesaplanır ve aylıklardan yüksek olanı yaşlılık aylığı olarak bağlanır. 28 inci maddeye göre aylığa hak kazanılmıyorsa üçüncü fıkraya göre bağlanan aylığın tümü, 28 inci maddeye göre aylığa hak kazanılıyor ve 29 uncu maddeye göre hesaplanan aylık, üçüncü fıkraya göre bağlanan aylıktan düşüğe aradaki fark Hazineden tahsil edilir.”* Görüldüğü üzere, maddede cumhurbaşkanı lehine olmak üzere başbakan ve meclis başkanı arsında da aylığın hesaplanması konusunda fark yaratılmıştır. Cumhurbaşkanlığı görevi diğer iki göreve nazaran daha önemli olduğundan böyle bir ayırım haklıdır ve ilkeye aykırılık yoktur.

¹⁴⁷⁶ Aslanköylü, Sosyal Sigortalar, 1032.

maddeleri uyarınca aylık bağlanmasına hak kazanmalı ve en az iki yıl süreyle bu görevlerde bulunmuş olmalıdır.

Önemle ifade etmek gerekir ki kanun koyucu belirtilen kişilerin gerekli sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını sağlayamama ve bu nedenle aylığa hak kazanamama ihtimali nedeniyle bu düzenlemeyi yapsaydı, sadece 28. maddeye göre aylığa hak kazanamayan meclis üyeleri için böyle bir ayırım yapardı. Oysa kanun koyucu, yukarıda da açıklandığı üzere, 28. maddeye göre aylığa hak kazanan kişinin aylığının farklı biçimde hesap edileceğini öngörmüştür. Görüldüğü üzere amaç, meclis üyelerini sosyal güvenceden yoksun bırakmamak değil, daha fazla aylık bağlamaktır. Her şeyden önce ayırım yapılma noktasında güdülen amaç meşru değildir. Daha fazla aylık bağlanması bitmiş olan görevin önemiyle açıklanmaz. Bulunulan her makam, her durumda ve her hukuk dalında farklı bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmaz. Somut olayın özelliğine göre belirli görevi yapanlar lehine -bunlar sadece kamu görevlisi olmak zorunda da değil- düzenleme yapılması, görevin öneminin gerekliliği olup, mutlak bir zorunluluk olarak algılanmamalıdır. Sosyal Güvenlik Hukukunda bu kişiler lehine yapılacak bir ayırım sadece kişisel fayda sağlayacak olup, görevin layığıyla yapılmasına ya da toplumun gelişmesine herhangi bir katkı sağlamaz. Bu bakımdan bu kişilerin yaşlılık aylığı için imtiyaz derecesine ulaşan farklı düzenleme yapılmış olması eşitlik ilkesine aykırıdır.

§10. Ölüm Sigortası Kapsamında Sağlanan Sigorta Yardımlarının Eşitlik İlkesi Temelinde Değerlendirilmesi

I. Ölüm Aylığı

1. Ölüm Aylığına Hak Kazanma Koşulları

a) Sigortalının Herhangi Bir Nedenle Ölümü ve Ölüm Nedeninin Önemi

5510 sayılı Kanunun 32-37. maddeleri arasında yer alan ölüm sigortasına¹⁴⁷⁷ ilişkin esaslar, genel olarak 506 sayılı Kanun hükümlerine benzemektedir¹⁴⁷⁸. Geride

¹⁴⁷⁷ Uzun vadeli sosyal sigorta kapsamında düzenlenen son sosyal sigorta türü ölüm sigortasıdır. Ölüm sigortası, ölüm riskine karşı güvence getirmektedir. Ancak bu güvence sigortalı olan için değil, sigortalının geride kalan hak

kalanların ölüm aylığına hak kazanabilmesi için ölen kişi öldüğü tarihte *sigortalı* olmalıdır¹⁴⁷⁹. Buna göre Kanunun 5. maddesi kapsamında olup da, hakkında uzun vadeli sigorta kollarının uygulanmayacağı öngörülen kişilerin veya 6. madde kapsamındakilerin ölümü durumunda, bunların eşi ya da çocukları için ölüm sigortasından aylık bağlanmaz. Örneğin, kişinin çırak olması durumunda geride kalanlara aylık bağlanamaz¹⁴⁸⁰.

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bendi kapsamında yer alan sigortalıların hak sahipleri anılan Kanunun 32 vd. hükümleri uyarınca aylığa hak kazanabileceklerdir. Mülga kanunlar döneminde sigortalılığı başlayanların hak sahiplerinin aylığa hak kazanmak için tabi olacağı kanunun belirlenmesi önemlidir. Bunun belirlenmesi bakımından malullük ve yaşlılık sigortasında olduğu gibi 5510 sayılı Kanunun geçici maddeleri dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan 506 ve 2925 sayılı Kanunlar çerçevesinde sigortalı olanlar ve sigortalılığı m.4/I,(a); 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar ve sigortalılığı m.4/I,(b) ve 5434 sayılı Kanuna tabi olanlar ve sigortalılığı m.4/I,(c) kapsamında devam edenler (geç.m.1/I) hakkında geçici 2. maddenin yedinci fıkrası önem taşımaktadır. Her ne kadar maddede esas olarak aylıkların *hesaplanması* düzenlenmiş ve *hesaplamaya* yönelik bazı durumlarda mülga kanunların esas alınacağı belirtilmişse de, maddenin 7. fıkrasında *aylık bağlanmasına esas alınacak* olan Kanunun 2829 sayılı Kanun olduğu ve bu Kanuna göre tespit yapıldıktan sonra, *5510 sayılı Kanunun geçici maddelerindeki hükümlerinin* uygulanacağı öngörülmüştür. Öğretide *Sözer* ise, beklenen hak sahipleri açısından işçi konumunda olanların, bağımsız çalışan sigortalıların, kamu görevlilerinin hak sahiplerinin ölüm aylığına hak kazanma koşulları açısından *mülga kanunlara* tabi

sahipleri için söz konusu olmaktadır. Diğer ifadeyle söz konusu sigorta, geçimi, ölen sigortalı tarafından sağlanan ve bu nedenle sigortalının ölümü ile muhtaç duruma düşecek aile bireylerinin geleceklerini güvence altına almayı amaçlar, **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 557; **Tuncay/Ekmekçi**, 399, 356; **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1231; **Uşan**, 228. Bu amacıyla ölüm sigortası, sosyal güvenlik sistemlerinin aileyi koruma amacı yönünü öne çıkartmaktadır. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 557; Tüm modern sosyal güvenlik sistemlerinde ölüm sigortası=geride kalanlar sigortası kurulduğu ve korumanın konusunun geride kalan aile bireyleri olduğu belirtilmiştir, bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 399; **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1231. Öte yandan diğer sosyal sigortaların güvence sağladığı sosyal risklerden farklı olarak, ölüm riskinin gerçekleşmesi muhakkaktır. Görüldüğü üzere, bu sigorta kolunda riskin kesin gerçekleşecek olması ve gerçekleştiğinde göstereceği etkinin sigortalıda olmaması diğer sigortalara göre fark yaratmaktadır, **Uşan**, 227. Ancak belirtmek gerekir ki, Sosyal Güvenlik Hukukumuzda ölüm riski sadece ölüm sigortası ile güvence altına alınmamıştır. Kısa vadeli sigorta kolları kapsamında düzenlenen iş kazası ve meslek hastalığı sigortasıyla da ölüm riski güvence altına alınmıştır.

¹⁴⁷⁸ **Tuncay/Ekmekçi**, 399; **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1231.

¹⁴⁷⁹ **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1232.

¹⁴⁸⁰ **Aslanköylü**, 888.

olacağını ifade etmiştir¹⁴⁸¹. Malullük sigortası kapsamında sigortalıları incelerken de açıkladığımız üzere, kişinin hangi kapsamda sigortalı olduğu 2829 sayılı Kanuna göre belirlendikten sonra 5510 sayılı Kanunun geçici maddeleri dikkate alınmalıdır.

