

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK VATANDAŞLARININ YURT DIŞINDA GEÇEN SÜRELERİNİN
BORÇLANILMASI VE TÜRKİYE’DEKİ EMEKLİLİK HAKLARI

Yüksek Lisans Tezi

CİHAN ORHAN

Ankara- 2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK VATANDAŞLARININ YURT DIŞINDA GEÇEN SÜRELERİNİN
BORÇLANILMASI VE TÜRKİYE’DEKİ EMEKLİLİK HAKLARI

Yüksek Lisans Tezi

CİHAN ORHAN

Tez Danışmanı
YRD. DOÇ. DR. MEHMET ALİ ŞUĞLE

Ankara- 2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK(İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK VATANDAŞLARININ YURT DIŞINDA GEÇEN SÜRELERİNİN
BORÇLANILMASI VE TÜRKİYE’DEKİ EMEKLİLİK HAKLARI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. MEHMET ALİ ŞUĞLE

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınav Tarihi:

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ	1

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

Tanımlar, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Koşulları

I- Genel Olarak.....	4
1) Hizmet Süreleri.....	4
2) Yurt Dışında Çalışma.....	5
3) Hizmet Borçlanması	5
4) Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasının Ülkemizdeki Tarihsel Gelişimi	9
a) Genel Olarak.....	9
b) 1978 Yılında Çıkarılan 2147 Sayılı Kanun.....	10
c) 1985 Yılında Çıkarılan 3201 Sayılı Kanun.....	16
II- Yurt Dışı Hizmet Borçlanması.....	18
1) Kişi Yönünden	18
a) Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanabilecekler	18
aa) 18 Yaşını Doldurmuş ve Türk Vatandaşı Olanlar	19
bb) Yurt Dışında Çalışmış Olanlar	19
cc) Ev Kadınları.....	19
b) Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanamayacaklar.....	21
aa) Genel Olarak.....	21
bb) İstisna Akdi Çerçevesinde Almanya'da İstihdam Edilenler	22
cc) Yurt Dışında Çalıştıkları Sürede Topluluk Sigortasına veya İsteğe Bağlı Sigortalılığa Tabi Olanlar	24
dd) Geçici Görevle Yurt Dışına Gönderilen İşçiler	25
2) Süre Yönünden	25
a) Borçlanılabilecek Süreler	25
b) Borçlanılamayacak Süreler	27
aa) Değerlendirilmiş Süreler.....	27

bb) Aylık Bağlandıktan Sonra Yurt Dışında Çalışılarak Geçirilen Süreler.....	27
cc) Türk Vatandaşlarının Libya’da Geçen Süreleri	28
dd) Yurt Dışında Türk Vatandaşı Olmadan Önce Geçen Süreler.....	30
c) Sürelerin Tespiti	36
III- Yurt Dışı Hizmet Borçlanması Koşulları	37
1) İlgilinin Kuruma Başvurması	37
a) Başvurulacak Kurum	37
aa) 5510 Sayılı Kanun Öncesi Dönem.....	37
bb) 5510 Sayılı Kanun Sonrası Dönem.....	38
b) İkamet Yeri	40
aa) Genel Olarak.....	40
bb) 12.12.2002 tarihli Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı.....	40
cc) Günümüzdeki Durum	45
c) Başvuru Süresi.....	45
aa) Genel Olarak.....	45
bb) Konuya İlişkin Görüşlerimiz	48
2) Borçlanmaya İlişkin Kurumca Tahakkuk Ettirilen Borç Tutarının Ödenmesi.....	50
IV- Sigortalının Sigortalılık Başlangıç Tarihinin Hesaplanması.....	53
1) Genel Olarak	53
2) Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Uyarınca Sigortalılık Başlangıcı	55

İKİNCİ BÖLÜM

Borçlanılan Sürelerin Diğer Hizmetlerle Birleştirilmesi

I- Genel Olarak.....	63
II- Hizmetlerin Birleştirilmesinin Ülkemizdeki Tarihsel Gelişimi	64
1) 228 Sayılı Kanun Dönemi	64
2) 2829 Sayılı Kanun Dönemi	66
a) Birleştirilebilecek Hizmet Süreleri.....	66
aa) Genel Olarak.....	66
bb) Fiili Hizmet Süresi	67
cc) Fiili Hizmet Zammı Süreleri	67