Geçici hükümler incelendiğinde mülga kanunlar döneminde sigortalı olan ve sigortalılığı 5510 sayılı Kanun döneminde devam edenlerin hak sahiplerine 506 sayılı ve 1479 sayılı Kanunlarda yer alan düzenlemelerin uygulanması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Bu bakımdan 506 ve 1479 sayılı Kanunlar döneminde sigortalılığı başlayanların hak sahipleri 5510 sayılı Kanunda yer alan şartlar gerçekleştiği sürece aylığa hak kazanabilirler. Buna mukabil, geçici 4. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca iştirakçi iken 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınmış olanlar ya da 5510 sayılı Kanundan önce 5434 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmış olup (c) bendine tabi biçimde yeniden çalışmaya başlamış olan sigortalıların dul ve yetimleri hakkında 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır. Kural bu olmakla birlikte Kanunun geçici 4. maddesinin 13. fıkrasında, 5434 sayılı Kanuna tabi olup ve 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce ölen iştirakçiler için özel düzenleme yapılmıştır. Düzenleme uyarınca, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce ölen ancak 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre, prim ödeme gün sayısı¹⁴⁸² tam olmadığı için aylığa hak kazanamayan geride kalanların yürürlükteki düzenleme uyarınca ölüm aylığına hak kazanmaları halinde, kendilerine ölüm aylığı bağlanabilecektir¹⁴⁸³. Bu düzenlemenin gereği olarak, on yıldan daha az hizmet süresi olan iştirakçi 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce öldüğünde, süre tamamlanmadığı için 5434 sayılı Kanuna göre aylık alamayan hak sahipleri 5510 sayılı Kanunun yürürlüğü döneminde –ölen iştirakçinin en az 1800 gün prim ödemiş olması şartıyla- aylığa hak kazanabileceklerdir¹⁴⁸⁴. Bundan başka, 5434 sayılı Kanun döneminde hak kazanılan aylığın ödenmesine de bahsi geçen Kanunda yer alan şartın

¹⁴⁸¹ **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 400.

¹⁴⁸² Belirtmek gerekir ki, maddede 5434 sayılı Kanun zamanında ölen sigortalının *prim ödeme gün sayısından* bahsedilmesi yerinde olmamıştır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, iştirakçiler için 10 yıllık fiili hizmet süresi arandığından, *yeterli sigortalılık süresine sahip olmayan* şeklindeki ifade isabetli olurdu. Aşağıda da izah edileceği üzere, “prim ödeme” ifadesi yürürlükteki düzenlemede yer almıştır.

¹⁴⁸³ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 562.

¹⁴⁸⁴ Konuya ilişkin olarak şu örnek verilmiştir: “sekiz yıllık hizmet süresi olan iştirakçi öldüğünde 10 yıllık hizmet süresi tamamlandığı için aylık bağlanamayan dul eşi, 1 Ekim 2008 tarihinden sonra Kuruma başvurarak, başvuru tarihini takip eden aybaşından itibaren aylık talep edebilir” bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 562. Belirtmek gerekir ki, iştirakçinin en az 5 yıllık hizmet süresini tamamlamış olması yeterlidir. Zira Bu süre 1800 gün prim ödeme sayısına tekabül etmektedir.

devam etmesi halinde değil, 5510 sayılı Kanunun 32., 34. ve 37. maddesinde öngörülen şartlar devam ettiği sürece ödenmeye devam edilir (geç.m.4/I,son cümle). Bu şekildeki bir düzenlemenin ilk bakışta sadece devlet memurları/kamu görevlileri için öngörülmesi nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülebilir. Ancak iş sözleşmesine göre çalışanlar ile bağımsız çalışanlar için 506 ve 1479 sayılı Kanunlarda olduğu gibi benzer anlayış benimsendiğinden, geçiş hükmüyle memurlar için kabul edilen kolaylığın bunlar için de benimsenmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Kısacası, 5434 sayılı Kanun döneminde iştirakçi olanların hak sahipleri ölüm aylığına hak kazanma koşulları bakımından kural olarak 5434 sayılı Kanuna tabidir. 1479 ve 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanların hak sahipleri ise, ölüm aylığına hak kazanılması bakımından anılan Kanunların açıkça uygulanacağı 5510 sayılı Kanunun geçici maddelerinde belirtilmediğinden ya da bunlar hakkında geçici maddelerde hüküm bulunmadığından, 5510 sayılı Kanunun 32. maddesinde yer alan koşullara sahip olduğunda aylığa hak kazanırlar¹⁴⁸⁵.

Geride kalan hak sahiplerinin ölüm aylığı alabilmeleri için gereken diğer koşul, sigortalının *ölümüdür*¹⁴⁸⁶. Önemle ifade etmek gerekir ki, sigortalının öldüğü tarihte

¹⁴⁸⁵ Ölüm sigortasından yararlanabilmek için ölümün vuku bulduğu tarihte geçerli olan mevzuat hükümlerinin göz önünde tutulması gerektiği ileri sürülmüştür, **Uşan**, Değerlendirmeler, 344, 345. Bu yöndeki Yargıtay kararında da şu ifadeler yer verilmiştir: “*Hak sahiplerine yönelik ölüm aylığı tahsisinde sosyal güvenlik hukuku ilkelerine göre sigortalının yaşamını yitirdiği tarih itibarıyla yürürlükte olan yasal düzenlemenin uygulanmasının zorunlu bulunmasına, inceleme konusu davada hak sahibi eş konumundaki davacı tarafından 5510 sayılı Kanunun 32'nci maddesinin yürürlük tarihinden sonra 04.06.2009 günü askerlik borçlanması bedeli yatırılıp ölüm aylığı tahsis başvurusu davalı Kuruma yöneltilmiş ise de, 15.05.2004 tarihinde yaşamını yitiren sigortalı için 506 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının gerekmesine, buna göre sigortalılık başlangıç tarihi 1965 olan sigortalı bakımından askerlik borçlanmasına karşılık gelen 901 gün ile birlikte toplam 931 günlük malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödendiğinden davacının 506 sayılı Kanunun 66'ncı maddesi gereğince ölüm aylığına hak kazandığının belirgin olmasına göre, yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.*” Y. 10. HD., 12.05.2011 t., E. 2010/9405, K. 2011/7141, www.legalbank.net; “*Somut olayda, 19.11.2008 tarihinde yaşamını yitiren sigortalının hak sahipleri için 5510 Sayılı Kanunun 32. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.*” Y. 21.HD., 23.06.2011 t., E. 2010/5071, K. 2011/5968, www.legalbank.net.

¹⁴⁸⁶ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 560; **Tuncay/Ekmekçi**, 399 vd; **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1232. Bu noktada, ölümün ne zaman gerçekleştiği önem taşımaktadır. Organ nakli konusundaki tıbbi ve teknik gelişmeler, ölümün; biyolojik yönden yaşamın, yani yaşamsal işlevlerin tam ve kesin olarak sona erme hali olarak tanımlanmasına neden olmuştur. Diğer bir ifadeyle nefesin kesilmesi, kalp atışlarının durması ölüm için yeterli kabul edilmemekte, insanın beyin faaliyetinin durması gerekli görülmektedir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 560; **Tuncay/Ekmekçi**, 357, 400. Bu bakımdan sigortalının biyolojik yönden kişiliğinin bir daha canlanmamak üzere son bulması lazımdır (MK m.27). Gerçekten, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Açılması ve Nakli Hakkında Kanunda (RG., 03.06.1979 t., S. 16655) ölüm olayının, belirtilen gelişmelere uygun olarak, beyin ölümüyle gerçekleşeceği kabul edilmiştir (m.11). Her ne kadar hukuk dallarının düzenlediği alanların farklılığı, duruma göre 2238 sayılı kanunda kabul edilenden ayrı bir anlayışın benimsenmesine yol açabilecekse de, sosyal güvenlik hukuku açısından farklı bir ölüm kavramını benimsemeye gerek bulunmamaktadır. Buna göre, sigortalının beyin faaliyetleri durmadan hak sahiplerine ölüm sigortası yardımlarının yapılması mümkün değildir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 560. Sigortalı hakkında ölüm karinesi ya da gaiplik kararı verilmesi durumunda, geride kalanların durumu ilke bakımından

fiilen çalışıp çalışmaması önem taşımamaktadır¹⁴⁸⁷. Gerçekten, sigortalılık niteliği çalışmaya başlanmasıyla birlikte kazanılmakta, ancak bunun devamı çalışma olgusuyla ilişkili değildir. Dolayısıyla, sigortalının çalışmadığı bir dönemde ölmesi, geride kalanlara aylık bağlanmasına engel değildir.

Ölüm sigortasıyla güdülen amaç, sigortalının geride kalanlarına yardım sağlamak olduğu için hakkında “ölüm karanesi” bulunan ya da “gaipliğine” karar verilen kişinin geride kalan hak sahiplerine de ölüm sigortası kapsamında yardımlar yapılmalıdır¹⁴⁸⁸. Ölüm karanesi veya gaiplik durumunda geride kalanlara aylık bağlanması yönündeki anlayışın benimsenmesi her şeyden önce eşitlik ilkesi açısından zorunludur. Burada eşitlik açısından karşılaştırılması gereken kişiler sigortalılar değildir. Gerçekten, aynı ya da benzer durumda olanlar ve eşitlik ilkesi bakımından dikkate alınacaklar sigortalının geride kalan hak sahipleridir. Zira ölen sigortalının geri de kalanlarıyla, hakkında gaipliğe karar verilen ya da ölüm karanesi bulunan sigortalının geride kalanlarının düşeceği durum birbirinden farklı değildir. Yaratacağı sonuç bakımından aynı etkiyi haiz olaylar için farklı bir esasın benimsenmesi haklı neden olmadığı sürece eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Hakkında gaipliğe karar verilen sigortalının geride kalan hak sahipleri açısından ölen sigortalının hak sahiplerine nazaran farklı bir anlayışın benimsenmesini gerekli kılan haklı neden yoktur.

incelenerek değerlendirilmelidir. Medeni Kanunda “ölüm karanesi” ve “gaiplik” konuları düzenlenmiştir. Anılan Kanunun “ölüm karanesi” başlıklı 31. maddesinde, “*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.*” düzenlemesi; genel olarak gaipliğin düzenlendiği 32. madde hükmünde ise, “*Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Hükümde hakları ölüme bağlı olanların, gaiplik kararı talep edebileceği düzenlenmiştir. Sosyal güvenlik hukuku bakımından bu kişiler 34. madde gereği ölen sigortalının eşi, çocukları ve ana-babasıdır. Bu kişilerin gaiplik talebinde bulunabilmesi içinse, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir (MK m. 33). Belirtilen süreler (1 yıl ya da 5 yıl) geçtikten sonra yapılan talep üzerine, mahkeme gaipliğine karar verilecek kişi (sigortalı) hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilânla çağırır (MK m.33/II). Söz konusu süre ilk ilânın yapıldığı tarihten itibaren altı aydır (MK m.33/III). Gaiplik kararı verilmeden gaipliğine karar verilecek kişi, ilân süresi dolmadan ortaya çıkar veya kendisinden haber alınır ya da öldüğü tarih tespit edilirse gaiplik istemi düşer (MK m.34). 5510 sayılı Kanunun 97. maddesinde, ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların hakkın kazanıldığı tarihten itibaren 5 yıl içinde istenmeyen kısmının zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Gaiplik ya da ölüm karanesi halinde, aylığa hak kazanmak için diğer şartların tamamlanmış olduğu bir durumda, zamanaşımı süresi gaiplik veya ölüm karanesi hakkında karar verilmesiyle başlayacaktır. Başka bir ifadeyle, gaipliğe ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra aylık bağlanması mümkündür, **Aslanköylü**, 888. Anılan hükümde kabul edilen sürenin zamanaşımı niteliğinde olması sebebiyle, haklar ileriye dönük olarak istenebilecektir, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 574; **Tuncay/Ekmekçi**, 407.

¹⁴⁸⁷ **Aslanköylü**, 888.

¹⁴⁸⁸ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 560; **Tuncay/Ekmekçi**, 400. d.N 22, uşan 229 p.2; **Aslanköylü**, 888.

Ölüm sigortasından yardım sağlanabilmesi için sigortalının hangi nedenle yaşamını yitirdiğinin önemi bulunmamaktadır¹⁴⁸⁹. Diğer bir ifadeyle sigortalının kaza, intihar, hastalık vb. herhangi bir nedenle ölmesi, geride kalanların ölüm sigortası kapsamında öngörülen yardımlara hak kazanıp kazanmamasına kural olarak etkili değildir¹⁴⁹⁰. Ölümü doğuran neden açısından herhangi bir sınırlama getirilmemesi isabetli olmuştur. Gerçekten, ölüm olayı kaynaklandığı nedenden bağımsız olarak geride kalanlar üzerinde olumsuz etkisini gösterir. Buna mukabil, ölümü doğuran nedene bağlı olarak geride kalanlara aylık bağlanmamasının öngörüldüğü durum da söz konusudur. Buna göre, 5510 sayılı Kanunun 56. maddesinde, kendisinden aylık bağlanacak sigortalıyı ya da gelir veya aylık bağlanmış olan sigortalıyı kasten öldürdüğü hususunda kesinleşmiş yargı kararı bulunan kişilere aylık ödenmeyecektir¹⁴⁹¹. Kendisinden aylık bağlanmış ya da bağlanacak sigortalıyı kasten öldürenlere aylık bağlanmaması şeklinde kabul edilen durum, kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak sahibi olamayacağı yönündeki genel ilke gereğince yerindedir¹⁴⁹². Dolayısıyla, söz konusu kişilerin kapsama alınmamasına ilişkin neden haklı nitelik taşıdığından, düzenleme eşitlik ilkesine aykırı değildir.

¹⁴⁸⁹ **Tuncay/Ekmekçi**, 398, 399; **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1232; **Aslanköylü**, 888. Önemle belirtmek gerekir ki, ölüm nedeni yardımın yapılacağı sigorta kolunun belirlenmesi bakımından önem taşır. Başka bir ifadeyle ölümü doğuran olay, yardım yapılacak sigorta kolunu etkiler. Yukarıda da belirtildiği üzere, Sosyal Güvenlik Hukukumuzda ölüm riski, sadece ölüm sigortası ile değil; kısa vadeli sigorta kolları kapsamında düzenlenen iş kazası ve meslek hastalığı sigortasıyla da güvence altına alınmıştır. Buna göre, sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sonucu hayatını kaybetmesi halinde geride kalanlara gelir bağlanması, 5510 sayılı Kanunun 20. maddesine göre yapılacaktır. Ancak ölümün iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle meydana gelmesi ölüm aylığı bağlanmasına engel teşkil etmez. Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, sigortalı iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda öldüğünde kendisine iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından gelir, şartları haiz olması halinde de ölüm sigortasından aylık bağlanabiliyorsa gelir ve aylıkların birleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 557; **Uşan**, 227. Ölüm olayının herhangi bir nedenle gerçekleşmesi halindeyse, geride kalanlara yardım, sadece ölüm sigortası hükümlerine göre yapılacaktır, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 557. Buna mukabil bir görüş, ölüm uğranılan iş kazası ve meslek hastalığından çok sonra çıksa dahi, bunun iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklandığı anlaşıldığı sürece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından aylık¹⁴⁸⁹ bağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. **Tuncay/Ekmekçi**, 400. Görüş tarafından ileri sürülen “aylık” ifadesinin gelir olarak algılanması isabetli olacaktır. Gerçekten, Ölüm geliri ile, ölüm aylığı birbirinden farklı kavramlardır. İş kazası veya meslek hastalığına bağlı olarak gerçekleşen ölümlerde ölüm gelirinin bağlanması söz konusuyken, başka nedenlerle gerçekleşen ölümlerde ise ölüm aylığının bağlanması söz konusudur, bkz. **Aslanköylü**, 886.

¹⁴⁹⁰ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 557; **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1232; **Aslanköylü**, 888. Bundan başka, doğum sırasında ölümün gerçekleşmesi halinde, ölüm sigortasından aylık bağlanması gerektiği öğretide haklı olarak belirtilmiştir, **Tuncay/Ekmekçi**, 400.

¹⁴⁹¹ Bahsi geçen maddede geride kalanların davranışlarına bağlı olarak aylık bağlanmayacak başka hallerde de öngörülmüştür. Aşağıda bu konu üzerinde durulacaktır.

¹⁴⁹² **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 559.

b) Ölen Sigortalının Kurumla Belirli Bir İlişki İçinde Olması

aa) Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısı Bakımından Sağlanması Gereken İlişki

5510 sayılı Kanundan önceki durum dikkate alındığında, 1479 sayılı Kanunda sigortalının ölüm tarihinde en az beş tam yıl sigorta primi ödemiş olması halinde, geride kalanlara aylık bağlanabilmekteydi (m.41). Açıkça prim ödeme gün sayısına yer verilmemiş olmakla birlikte, aranan sigortalılık süresinin beş yıl şeklinde kabul edilmesinin sonucu olarak, ödenmesi gereken prim gün sayısı 1800 (5yıl×360gün) gündü. Dolayısıyla, 1479 sayılı Kanundaki anlayış, aşağıda da açıklanacağı üzere farklı bir biçimde ifade edilmiş de olsa, 5510 sayılı Kanunda devam ettirilmiştir¹⁴⁹³. Buna mukabil, 1479 sayılı Kanunda, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölenler için geride kalanların aylığa hak kazanabilmesi bakımından prim ödeme süresinin aranmayacağı yönündeki düzenleme ise, 5510 sayılı Kanunda yer almamıştır¹⁴⁹⁴.