dd) İsteğe Bağlı Sigortalılıkta Geçen Süreler.....	72
ee) Canlandırılan (İhya Edilen) Hizmet Süreleri	72
aaa) Kesenek, Prim veya Toptan Ödemelerini Almış Olanlar	73
bbb) Alacakları Zamanaşımına Uğramış Olanlar.....	74
ff) Borçlanılan Hizmet Süreleri	76
b) Birleştirilemeyecek Süreler	76
aa) Aynı Tarihe Rastlayan Süreler	76
bb) Primi Ödenmemiş Süreler.....	78
cc) Destek Primi Ödenmiş Süreler	78
dd) İtibari Hizmet Süreleri	79
ee) Görevden Dolayı Meydana Gelen Riskler Halinde Süreler.....	81
ff) Aylık Alma Hakkının Kaybı ve Kullanılmış Süreler	81
gg) 1479 Sayılı Kanunla Tanınan 10 Yıllık Borçlanma Süresi.....	82
hh) 18 Yaşından Önceki Süreler	84
c) Aylığa Hak Kazanma	85
d) Aylığı Bağlayacak Kurumun Tespiti.....	86
aa) Genel Kural.....	86
bb) Özel Durumlara İlişkin	90
3) 5510 Sayılı Kanun Dönemi	92
a) Genel Olarak	92
b) Fiili Hizmet Zammı Süreleri	95
c) İtibari Hizmet Süreleri	96
d) Aynı Tarihe Rastlayan Süreler	97
e) Aylığa Hak Kazanma	97
f) Aylığı Bağlayacak Kurumun Tespiti.....	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Aylık Bağlanması ve Yurda Kesin Dönüş

I- Aylık Bağlanması	101
1) Genel Olarak.....	101
2) Yurda Kesin Dönüş Koşulu	103
a) Yurda Kesin Dönüş Koşulunun Araştırılması Yöntemi.....	103
b) Yargıtay Kararlarında “Yurda Kesin Dönüş” Koşulu.....	106

aa) Yurt Dışından İşsizlik Sigortası Yardımı Alma Durumunda	106
bb) Yurt Dışından Diğer Sosyal Güvenlik Yardımlarını Alma Durumunda	116
c) Doktrinde “ Yurda Kesin Dönüş” Koşulu.....	121
d) Konu Hakkındaki Görüşlerimiz	126
aa) Yurda Kesin Dönüş Koşulunun Borçlanma Bakımından Gerekliliği	127
bb) Yurda Kesin Dönüş Koşulunun Aylık Bağlanması Bakımından Gerekliliği.....	128
cc) Almanya’dan İşsizlik Yardımı Alınması Durumunda Yurda Kesin Dönüş	129
3) Kurum Tarafından İptal Edilmiş olan Borçlanmanın Geçerliliği ve Kesin Dönüşün Gerçekleşmediğinin Anlaşılması Halinde Yapılacak İşlem.....	132
a) Konuya İlişkin Yargı Kararları	134
aa) Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli İptal Kararı Öncesi Durum.....	135
bb) Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli İptal Kararı Sonrası Durum.....	138
b) Doktrinde Konuya İlişkin Görüşler	145
c) Konuya İlişkin Görüşlerimiz	147
4) 5510 sayılı Kanun Döneminde Sigortalının Yaşlılık Aylığı Bağlandıktan Sonra Yurt Dışında Yaşamaya Başlaması	150
a) Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma ve Yaşlılık Aylığı Alma	151
b) Sosyal Güvenlik Destek Primine İlişkin Düzenlemenin Anayasa’ya Uygunluğu.....	152
5) Aylık Bağlandıktan Sonra Yurt Dışında Çalışılan Sürelerin Yeniden Borçlanması	155
II) Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Kesin Hükümlere Etkisi	156
1) Konuya İlişkin Yargı kararları.....	156
2) Konuya İlişkin Doktrindeki Görüşler ve Değerlendirmemiz.....	162
III) Kısmi Aylık Kavramı	167

IV) Yurt Dışından Transfer Edilen Primlerin İadesi	172
V) Borçlanmadan Vazgeçme ve Primlerin İadesi	174
SONUÇ.....	175
EK-I.....	181
EK-II.....	187
EK-III.....	188
EK-IV	189
KAYNAKÇA	190
ÖZET.....	194
SUMMARY	195

KISALTMALAR

AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AY	: Anayasa
B.	: Birleşim
Bağ-Kur	: Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Dönem
Dipn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KMTD	: Kurucu Meclis Tutanak Dergisi
m.	: Madde

O.	: Oturum
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
SGB	: Sozialgesetzbuch
SK	: Sayılı Kanun
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
T.	: Tarihli
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
YTL	: Yeni Türk Lirası
Tp.	: Toplantı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	: Yönetmelik

GİRİŞ

Günümüzde Almanya başta olmak üzere tüm dünyada, Sosyal Sigortalar Kurumu verilerine göre 3,6 milyon Türk vatandaşı yaşamaktadır. Bu vatandaşlarımız, bir gün aileleri ile birlikte anavatanları Türkiye'ye dönmek ümidiyle, yıllarca yurt dışında en ağır işlerde çalışmaktadır. Yine bu süreçte vatandaşlarımız, hem ekonomik olarak ülkemize döviz kazandırmakta hem de ülkemizi yabancı ülkelerde temsil etmektedir.