506 sayılı Kanuna tabi sigortalılar için ise, 12.12.2006 tarihli, 5561 sayılı Kanunla değişiklik yapıldıktan sonra, beş yıldan beri sigortalı olup, sigortalılık süresinde en az 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş durumda ölen sigortalının hak sahiplerine aylık bağlanacağı öngörülmüştü¹⁴⁹⁵ (m.66/c). 5434 sayılı Kanun döneminde, sigortalının en az on yıl fiili hizmet süresine sahip olması gerekmektedir¹⁴⁹⁶. Oysa yürürlükteki düzenlemeyle ilk defa 5510 sayılı Kanun

¹⁴⁹³ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 561.

¹⁴⁹⁴ Ancak eski düzenlemeden farklı olarak, yukarıda da izah edildiği üzere, iş kazası veya meslek hastalığına bağlı ölüm, m.4/1,(b) çerçevesinde sigortalı olanların hak sahiplerine ölüm geliri bağlanmasını da gerektirecektir. Bu durumda aylık ve gelirlerin birleştirilmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

¹⁴⁹⁵ Hizmet tespit davası neticesinde primlerin ödenmiş olmasının gerekli olmadığı Yargıtay tarafından isabetli biçimde belirtilmiştir: “*Davacının tahsis talebinde bulunduğu 27.08.2008 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan, 506 sayılı Kanun’un ölüm aylığı bağlanmasına ilişkin 66. maddesinde yazılı sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı, talep tarihindeki Kurum kayıtlarına göre belirlenmektedir. Aynı Kanun’un 79. maddesinde ise; “Yönetmelikte tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilmeyen sigortalıların, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlamaları halinde, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır.” hükmü öngörülmüş olup, mahkeme kararıyla tespit edilen günlere ilişkin primleri ödeme yükümü işverene, tahsil yükümü ise Kuruma aittir. Tespite konu hizmetlere ilişkin prim borcunun ödenip ödenmediğine bakılmaksızın hizmet tespiti kararıyla kazanılan gün sayısı, ancak hizmet tespitine ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra Kurum yönünden bağlayıcılık kazanır.*” Y. 10 HD., 05.07.2010 t., E. 2010/3653, K. 2010/10106, www.legalbank.net

¹⁴⁹⁶ 5434 sayılı Kanunun Ek m.13 hükmünde ise istisnai olarak bazı koşulların varlığı halinde en az beş fiili hizmet yılı mevcut iken ölenlerin hak sahiplerine de aylık bağlanması öngörülmekteydi. 5510 sayılı Kanunla belirtilen bu istisnai hükmün kural haline getirilmesinin yerinde olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür. bkz. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 562.

döneminde sigortalı olanların 1800 gün prim ödemeleri, dolayısıyla beş yıllık sigortalılık süresi yeterlidir. Dolayısıyla, m.4/I,(c) kapsamındaki sigortalılar bakımından ise, 5434 sayılı Kanuna göre daha lehe bir düzenleme yapılmıştır¹⁴⁹⁷.

Yürürlükteki düzenlemede geride kalanların aylığa hak kazanma koşulları eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmelidir. 5510 sayılı Kanunun 32. maddesinde, ölen sigortalı ile Kurum arasındaki ilişkinin varlığına kanaat getirilmesi için belirli durumlar öngörülmüştür. Maddede belirtilen hallerden birini sağlamışken sigortalının ölmüş olması, aşağıda açıklanacak olan diğer koşulların da bulunması halinde, ölüm sigortası yardımlarının sağlanmasına sebebiyet verir¹⁴⁹⁸.

Bahsi geçen maddenin (a) bendindeki düzenleme gereğince, ölen sigortalı belirli süre sigortalılık süresine ve/veya prim ödeme gün sayısına sahip olması halinde ilişkinin varlığı kabul edilecektir. Buna göre; “a) *En az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş [...] durumda iken ölen sigortalının*” hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabileceği düzenlenmiştir¹⁴⁹⁹.

Bu noktada sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı bakımından öngörülen şartın m.4/I,(a), (b) ve (c) kapsamındaki sigortalılar için farklı olup olmadığı konumuz bakımından belirlenmelidir. Beş yıldan beri sigortalı olma ve adlarına toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmiş olması yönünde aranan şart maddedeki açık düzenleme karşısında, sadece m.4/I,(a) çerçevesinde sigortalı olanlar için uygulanabilir¹⁵⁰⁰. Diğer kapsamdaki sigortalılar içinse benzer bir şart kabul edilmemiştir.

En az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olma yönünde aranan diğer şartın Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri

¹⁴⁹⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 561.

¹⁴⁹⁸ Tuncay/Ekmekçi, 400; Tuncay, Ölüm Sigortası, 1233.

¹⁴⁹⁹ Hükümde sadece m.4/I,(a)'lılar için “her türlü borçlanma süreleri hariç” ifadesi olduğu ve bu düzenlemenin eşitlik ilkesi aykırılığı haklı olarak öğretide ileri sürülmüştür, bkz. Şakar, 5510, www.yaklasim.com

¹⁵⁰⁰ Tuncay/Ekmekçi, 400; Aslanköylü, 885.

kapsamındaki sigortalılar için uygulanabilir nitelikte olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu şartın, m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalılar için de uygulanabilir olup olmamasıyla ilgili maddede açıklık yoktur. Bunun iş sözleşmesine göre çalışanları da kapsayıp kapsamadığı belirlenmelidir. Öğretide bir görüş tarafından, iş sözleşmesine göre çalışanlar için sadece sigortalılık süresi (5 yıl) ve prim ödeme gün sayısı (900 gün) bakımından aranan koşulun uygulanabilirliği ileri sürülmüştür¹⁵⁰¹. Diğer görüş ise, m. 4/I,(a) kapsamındakilerin de, m.4/I,(b) ve (c) kapsamında olanlar gibi en az 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmiş olması durumunda geride kalanların aylığa hak kazanabilecekleri, böylece iş sözleşmesine göre çalışanlar için iki ayrı bir olanağın sunulduğu yönündedir¹⁵⁰².

İki şart birlikte değerlendirildiğinde, en az 1800 gün prim bildirilmesi yönünde aranan şartın iş sözleşmesine tabi çalışanları da kapsadığını kabul etmek anlamsız olur. Gerçekten bir sigortalı en az 1800 gün prim ödeme şartını sağlamışsa, zaten en az beş yıldan beri sigortalılık süresine erişmiş ve 900 gün pirim ödeme sayısını da fazlasıyla tamamlamış olur. 506 sayılı Kanunun 66. maddesinde 5561 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, “5 yıldan beri sigortalı bulunup her yıl için ortalama 180 gün prim ödeme” şartı arandığından, anılan Kanunda da yer alan “1800 günlük prim ödeme” seçeneği anlam ifade etmekteydi. Başka bir deyişle, prim ödeme gün sayısının “toplam” yerine, “ortalama” 180 gün olarak belirlenmiş olması, 506 sayılı Kanunda da bulunan 1800 günlük prim ödeme şartını anlamlı kılmaktaydı. Nitekim, AYM tarafından her yıl için ortalama 180 gün prim ödemeye ilişkin hüküm iptal edildikten sonra, en az 5 yıldan beri sigortalı olup, toplam olarak 900 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortası primi bildirmiş olmak yeterli kabul edilmişti. Gerçekten, iptalden sonra yapılan düzenlemede, karara konu olmamasına rağmen 1800 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortası bildirmiş olma yönünde şart kaldırılmıştı. Bu şartın karara konu olmamasına rağmen kaldırılması, “beş yıllık sigortalılık süresi ve 900 gün prim ödeme gün sayısı” ile “1800 gün prim ödeme” şartının öncelikle sağlanmasıyla ilgiliydi.

¹⁵⁰¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 561.

¹⁵⁰² Tuncay/Ekmekçi, 401.

Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanunda, 1800 gün prim bildirme şartının m.4/I,(a) kapsamındakiler için kabul etmek anlam ifade etmez. Bu durumdaki sigortalılar beş yıllık sigortalılık süresine ve toplam 900 gün prim bildirme süresine sahip olmaları halinde, geride kalanları aylığa hak kazanırlar. Anılan düzenlemeyle iş sözleşmesine göre çalışanlar için kolaylık sağlandığı kabul edilmelidir¹⁵⁰³. Tamamlanması daha zor olan diğer seçenekse bağımsız çalışanlar ile devlet memurları/kamu görevlileri için uygulanır. Belirtilen şekilde bir kolaylığın sağlanmasını haklı nedene dayandırmak mümkün olmadığından eşitlik ilkesine aykırılık söz konusudur. Öğretide de bağımsız çalışanlar ve memurlar için daha yüksek sayıda prim ödeme gün şartı aranmak suretiyle sigortalılar arasında eşitsizlik yaratıldığı ileri sürülmüştür¹⁵⁰⁴.

Önemle ifade etmek gerekir ki, cumhurbaşkanı, TBMM başkanı veya başbakan iken veya bu görevlerden ayrıldıktan sonra herhangi bir nedenle ölenlerin hak sahiplerine herhangi bir prim ödeme koşulu da dahil olmak üzere herhangi bir koşul aramadan 34. madde hükmüne göre aylık bağlanabilir (m.43/son). Bu kişilerin ölüm nedeni önem taşımamaktadır. Aynı anlayış 5434 sayılı Kanun'da sadece cumhurbaşkanları için benimsenmişti (ESK m.66/a). Birinci bölümde de ifade ettiğimiz üzere, bazı görevlerin nitelikleri ayrımı haklı kılan neden olarak kabul edilir. Bu bakımdan, cumhurbaşkanlığı görevinde olanların kendisi için bazı sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarının farklı belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı değildir. Ancak bunların hak sahipleri bakımından aynı esası benimsek, ayrıcalık niteliği taşır. Özellikle, cumhurbaşkanı dışında TBMM başkanının ve başbakanın geride kalanları için bu ayrımın haklı nedeni yoktur. Sonuç olarak, bazı kamu görevlilerinin geride kalan hak sahipleri için anılan yönde düzenleme yapmanın haklı nedeni olmadığı kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, m.4/I,(b) bendine göre sigortalı sayılanların hak sahiplerine aylık bağlanabilmesi için ölen sigortalının genel sağlık sigortası primi dahil kendi sigortalılığından dolayı prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun olmaması veya ödenmesi şarttır, şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir (5510 sK. m.32). Bu düzenlemenin diğer sigorta kollarından sağlanan yardımlar için eşitlik ilkesine aykırı olduğu yukarıda sıkça

¹⁵⁰³ **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1233; **Aslanköylü**, 885.

¹⁵⁰⁴ **Ertürk**, Genel Bakış, 1058; **Tuncay**, Ölüm Sigortası, 1233.

vurgulanmıştı¹⁵⁰⁵. Ölüm sigortası bakımından eşitlik ilkesine aykırılık daha açık biçimde gözükmemektedir. Zira burada eşitlik ilkesi bakımından dikkate alınacak kişiler, sigortalının hak sahipleri'dir. Prim ödeme yükümlüsü ise, m.4/I,(b) kapsamındaki ölen sigortalının kendisi olup, hak sahiplerinin bu konuda yükümlülüğü bulunmamaktadır. Öte yandan, Kurumun finansman kaynağının da gözetilmesi bakımından, çalışmamızda benimsediğimiz anlayış gereğince bağlanacak olan aylıktan, Kuruma olan prim borcunun taksitler halinde mahsup edilmesi isabetli olur.

bb) 5510 sayılı Kanunun 47. Maddesinde Yazılı Nedenlerden Kazaya Uğramış Olma

5510 sayılı Kanunun 32. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereği, 47. maddede yazılı nedenlerden dolayı kazaya uğramış durumda iken ölenlerin hak sahiplerine aylık bağlanabilir. Bahsi geçen 47. maddede, sadece m.4/I,(c) çerçevesinde sigortalı olanlar için uygulama kabiliyetini haiz vazife malullüğü düzenlenmiştir. Buna göre, belirtilen kapsamdaki sigortalı vazifelerini yaptıkları sırada veya vazifeleri dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken bu işlerden veya kurumlarının menfaatini korumak maksadıyla bir iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde meydana gelen kaza nedeniyle ölürse, geride kalanları ölüm aylığına hak kazanırlar. Belirtmek gerekir ki, m.4/I,(c) çerçevesinde sigortalı olan kimse Kanunun 47. maddesinde sayılan haller nedeniyle ölürse, herhangi bir sigortalılık süresi veya prim ödeme gün sayısı dikkate alınmaksızın hak sahiplerine aylık bağlanabilir¹⁵⁰⁶. Bu durumun eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmesi aşağıda yapılmıştır.

¹⁵⁰⁵ bkz. §7, II, 1, b, bb; §7, II, 2, b, cc; §9, II, 1, c.

¹⁵⁰⁶ 5434 sayılı Kanunun 66. maddesi iştirakçilerin 45. maddede yazılı vazifeden doğma sebeplerle ölenlerin yanında aynı sebeplerden doğma kaza ve yaralanmaları üzerine tedavi sırasında veya ameliyat yüzünden ölenleri de dahil etmiştir (m.66). Yukarıda da izah edildiği üzere, bu düzenleme, haklarında 5434 sayılı Kanunun uygulanacağı belirtilenler bakımından geçerliliğini korumaktadır. 5510 sayılı Kanun döneminde ilk defa m.4/I,(c) çerçevesinde sigortalı olanlar bakımından ise, 47. maddede yer alan nedenlerden doğma kaza ve yaralanmaları tedavi sırasında ölenler açıkça dahil edilmemiştir. Ancak belirtilen durumlarda ölen kişilerin hak sahiplerinin de ölüm aylığından yararlanması gerekecektir düşüncesindeyiz. Gerçekten, vazife malullüğü gerektiren nedenden dolayı ölüm, kısa zaman dilimi içerisinde gerçekleşeceği gibi, belirli bir süre sonunda da gerçekleşebilir. Ölümün gerçekleştiği zamanı dikkate alarak ayırım yapmak, haklı neden oluşturmaz. Vazife malullüğüne neden olan olayla meydana gelen ölüm arasında illiyet bağı devam ettiği sürece herhangi bir şart aramaksızın hak sahiplerine aylık bağlamak gerekir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, vazife malullüğü, m.4/I,(a) ve (b) kapsamındaki sigortalılar için düzenlenmiş olan iş kazası hallerine benzemektedir. Buna rağmen iş kazası ve vazife malullüğü, ölüm sigortası ile farklı biçimde ilişkilendirilmiştir. Gerçekten, iş kazası neticesinde ölen sigortalının hak sahiplerine “ölüm geliri” ya da “ölüm aylığı” bağlanırken, vazife malullüğünü gerektiren nedenlerden dolayı ölen sigortalının yakınlarına ise herhangi bir koşul dikkate alınmaksızın “ölüm aylığı” bağlanır. Benzer olayların yarattığı aynı etkiye rağmen hak sahiplerine yapılacak parasal yardım açısından yaratılan farklılığın yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Kanun koyucu bu farklılığı, ayrı yardımlar bakımından öngördüğü şartları eşitleyerek gidermeye çalışmıştır. Gerçekten, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı gerçekleşen ölümlerde hak sahiplerine ölüm geliri bağlanması için şart öngörmeyen kanun koyucu, devlet memurlarının ve kamu görevlilerinin belirli durumlarda gerçekleşen olaylara bağlı olarak ölmeleri halinde de bunların hak sahiplerinin aylıktan 1800 gün prim ödeme koşulu olmaksızın yararlanabileceğini kabul etmiştir. Kanımızca aynı ya da benzer sonucu doğuran benzer nitelikteki olaylara aynı sigorta yardımının öngörülmesi gerekirdi.

cc) Malullük, Vazife Malullüğü, Yaşlılık Aylıkları ile Ölüm Aylığının İlişkisi

Kanunun 32. maddesinde “...b)...malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta iken veya malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olup henüz işlemi tamamlanmamış, c) Bağlanmış bulunan malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı, sigortalı olarak çalışmaya başlamaları sebebiyle kesilmiş, durumda iken ölen sigortalının hak sahiplerine” aylık bağlanması öngörülmüştür¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁷ Aylığın hesaplanması için öngörülen kurallar ölüm aylığı bağlanabilmesi için sigortalıya ilişkin yukarıda açıkladığımız şartlara paralel olarak belirlenmiştir. Buna göre malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı alırken ya da bu aylıklardan birine hak kazanmışken ölen sigortalının hak sahiplerine belirtilen aylık paylaştırılacaktır (m.33/I,a). Bu durumda sigortalının aldığı aylık miktarı belli olduğundan 34. madde hükmüne göre hak sahiplerine dağıtılacak miktar da bellidir. Önemle belirtmek gerekir ki, yazılı talep şartı yerine getirilmediği sürece aylık miktarı bu şekilde belirli olsa dahi, aylığın bağlanması söz konusu olmayacaktır, **Aslanköylü**, 894. Malullük veya yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra sigortalı olarak çalışmaya başlaması nedeniyle aylığı kesilen sigortalının ölüm tarihi esas alınarak, 5510 sayılı Kanunun 27. ve 30. maddelerine göre belirlenecek olan aylığı, hak sahiplerine paylaştırılacaktır (m.33/I,b). Yukarıda da açıklandığı üzere, başka birinin sürekli bakımına muhtaç olanların malullük aylığı on puan artırılarak bağlanmaktadır. Ancak bu durumda olan sigortalıların hak sahiplerine, bu artırım dikkate alınmaksızın malullük aylığı bağlanacaktır (m.33/II, son cümle). Sigortalı için öngörülmüş olan olumlu uygulamanın hak sahiplerine intikal ettirilmesi geride kalanlar arasında haklı olmayan ayırım yapılmasına sebebiyet verirdi. Gerçekten,

Görüldüğü üzere, ölüm aylığına hak kazanma koşulu, malullük, vazife malullüğü ve yaşlılık aylığı ile ilişkilendirilmiştir. Buna göre sigortalı malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığına hak kazanmış durumda iken ölmüşse, geride kalanlara aylık bağlanabilir¹⁵⁰⁸. Aynı şekilde bahsi geçen aylıkları alırken, bu aylıklar çalışmaya başlama nedeniyle kesilmişse ve bu dönemde herhangi bir nedenle sigortalı ölmüşse, hak sahipleri ölüm aylığını alabilir.

Açıklanan durumda ölen sigortalıların hak sahiplerine aylık bağlanabilmesi için ayrıca belirli bir prim ödeme gün sayısı ile sigortalılık süresi aranmaz¹⁵⁰⁹. Zaten söz konusu aylıklara hak kazanan sigortalılar sağlıklarında ilgili aylıklar için aranan şartları yerine getirmiş olduğundan, ölüm sigortası için kabul edilen şartı öncelikle sağlamış olacaklardır. Bu aylıklara hak kazanma koşulları yukarıda incelenmiş olduğundan, tekrardan kaçınmak amacıyla oradaki değerlendirmelerimize atıfta bulunmakla yetiniyoruz¹⁵¹⁰. İfade etmek gerekir ki, 32. maddede yer alan aylıklara hak kazanmak için sigortalılar arasında yaratılan farklılıkların eşitlik ilkesine aykırılığı ya da uygunluğu, ölüm aylığına hak kazanma açısından geride kalanlar bakımından söz konusu olur.

Son olarak ifade edelim ki, 5510 sayılı Kanunda yer alan düzenlemenin benzeri 506 sayılı Kanunun 66. maddesinde yer almaktaydı. Aynı şekilde 1479 sayılı Kanunda da hüküm bulunmaktaydı. Ancak 506 ve 5510 sayılı Kanunlardan farklı olarak, 1479 sayılı Kanunda, bağlanmış bulunan malullük veya yaşlılık aylıkları *kesilmiş* olan sigortalının ölmesi durumunda hak sahiplerinin aylık alabileceği belirtilmiştir (m.41/b). Başka bir deyişle, 1479 sayılı Kanunda genel olarak aylığın kesilmesi ifadesine yer verilmiş olup, aylığın kesilme nedeni belirtilmemiştir. Oysa Yürürlükteki Kanunda yer alan açık

malullük aylığı alan sigortalının durumu gözetilerek yapılan ayırım, bunların durumu aynı ve benzer olmadığından haklı nedene dayansa da; geride kalanlar, sigortalının durumundan bağımsız olarak aynı ya da benzer durumda olacağından, yapılacak ayırım haklı nedene dayanmazdı.

¹⁵⁰⁸ **Aslanköylü**, 885. Henüz işlemin tamamlanmamış olmasından neyin anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durmak gerekir. Örneğin, malul olan sigortalı aylık bağlanması için Kuruma başvurmuş ancak rapor alma aşamasında ölmüşse hak sahipleri ölüm sigortasından yararlanabileceklerdir. Öyle ki öğretide, malul kalan sigortalının Kuruma hiç başvurmadığı durumda dahi, geride kalan hak sahiplerinin sigortalıya malullük aylığının bağlanabileceğini kanıtlamaları halinde, bunların ölüm aylığına hak kazanacakları; Aynı şekilde sigortalının hayattayken malullük veya yaşlılık aylığına hak kazandığına dair dava açtığı ve bu dava sonuçlanmadan önce ölmesi halinde hak sahiplerinin davayı devam ettirebilecekleri ve gerekli şartların oluşması halinde de aylığa hak kazanabilecekleri belirtilmiştir, **Aslanköylü**, 889.

¹⁵⁰⁹ **Tuncay/Ekmekçi**, 401.

¹⁵¹⁰ bkz. §10, §11.

düzenleme karşısında malullük ya da yaşlılık aylığının çalışmaya başlama nedeniyle kesilmesi gerekmektedir. Bütün sigortalılar için aynı şartlar bakımından yeknesak uygulamanın kabul edilmesi eşitlik ilkesine uygun olmuştur.

c) Hak Sahiplerine İlişkin Şartlar

Ölüm aylığı, sigortalının hak sahiplerine bağlanır. 5510 sayılı Kanunun 20. ve 34. maddelerine göre kendilerine ölüm sigortası yardımı yapılacak kişiler ölen sigortalının eşi, çocukları ve ana-babasıdır. Ancak ölen sigortalının hak sahibi olmak aylığa hak kazanabilmek için tek başına yeterli değildir¹⁵¹¹. Başka bir ifadeyle, ölen sigortalıya ve hak sahiplerine ilişkin koşullar birlikte gerçekleşmelidir¹⁵¹². Hak sahiplerine ilişkin şartlar, “ölüm aylığının hak sahiplerine paylaştırılması” başlıklı 34. madde hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün, 20. maddenin yollamasıyla ölüm gelirin hak kazanmada ve bu gelirin paylaştırılmasında da uygulanacağı yukarıda açıklanmıştı¹⁵¹³. Sonuç olarak, ölüm gelirin hak kazanmak için hak sahiplerinin sahip olması gereken şartlara ilişkin eşitlik ilkesi temelinde yapılan açıklamalar, ölüm aylığı için de geçerlidir. Tekrara sebebiyet vermemek için, konuya ilişkin olarak yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

2. Hesaplamada Esas Alınacak Prim Ödeme Gün Sayısı

Yaşlılık, malullük veya vazife malullüğü aylığı bağlanmadan ya da buna hak kazanmadan ölen sigortalıların hak sahiplerinin durumu da düzenlenmiştir. Bu kişilerin prim ödeme gün sayısı, 9000 günden az ise, 9000 gün üzerinden, 9000 gün ve daha fazla ise toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden yaşlılık aylığının hesaplanmasına ilişkin hükme göre (m.29) belirlenecek olan aylık hak sahipleri arasında paylaştırılacaktır (m. 33/I, c). Ancak m.4/I,(a) kapsamında sigortalı olanlar için prim ödeme gün sayısının 7200 olarak dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır (m.33/I,son cümle). Böylece, m.4/I,(a) kapsamında olan sigortalılara yaşlılık aylığı bağlanması için 7200 gün primin yeterli sayılmasına ilişkin hükümle bağlantı kurulmuştur¹⁵¹⁴. Bu düzenleme nedeniyle, iş sözleşmesine göre çalışan ve prim ödeme gün sayısı 9000'den

¹⁵¹¹ Aslanköylü, 887.

¹⁵¹² Aslanköylü, 887.

¹⁵¹³ bkz. §7, II, 3, b.