Ancak özellikle son dönemlerde, yurt dışında ortaya çıkan ekonomik krizler, işsizlik ve hatta artan toplumsal karışıklıklar nedeniyle birçok vatandaşımız anavatanlarına dönmektedir. Bu nedenle de, gerek bu vatandaşlarımızın gerekse ailelerinin sosyal güvenlik ihtiyaçları artarak belirmektedir.

Yurt dışında yaşamış Türk vatandaşlarının bu ülkelerde geçen sürelerinin, sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilerek kendilerinin ve ailelerinin anavatanlarına döndüklerinde sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmaları, sosyal bir Devlet olan Türkiye Cumhuriyetinin en temel ödevlerindendir. Bu bağlamda da, çeşitli önlemler alınmaya çalışılmıştır. Bunlardan ilki, çeşitli ülkelerle yapılan Sosyal Güvenlik Sözleşmeleridir. Zaman içerisinde bu hakkın, hangi ülkede olursa olsun yurt dışında yaşayan tüm vatandaşlarımıza tanınması amacıyla 30.5.1978 tarihinde 2147 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Bu Kanunun uygulamadaki sorunlara yeteri kadar çözüm getirememesi nedeniyle, değişikliklere ihtiyaç duyulmuş ve 2147 sayılı Kanun yerini, aynı adı taşıyan ve 8.5.1985 tarihinde kabul edilen 3201 sayılı Kanuna bırakmıştır. Bugüne kadar da anılan Kanunlarla oluşturulan ve tezimizde ayrıntılı inceleyeceğimiz bu sistemde birçok değişiklik meydana gelmiştir.

Ancak belirtmeliyiz ki, Hükümetlerimiz, bazı düzenlemeler dışında yurt dışında yaşayan vatandaşlarımızın bu ülkelerde başta eğitim, sağlık, sosyal ve kültürel alanlarda yaşadıkları sorunlarıyla yeteri kadar ilgilenmemişlerdir. Bir başka ifade ile bu vatandaşlarımızı sorunlarıyla baş başa bırakmışlardır. Yine gerek hükümetler gerekse doktrin tarafından, yurt dışında yaşayan vatandaşlarımıza



anavatanlarında kendilerine tanınan haklar konusunda da ayrıntılı bilgi verilmemiştir. Birçok vatandaşımız, anavatanlarından uzak olmaları ve bilgilendirilmemeleri nedeniyle; bu haklarını kullanamamaktadır.

Dünyanın çeşitli yerlerinde yıllarca anavatanlarından uzak, zor koşullarda yaşayan vatandaşlarımızı, anavatanları Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kendilerine tanıdığı sosyal güvenlik hakkı konusunda bilgilendirmeyi zevkli bir ödev sayan bilinçle, iş bu tez konumuzu seçtik. Bu bağlamda tezimizde borçlanma, aylık bağlanması, yurda kesin dönüş koşulu gibi konulara açıklık getirmeye, uygulamadaki sorunları göstererek çözüm yollarının bulunmasında naçizane öneriler sunmaya ve 2008 yılı içerisinde yürürlüğe girmesi beklenen 5510 sayılı “ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası” Kanunu ile getirilen değişiklikler konusunda vatandaşlarımızı bilgilendirmeye çalıştık.

Yukarıda belirtilen amaçlara uygun olarak konu üç bölümde ele alınmıştır. Bunlardan ilk bölümde, tezimizde yer alan bazı kavramların tanımı, yurt dışı hizmet borçlanmasının tarihsel gelişimi, unsurları ve koşulları ile borçlanma sonucunda sigortalıların sigortalılık başlangıç tarihini hesaplama yöntemi ele alınmıştır.

İkinci bölümle birlikte, borçlanılan sürelerin ölkemiz sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak geçen diğer sürelerle birleştirilmesi konusu, günümüzdeki mevzuat ve yürürlüğe girmesi beklenen 5510 sayılı Kanun çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, yurt dışı hizmetlerinin borçlanması sonucunda aylık bağlanması konusu, özellikle yurda kesin dönüş koşulu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda Sosyal Sigortalar Kurumunun sigortalılığın iptaline ilişkin işlemlerine ve özellikle son dönem de artan sigortalılığın iptaline karşı açılan davaların kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi sorununa değinilmiştir. Yine kısmi aylık bağlanması, borçlanmadan vazgeçme ve primlerin iadesi konularına ilişkin açıklamalar da bu bölümde bulunmaktadır.

Konular içerisinde yer verdiğimiz yayınlanmış ve yayınlanmamış Yargıtay kararlarıyla uygulamadaki durumu yansıtmaya çalıştığımız tezimizde, Sosyal Sigortalar Kurumundan temin edilen dilekçe ve Alman Sosyal Güvenlik Kurumu ile yapılan yazışma örneklerine yer verilmiştir. Ayrıca son düzenleme ile 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler sonucunda; Kanunun maddelerinin yeni metnine de çalışmamızda yer verilmiştir.

Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları konulu tezimiz, çeşitli tespit ve önerilere yer verdiğimiz sonuç bölümü ile tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

Tanımlar, Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasının Unsurları ve Koşulları

I- Genel Olarak:

Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen sürelerinin borçlanılması ve Türkiye’deki emeklilik hakları başlıklı tezimizin bu ilk bölümünde bazı kavram ve bilgilere yer verilerek, konunun daha iyi açıklanmasına çalışılacaktır.

1) Hizmet Süreleri:

Hukukumuzda; malullük, yaşlılık, ölüm gibi sigorta kollarından yararlanabilmek için gerekli olan çalışma ve prim sürelerinin hesabında dikkate alınacak olan hizmet süreleri temel olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlar fiili olarak çalışılan süreler ve fiili bir çalışmanın olmamasına rağmen çeşitli nedenlerle çalışılmış gibi kabul edilen sürelerdir.

Bu süreleri kısaca açıklamak gerekirse, fiili olarak çalışılan sürelerden maksat; çalışanların herhangi bir sosyal güvenlik kanuna tabi bir işyerinde, sigorta primi ya da kesenek ödeyerek fiili olarak geçirdikleri sürelerdir. Bu sürelere doktrinde Fiili Hizmet Süreleri de denmektedir¹.

Sosyal güvenlik mevzuatımız çerçevesinde; örneğin bazı ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanların sigortalılık sürelerine, özellikle daha erken yaşta emekli olabilmelerine olanak sağlamak amacıyla çalışılmadan geçirilmiş farazi süreler eklenmektedir. Bu süreler, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunda “Fiili Hizmet Zammı” süreleri; 506 sayılı kanunda da “İtibari Hizmet Süreleri” olarak

¹ Ayhan, s.54–55.



adlandırılmaktadır. Her ne kadar, iki Kanundaki anılan süreler aynı amaçlarla düzenlenmişler de, bu süreler farklı kurallara ve hesaplamalara tabidirler².

Aynı şekilde; isteğe bağlı sigortalılıkta geçen süreler de, primleri ödenmek koşuluyla sigorta kollarından yardıma hak kazanılmasında fiili hizmet süreleri gibi hesaba katılır.

2) Yurt Dışında Çalışma:

Yurt dışında çalışmanın ne olduğu konusunda mevzuatımızda açık bir tanım bulunmamaktadır. Bununla birlikte; yurt dışında çalışmayı, Türk vatandaşlarının Türkiye Cumhuriyeti Devleti dışında herhangi bir ülkede geçen çalışmaları olarak tanımlayabiliriz. Bu çalışma, o ülkedeki resmi veya özel kuruluşlar bünyesinde gerçekleşebilir. Ancak çalışmaların hukuka aykırı bir biçimde gerçekleşmemesi ve belgelerle kanıtlanabilmesi gerekmektedir. Belirtelim ki, Türkiye’de çalışan sigortalıların iş gereği geçici olarak yurt dışında çalışmak zorunda kalmaları yurt dışı çalışma olarak nitelendirilemez.

3) Hizmet Borçlanması:

Hizmet borçlanması, sosyal sigorta kapsamı dışında kalan hizmetlerin ya da sigorta kapsamına girmesine rağmen çeşitli nedenlerle primi ödenmemiş çalışma sürelerinin; malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresine eklenerek değerlendirilmesi olanağı olarak tanımlanabilir³. Ancak belirtmeliyiz ki hizmet borçlanması süreci, değerlendirilecek süreler üzerinden hesaplanacak primlerin ödenmesiyle tamamlanmaktadır.

Bu şekilde bir değerlendirme olanağı sağlanmasının nedeni, sosyal güvenlik haklarından yararlanamayacak durumda olanların sosyal güvenlik şemsiyesi altına girmelerini kolaylaştırmak ve böylece yararlananların kapsamını artırmaktır.

² Örneğin 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu uyarınca kazanılan Fiili Hizmet Zammı süreleri hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılırken, 506 sayılı Kanun uyarınca kazanılan itibari hizmet süreleri hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılmamaktadır (**2829 Sayılı Kanun m.7**).

³ **Ayhan**, s.60.

Gerçekten de yurt içinde ya da yurt dışında birçok kişi gerekli prim ödeme gün sayısını dolduramadıkları veya çalışma süresini tamamlayamadıkları için yaşlılık aylığından yararlanamamaktadır. Hizmet borçlanması olanağı ile bu kişilerin sigortalılık haklarından yararlanabilmeleri bir ölçüde de olsa kolaylaştırılmak istenmektedir.

Hizmet borçlanması olanağı, istisnai bir durum olmasına rağmen, ülkemizde pek çok kanun ile tanınmıştır. Bu Kanunlardan bir kısmı da, borçlanma hakkını belirli sürelerle bağlı kılmıştır. Kanunlarda tanınan bu sürelerin bugün için bitmiş olması nedeniyle, borçlanma olanağı bu Kanunlar yönünden ortadan kalkmıştır. Aşağıda bu konuya ilişkin örneklerle yer vereceğiz.

Hukukumuzda geçerli olan hizmet borçlanması sistemlerini temel olarak iki ayrı başlık altında inceleyebiliriz. Bunlar; yurt içi hizmet borçlanması ve yurt dışı hizmet borçlanmasıdır. Yurt içi hizmet borçlanmalarına üç büyük sigorta sistemimiz içinde de yer verilmiştir.

506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, askerlik hizmeti dışında genel ve sürekli olarak bir hizmet borçlanması öngörmemiştir. Ancak sonradan çıkarılan bazı kanunlarla, 506 sayılı Kanun çerçevesinde hizmet borçlanmasına olanak tanınmıştır. Genel olarak bu Kanunlar, hizmetlerin borçlanılabilmesini yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren bir yıl içerisinde istekte bulunulması koşulu ile sınırlandırmıştır. Kanunların öngördüğü süreler bugün için sona erdiğinden; 506 sayılı Kanun kapsamında askerlik hizmeti dışında hizmetlerin borçlanması olanağı bulunmamaktadır⁴. Ancak, anılan borçlanma Kanunlarına göre zamanında borçlanılarak ödenmiş süreler, bugün de hizmetlerin birleştirilmesinde dikkate alınmaktadır⁵.

⁴ Hizmet borçlanmasına olanak tanıyan; 1.7.1975 tarihinde yürürlüğe giren 1912 sayılı Kanuna göre başvuru süresi, 1.7.1976 da; 11.7.1978 tarihinde yürürlüğe giren 2167 sayılı Kanuna göre ise, 11.7.1979 da sona ermiştir. Son olarak; 4056 sayılı Kanunla sanatçılara hizmetlerini borçlanabilmeleri için öngörülen süre de 1.1.1996'da bitmiştir. Ancak sanatçıların hizmet borçlanmalarına ilişkin davalar halen sürmekte ve Yargıtay Daireleri arasında 4056 sayılı Kanunun kapsamı bakımından görüş ayrılığı belirlemektedir.[Ayrıntılı bilgi için bkz.**Güzel/Okur**, s.371(dipnot 86)].

⁵ Yargıtay 21.Hukuk Dairesine intikal eden bir olayda; davacı 4.10.1964 ile 21.6.1975 tarihleri arasında 1912 sayılı Kanun geçici 5'inci maddesi gereğince borçlanmak için başvurmuş ve Kurumca bu talep kabul edilmiştir. Bundan 19 yıl sonra Kurum, davacının başvuru tarihinde sigortalı

5434 sayılı T.C Emekli Sandığı Kanununda ise, sonradan getirilen ek maddelerle belirli sürelerin borçlanması olanağı tanınmıştır⁶. Hizmet borçlanması ilk olarak 23.2.1965 tarihli Kanunla düzenlenmiş, daha sonra bazı Kanunlarla genişletilmiştir. Kanunun son hali dikkate alındığında, borçlanılacak sürelerle ilişkin ödenmesi gereken miktar, ek madde 31'e göre hesaplanır. Borçlanmak isteyenler hesaplanan bu miktarı toptan ödeyebilecekleri gibi, aylıklarından kesinti yaptırarak da ödeyebilirler (ek m. 8/VI).

Hizmetlerin borçlanılabilmesi için uyulması gereken başvuru süresi, bu hakkı tanıyan diğer kanunlarda genel olarak açıkça belirtilmiş olmasına rağmen; 5434 sayılı Kanuna, 545 sayılı Kanunla getirilen ek 8. maddede herhangi bir başvuru süresi yer almamaktadır. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre; bu durum, 545 sayılı Kanunla öngörülen anılan borçlanma hakkının herhangi bir başvuru süresine bağlı olmadığı ve dolayısıyla günümüzde 5434 sayılı Kanuna göre hizmet borçlanmasının mümkün olduğu şeklinde yorumlanmalıdır⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki; 5434 sayılı Kanun, ek 8. maddesi ve çeşitli kanunlar uyarınca borçlanılan sürelerin toplamının 15 yılı geçemeyeceğini öngörmüştür (ek m.8).

1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu ek geçici 13. maddesiyle, bu Kanuna göre sigortalılık niteliği taşımalarına rağmen; çeşitli nedenlerle 2654 sayılı Kanunun⁸ yürürlüğe girdiği tarih olan 20.4.1982 gününe kadar tescillerini yaptırmamış olanlara, bazı koşullarla geçmiş fiili hizmet sürelerini borçlanabilme olanağı tanınmıştır. Bu koşullar, sigortalıların Kanunda gösterilmiş olan 1.10.1972– 20.4.1982 döneminde vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesaplarına çalışmış olmaları ve bu durumu belgelemeleridir. Ek geçici 13. maddeyle, sadece Bağ-Kur'a bağlı zorunlu sigortalılar için getirilen bu olanak; ek geçici 17. maddeyle isteğe bağlı sigortalılara

olmadığından bahisle, borçlanma işlemini iptal etmiştir. Bunun üzerine; davacı, emekliliğe hak kazandığının tespiti ile emekli aylığı ödenmesine karar verilmesini istemiş; ilk derece Mahkemesi ise bu isteği reddetmiştir. Kararın temyiz incelemesi sonucunda Daire; davacının borçlanmasının geçerli olduğuna ve Kurumun borçlanmadan 19 sene sonra bu işlemi iptal etmesinin, Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığına karar vermiştir. 21.HD, 27.5.1996 T., 2172/3076 (YKD, C.23, Sa.1, Ocak 1997, s.95–96).

⁶ 5434 sayılı Kanun kapsamındaki borçlanmaya ilişkin maddelerin sonradan getirilmesi nedeniyle, hizmet borçlanması konusu Kanunda dağınık bir biçimde düzenlenmiştir (bkz. Ek geçici m.65, ek m.8, 31, 36, 46, 47...vd.).

⁷ Bkz. **Ayhan**, s.63.

⁸ 2654 sayılı Kanun yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir (**RG**: 20.4.1982 T., s.17670).

ve sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine de aynı şartlarla tanınmıştır. Kanımızca; borçlanılan bu fiili hizmet sürelerinin; 1479 sayılı Kanuna göre borçlanılan diğer sürelerden ayrı değerlendirilmesi ve 2829 sayılı Kanun uyarınca birleştirilecek hizmetlerde hesaba katılması gerekmektedir⁹.

Bilindiği üzere 31.5.2006 tarihinde kabul edilen ve genel olarak 2008 yılında yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu sosyal güvenlik sistemimizde kökten bir değişikliğe gitmiştir¹⁰. Bu Kanun uyarınca yukarıda anılan üç büyük Sigorta Kurumu ortadan kalkmakta, sosyal güvenlik kurumları tek bir çatı altında toplanmaktadır. 5510 Sayılı Kanunda da hizmet borçlanması düzenlenmiş, 41. maddesinde sigortalılar ile bunların ölümü halinde hak sahibi olanların hangi hallerde borçlanma yapabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre;

- a) Kanunlar uyarınca tanınan ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerinin,
- b) Genel anlamda askerlikte; yani er veya erbaş olarak silah altında ya da yedek subay okulunda geçen sürelerin,
- c) Kamu idarelerinde hizmet akdine tabi veya bağımsız çalışmayan, ancak kadro ve pozisyonlarda sürekli çalışanların personel mevzuatına göre aylıksız izin sürelerinin,
- d) Yurt içinde veya yurt dışında sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için geçirilen öğrenim sürelerinin,
- e) Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj sürelerinin,
- f) Sigortalı iken herhangi bir suç nedeniyle tutuklanan veya gözaltına alınanlardan, bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen sürelerinin,
- g) İşçilerin grev ve lokavtta geçen sürelerinin,

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akın**, s.103–106 (Bağ-Kur Sigorta Yardımları) ayrıca karş.s. 82-84.

¹⁰ 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu” 16.6.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır (**RG**: 16.6.2006 T., s.26200). Kanunun 108. maddesi uyarınca, Kanunun 1.1.2007 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarihli, 2006/111E. 2006/112 K. sayılı Kararıyla 5510 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal etmesi üzerine, gerekli düzenlemelerin yapılması gerekliliği ortaya çıkmış ve bu nedenle Kanunun yürürlüğü önce 1.7.2007’ye, daha sonra ise 1.1.2008’e ertelenmiştir.

h) İşçinin çalıştığı sektörde meydana gelen veya genel ekonomik kriz dönemlerinde işvereni tarafından ücretsiz izinli sayılanların, her yıl için 3 ayı geçmeyen sürelerinin,

ı) Hekimlerin fahrî asistanlıkta geçen sürelerinin,

i) Seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden aybaşına kadar açıkta geçirdikleri sürelerinin,

Borçlanılabilmesi hakkı tanınmıştır (m.41).

Buraya kadar hizmet süresi ve borçlanması hakkında genel olarak bilgiler vermeye çalıştık. Bundan sonra tezimizin esas konusu olan yurt dışı hizmet borçlanması ayrıntılı olarak incelenecektir.

4) Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasının Ülkemizdeki Tarihsel Gelişimi:

a) Genel Olarak:

Sosyal Sigortalar Kurumu verilerine göre yurt dışında 3,6 milyondan fazla vatandaşımız yaşamaktadır¹¹. Bunlardan bir kısmı, yaşadıkları ülkelerde uzun dönemli sigorta kollarına bağlı olarak çalışmakta; ileride risk gerçekleştiğinde, malullük, yaşlılık gibi sigortalardan kendileri ya da ölüm olayı gerçekleştiğinde aileleri yararlanabilir duruma gelmektedir. Buna karşın bazı Türk vatandaşları ise, ya yaşadıkları ülkelerde sigortalı olarak çalışamamakta ya da bu sigorta kollarındaki gerekli kazanımları sağlamadan yurda dönmekte ve ülkemizdeki sigorta yardımları için gereken prim miktarını ve hizmet süresini de tamamlamadıkları için sosyal güvenlik korumasından yoksun kalmaktadırlar¹². Bu ve benzeri durumda olanların sosyal güvenliğinin sağlanması amacıyla çeşitli önlemler öngörülmüştür. Bunlardan ilki, çeşitli ülkelerle yapılan Sosyal Güvenlik Sözleşmeleridir¹³. Ancak gerek sosyal güvenlik sözleşmelerinin yapılmasının zorluğu gerekse şu ana kadar bütün ülkelerle sosyal güvenlik sözleşmesi yapılamaması karşısında, başkaca önlemler almak

¹¹ Akın, s.953.

¹² Ayhan, s.70-71.

¹³ Türkiye, 19 ülke ile Sosyal Güvenlik Sözleşmesi imzalamıştır. Bu ülkelerden bazıları şunlardır: İngiltere (9.9.1959), Federal Almanya (39.4.1964), Hollanda (5.4.1966), Belçika (4.7.1966), İsviçre (1.5.1969), Fransa (20.1.1972), Danimarka (22.1.1976), Libya (20.3.1976), Norveç (20.7.1978), Avusturya (2.12.1982)..vb.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, s.277-279.

gerekmıştır. İşte bu önlemlerin en önemlisi, yurt dışında geçen bazı sürelerin borçlanılarak değerlendirilebilmesi olanağıdır. Ülkemizde bu olanak ilk olarak 30.5.1978 tarihli 2147 sayılı Kanunla¹⁴ sağlanmıştır.

b) 1978 Yılında Çıkarılan 2147 Sayılı Kanun:

Yukarıda da belirtildiği üzere, 2147 sayılı Kanun, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarına borçlanma olanağı sağlayan ilk Kanundur. Kanunun hazırlanması aşamasındaki Meclis görüşmeleri ve Kanun tasarısı genel gerekçeleri¹⁵ incelendiğinde, Kanun Koyucunun bu Kanun ile şu üç ana amacı gerçekleştirmeye çalıştığı görülmektedir. Birinci amaç; yurt dışında çalışan işçilerimizin çalıştıkları ülke sosyal güvenlik mevzuatına göre emekli olma şartlarının ağır olması vb. nedenlerle sosyal güvenceye kavuşmadan Türkiye'ye dönmeleri durumunda, kendilerinin ve ailelerinin mağduriyetlerini ortadan kaldırmaktır. İkinci amaç; vatandaşlarımızın yurt dışında edinmiş oldukları birikimlerini israf etmelerini önlemek suretiyle tasarruflarını teşvik etmektir¹⁶. Üçüncü amaç ise; vatandaşlarımızın yurt dışındaki çalışma süreleri boyunca yabancı ülke sosyal güvenlik kuruluşlarına ödedikleri primlerinin boşa gitmesini önlemektir¹⁷.

Bu amaçlar doğrultusunda çıkarılmış olan 2147 sayılı Kanun (SK.), yabancı ülkelerle ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmeleri yapılmış olup olmadığına

¹⁴ (RG: 7.6.1978 T., s.16309). Bu Kanunun uygulama Yönetmeliği 25.7.1978 tarihinde Resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir (RG: 25.7.1978 T., s.16357).

¹⁵ Bakanlar Kurulu kanun tasarısı genel gerekçeleri, **Millet Meclisi, D. 5, Tp.1, S.sa. 65, s.2.**

¹⁶ Konuya ilişkin olarak Meclis Plan Komisyonunun hazırlayarak meclise sunmuş olduğu ve aynen kabul edilen Kanun metni taslağına ilişkin raporunda şu sözler yer almaktadır: “ (...) Türkiyemizde emekli olma yaşının ‘ Batı Avrupa ülkelerine nazaran düşük olması ve hatta yaşa bakılmaksızın süreye göre emekli olma hakkının mevzuatımızda yer almış bulunması, Avrupa ülkelerinin aylık ödemede mutlaka emekli olma yaşı olan 60–65 yaşına ulaşma koşulunu aramaları nedeniyle, işçilerimiz yurda dönüşte uzun süre beklemek zorunda kalmaktalar ve bu hal haklı şikâyetlere sebep olmaktadır. Bu şikâyetlere çare bulmak vatandaşlarımıza çift emeklilik hakkı getirmek ve dış ülkelerdeki elde ettikleri hakları da saklı kalmak kaydı ile ve tasarrufu teşvik maksadıyla hazırlanan tasarı ve teklifler Komisyonumuzda olumlu bulunmuştur.(...)”, **Millet Meclisi, D. 5, Tp.1, S. sa. 65, s.19.**

¹⁷ Kanun tasarısının meclis görüşmeleri sırasında söz alan dönemin Devlet Bakanı Turhan Feyzioğlu, anılan amacı konuşmasında şu sözlerle dile getirmektedir : “Bu kanunla, yabancı sigortalar kurumlarına, durmadan, her gün hediye edilmekte olan bu primleri kurtarmak istiyoruz ve diyoruz ki, Türk işçisi olarak eğer bu primini almazsan biz sana iki haktan birini sağlayacağız: Ya Türk hükümeti ile bu yabancı ülkeler arasında yapılacak müzakereler ile işçi-işveren ve devlet hissesi olarak primlerin tamamını bir gün tahsil edebilmek hakkını elde edeceğiz ki bu takdirde bu para senindir; ya da bu primler orada kalacak, fakat sen bir gün, sen olmazsan çocuğun, çocuğun, eşin bu kurumdan döviz olarak gelecek olan aylıkları ayrıca alacaksın.”. **Millet Meclisi, B: 136, 25.4.1978 T., O:1, s.305.**

bakılmaksızın; bu ülkelerde çalışmış veya çalışmakta olan Türk vatandaşlarının, yurt dışında geçen ve belgelenen çalışma sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilebilmesi olanağını sağlamıştır (2147 SK. m.1 ve Kanunun Uygulama Yön.m.1,2).

Bu Kanun uyarınca, yurt dışında çalışmakta olanlar, yurt dışında daha önce çalıştıkları ve belgeledikleri sürelerin tamamını, primlerini döviz olarak ödemek kaydıyla borçlanabilmekteydiler. Borçlanılan süreye ait primler de, istemde bulunanın yurt dışında almakta olduğu son aylık kazanç üzerinden sosyal güvenlik kurumları kanunları uyarınca ve tavan sınırları göz önünde tutularak hesaplanmaktaydı (m.4).

2147 sayılı Kanun ile yurt dışında çalışmakta olan Türk vatandaşlarına hizmet borçlanması olanağı sağlamanın yanı sıra