¹⁵¹⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 571.

azken ölen sigortalıların hak sahipleri için hesaplanacak aylık miktarı m. 4/I, (b) ve (c) kapsamındakilerin hak sahiplerine nazaran daha az olacaktır¹⁵¹⁵. Örneğin iş sözleşmesine göre çalışan bir kimse 8000 gün prim ödemişken ölürse hak sahiplerinin aylığı 8000 gün üzerinden; bu sigortalıdan oldukça az, örneğin 1000 gün prim ödeyen bağımsız çalışan ya da devlet memurunun hak sahibinin aylığı ise 9000 gün üzerinden hesaplanacaktır. Burada yaşlılık aylığına hak kazanmada aranan prim ödeme gün sayıları ile bağlantı kurulmaya çalışılmıştır¹⁵¹⁶. Ancak bu bağlantı nedeniyle m.4/I,(a) kapsamında olan sigortalılar için aylık hesabında prim ödeme gün sayısı için sınırın 7200 olarak kabul edilmesini anlamak ve haklı nedene dayandırmak mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, yaşlılık aylığına hak kazanmak için gereken şart ile bağlantı kurmak yaratılan fark için haklı neden teşkil edemez.

II. Evlenme ve Cenaze Ödeneği

5510 sayılı Kanunun 20. maddesinin son fıkrasına göre, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak ölen sigortalının hak sahiplerine 37. madde hükümlerine göre cenaze ve evlenme ödeneği verilir. Söz konusu düzenleme ikinci bölümde değerlendirilmiştir. Bahsi geçen madde, ölüm sigortası çerçevesinde yapılacak yardımlar için de uygulanma kabiliyetini haizdir. Tekrara sebebiyet vermemek için ikinci bölümde yapmış olduğumuz açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

¹⁵¹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 571.

¹⁵¹⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 563.

SONUÇ

Sosyal güvenlik hukukunda yükümlölük getiren veya yardım yapılmasını öngören bir normun eşitlik ilkesine uygun olup olmadığının tespiti, hangi eşitlik anlayışının benimsendiğıyle yakından ilgilidir.

Şekli eşitlik, eşit durumda olanların eşit muamele görmesini ve ayrımcılık yapılmadığı sürece mevcut durumun korunmasını eşitliğin varlığı için yeterli sayan eşitlik anlayışdır. Söz konusu anlayış uyarınca, kanuni düzenleme ile ayrımcılık yapılmadığı sürece, düzenlemenin ilkeye aykırı olduğu ileri sürülemez. Böylece, yasama organı kanunları oluştururken bireylere eşit mesafede kalır, bireyleri keyfi ölçölere göre ayırmazsa, şekli eşitlik uyarınca kanunların içeriğı bakımından adil ve eşit olduğu sonucuna ulaşılır. Şekli eşitlik anlayışı, gerçek eşitliğin sağlanması noktasında yetersiz kalmaktadır. Zira bu eşitlik anlayışı, ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için önlemler öngörölmesi yükümlölüğü getirmemektedir. Bilakis, tüm eşitsizliklerin haklılaştırılabilen yönü vardır. Ayrıca farklı niteliklere sahip kişi gruplarını, toplumun baskın gruplarının özellikleri gözetilerek konulmuş kurallara uymaya zorladığından, sosyal adaletsizlikler gözetilememektedir.

Gerçek anlamda eşitlik, sosyal adaletsizliklerin de gözetilmesi suretiyle sağlanabilir. Sosyal adaletsizlik, bir ölkede vatandaşlara tanınan ekonomik ve sosyal haklarla ilgili düzenlemeler yapılırken, mevcut koşullarda bu yasaların insan hakları için yaratacağı önceden göröllebilir sonuçların hesaba katılmamasından dolayı ortaya çıkar. Sosyal durumların ve koşulların, dolayısıyla toplumsal eşitsizliklerin neden olduğu sosyal adaletsizlik devlet tarafından dikkate alınmalı ve devlet müdahalesiyle bunlar yok edilmelidir. Böylece sosyal devlet olarak, toplumun korunmaya muhtaç çoğunluğunun yaşam koşulları düzeltilmeye çalışılır. Bu bakımdan, korunmaya muhtaç olanların veya herhangi bir nedenle farklı olanların durumlarının gözetilmesini sağlayan eşitlik anlayışına ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç nedeniyle sosyal güvenlik hukukunda benzerlere benzer davranılması biçiminde orta çıkan şekli eşitlik anlayışı ile yetinilmemeli, toplumu oluşturan bireylerin durumları göz önüne alınmalı ve farklılıklar, sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşulları açısından belirleyici olmalıdır. Bu ihtiyaçların

karşılanması gerekliliği ve şekli eşitliğin bu ihtiyaçları karşılamadaki yetersizliği, maddi eşitlik anlayışının geliştirilmesine neden olmuştur.

Maddi eşitlik, kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıkları olumlu yönde göz önünde bulunduran ve onları eşit veya aynı kabul etmeyen eşitlik anlayışıdır. Şekli eşitlik anlayışından farklı olarak maddi eşitlik anlayışında kişiler eşit varsayılmaz ve aralarındaki farklar dikkate alınır. Gerçekten maddi eşitlik anlayışı, farklılıkların gözetilmesini, toplumun farklılıklar gözetilerek yeniden yapılanmasını ve kaynakların dağılımında yeni ölçütlerin kullanılmasını gerektirir.

Sosyal güvenlik hukukunda eşitlik ilkesi bakımından yapılan değerlendirmelerde ayrımcılık yasağı ilkesi de dikkate alınmalıdır. Zira eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı ilkesi arasında sıkı bir bağ vardır. Eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağı haklı neden olmaksızın, eşit olanlara farklı ve farklı olanlara eşit şekilde davranmayı yasaklayan tek bir genel ilkenin iki farklı biçimde ortaya konmasından ibarettir.

Eşitlik ilkesi ya da ayrımcılık yasağı bakımından sonuca ulaşabilmek için kural olarak her şeyden önce mevcut durumu birden fazla soyut veya somut durumla karşılaştırılabilir olan sigortalının varlığına ihtiyaç vardır. Eşitlik ilkesine aykırılığın ya da ayrımcılığın tespiti için ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiyle karşılaştırılacak bir diğer kişinin *somut* biçimde bulunması gerekmemektedir. Ayrımcılığa uğrayan kişinin benzer durumda, yasaklanan ölçüt çerçevesinde değerlendirilmeyen *varsayımsal* birinin daha farklı işlem göreceğini ortaya koyması yeterlidir. Benzer anlayış, AB Yönergelerinde de benimsenmiştir.

Sigortalıların karşılaştırılması sonucunda bunların benzer durumda olup olmadığının belirlenmesi, sosyal güvenlik hukuku bakımından zorluk taşımaz. Zira sosyal riskle karşılaşan sigortalılar, sosyal riskin yarattığı etki bakımından benzer durumda sayılırlar. Sosyal güvenlik politikalarının temelini, sosyal risklerin kişiler üzerinde yarattığı etkinin giderilmesi çabasının oluşturduğu, anlamının da sosyal risk kavramından hareketle belirlendiği ve bu suretle sosyal riskin, gerek sosyal güvenlik politikalarının

gerekse sosyal güvenlik sistemlerinin var olma nedeni olduğu düşünülürse, sosyal riskten hareketle kişilerin benzer olup olmadığı sonucuna ulaşmak yanlış olmaz.

Aynı sosyal riskle karşılaşan insanlar (sigortalılar) kendilerine norm ile sağlanan hakları, kendileriyle benzer durumda olanlara temin edilenlerle kıyaslayarak eşit veya eşitsiz davranıldığına hükmederler. İnsanların değer yargılarını kullanarak eşit ya da eşitsizlik yargısına varmalarında, benzer kişilere tanınan hakların (nimetlerin) hangi yükümlülükler (kölfe) karşısında sağlandığını dikkate almaları önemli bir unsurdur. Hukukta nimet-kölfe dengesi olarak adlandırılabilir bu değer yargısı, özellikle sosyal güvenlik hukukunda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkar. Sigortalıların ödediği primler (kölfe) karşısında sağlanan yardımlar (nimet) kıyaslanarak, eşit ya da eşitsiz davranıldığı şeklinde bir yargıya varmak kolaylaşır. Nimet-kölfe bakımından ortaya çıkabilecek farklılık, aynı sosyal riske maruz kalan sigortalılardan birine daha az sosyal sigorta yardımı ya da aynı sigorta yardımının daha fazla şart altında öngörülmesi şeklinde oluşabilir. Bu sonuç, din, dil, ırk gibi kişisel özelliklerden kaynaklanabileceği gibi, sadece belirtilen alanlarla sınırlı olmaksızın oluşturulan ve haklı nedene dayanmayan farklılıklara bağlı biçimde de ortaya çıkabilir. Gerçekten gerek mülga Kanunlar döneminde gerekse yürürlükteki düzenlemede özellikle çalışma ilişkisi temel alınarak nimet-kölfe dengesi bakımından farklı düzenlemelerin yapıldığı görülmüştür.

Haklı nedenin bulunması durumunda, nimet-kölfe dengesi bakımından sigortalılar arasında ortaya çıkan ayrım eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Haklı neden olmadığı sürece, farklılık eşitlik ilkesine aykırılık taşıyacağından, benzer durumda olanlara farklı biçimde davranılmamalıdır. Sigortalıların doğuştan sahip olduğu ya da değiştirilmesinin istenmesi mümkün olmayan özellikleri nedeniyle daha az lehe davranışa maruz kalmaları her durumda ayrımcılık olarak kabul edilmelidir. Söz konusu özelliklerle yapılan farklı muamele arasında neden-sonuç ilişkisi bulunduğu sürece ayrımcılık ya da eşitlik ilkesine aykırı durum vardır. Sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşulu açısından hukuki statü temelinde yapılan ayrımlar bakımından ise aynı esas benimsenemez. Gerçekten, sigortalılık ilişkisini doğuran çalışma ilişkisi nedeniyle sağlanan sosyal sigorta yardımı arasında nedensellik bağının kurulduğu her durumda, mutlak biçimde eşitlik ilkesine aykırı sonucuna varmak, bütün yasal düzenlemenin

ilkeye aykırı olmasını beraberinde getireceği gibi, yasama organının kanun yaparken sınıflandırma yapma zorunluluğuna terstir ve takdir yetkisinin amacını aşar biçimde sınırlanması sonucunu doğurur. Kuşkusuz önemli derecede daha az lehe olan farklı muamelenin haklılaştırılması burada da gereklidir. Ancak haklılaştırma doğrudan ayrımcılık hallerinde olduğu kadar sıkı değildir. Nitekim AİHM kişisel özelliklere dayalı ayırım yasakları dışındaki alanlarda yasama organının geniş bir takdir yetkisi olduğundan bahsetmektedir.

Çalışmamız kapsamında sosyal güvenlik hukukunda eşitlik ilkesinin anlamının belirlenmesiyle 5510 sayılı Kanunda sigorta yardımlarına hak kazanma koşulları, eşitlik bağlamında değerlendirilmiştir. Kanunun sistematığıne uygun olarak kısa ve uzun vadeli sigorta kolları kapsamında düzenlenen sigorta dalları ve bunlardan sağlanan sigorta yardımları ayrı ayrı irdelenmiştir.

5510 sayılı Kanunda iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile diğer sigortalar (hastalık ve analık) “Hizmet Akdiyle veya Kendi Adına ve Hesabına Bağımsız Çalışan Sigortalıların Tabi Olduğu Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri” başlığı altında üçüncü bölümde; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ise “Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri” başlıklı dördüncü bölümde birlikte düzenlenmiştir.

Kanunda sigortalıların doğuştan sahip olduğu ya da değiştirilmesinin istenmesi mümkün olmayan özellikleri nedeniyle ayırım yapılmadığı görülmektedir. Aksi bir durum çağdaş hukukta kabul edilemez. Sosyal güvenlik hukukunda özellikle yaş, cinsiyet ve engellik hali esas alınarak olumlu yönde düzenlemeler yapılmıştır. Vurgulayalım ki, kadınları korumak amacıyla yapılan düzenlemelerin gerçek anlamda kadınların lehine olup olmadığı belirlenmelidir. Kadınlar lehine gözükmekle beraber kadınları çalışma yaşamından uzaklaştıran, onları temel aile görevlerini yerine getirme konusunda zorunlu kılan düzenlemelerin gerçek eşitliği sağladığı konusuna şüpheyile yaklaşılmalıdır. Bunun dışında farklılıklar gözetilmeli ve olumlu ayrımcılığa ilişkin düzenlemelere yer verilmelidir.

Kanunun genelinde çalışma ilişkisi temelinde oluşturulan hukuki statüye göre ayırım yapılmıştır. Üçüncü bölümün başlığından da açıkça anlaşıldığı üzere, Kanunun kısa

vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümleri, sadece iş sözleşmesine bağlı olarak çalışanlara, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlara uygulanır. Buna göre, kural olarak m.4/I,(a) ve m.4/I,(b) gereği sigortalı olanlar ve bu kapsamda olmamakla birlikte 5. maddede kısa vadeli sigorta kollarının uygulanacağı öngörülen kişiler, kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümlere tabidir. Uzun vadeli sigorta kollarının kapsamında ise hukuki statü temelinde ayırım yapılmamıştır.

Önemle ifade edelim ki, AYM 15.12.2006 tarihli E.2006/111, K.2006/112 sayılı sonrasında devlet memurlarının kısa vadeli sigorta kolları kapsamında kabul edilmemesi, kendileri aleyhine bir durum yaratmamıştır. Zira kısa vadeli sigorta kolları kapsamında öngörülen yardımları karşılayacak nitelikteki yardımlar 657 sayılı DMK'da öngörülmüştür. Çalışmamızda 657 sayılı DMK'ya ya da 4857, 5953, 854 sayılı İş Kanunları gibi özel kanunlara tabi çalışanlara sağlanan hakların eşitlik ilkesine aykırı olmadığı belirlenmiştir. Gerçekten, çalışma ilişkisi doğrultusunda *devletin işveren sıfatıyla* memur ya da kamu görevlilerine sağladığı haklar ile iş sözleşmesine tabi çalışanlar ve bağımsız çalışanların çalışma şekilleri dolayısıyla edindiği yararlar, eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilemez. Buna mukabil, söz konusu yararların ödenen primlerin karşılığı olmak üzere, SGK tarafından sağlanması halinde nimet-külfet dengesi bakımından eşitlik ilkesi çerçevesinde sigortalılar arasında değerlendirme yapılmalıdır.

Kanunun genelinde devlet memurları ve kamu görevlileri için daha ayrıcalıklı düzenlemeler yapılmıştır. İş sözleşmesine tabi çalışanların bağımsız çalışanlara nazaran daha kolay şartlarla sigorta yardımlarına hak kazanabileceği söylenebilir. Bağımsız çalışanlar için özellikle yardımlara hak kazanma bakımından prim borcunun olmaması yönünde aranan şart eşitlik ilkesi karşısında kabul edilemez. Kanun koyucu primlerin tahsilini sağlamak için prim borcunun olmaması yönünde şartı aramış ve bu şekilde bağımsız çalışanlar açısından sistemi tam bir alış-veriş mantığı içerisinde özel sigortaya dayandırmıştır. Kanımızca bu şekilde güdülen amaç meşru olmayıp, amaç meşru kabul edilse bile söz konusu amaca, Kurumun yapması gereken denetimleri sıklaştırarak ulaşılmalıdır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, haklı ve objektif neden bulunmamasına rağmen sigortalılar arasında gerek kısa vadeli gerekse uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin bir çok farklı düzenleme yapılmıştır. Kanun koyucu sosyal risklerin kişi üzerindeki etkisini dikkate almaktan çok sigortalıların hukuki statülerini esas alarak ve Kurumun da finansman açığını göz önünde bulundurarak eşitliğe aykırı biçimde düzenlemeler oluşturmuştur. Hukuki statünün ayrımı haklı kılmadığı durumlarda, başkaca haklı neden bulunmaması halinde, norm ve standart birliği sağlanmalıdır. Gerçekten Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile güdülen amaçlardan biri, kişileri güvence altına almak; sigortalardan yararlanacak kişileri ve sağlanacak hakları, bu haklardan yararlanma şartlarını düzenlemektir. Bu amaç yerine getirilirken, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, dengeli ve makul ölçüler içinde yararlanmalarını öngören yapılanmaların gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı, asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu; dolayısıyla, aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırımlarının eşitlik ilkesinin gereği olduğu kabul edilmelidir. Kuşkusuz mutlak bir eşitlik anlayışı doğrultusunda hareket edilmemeli ve sigortalıların tamamına aynı hakların aynı şartlar altında verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmamalıdır.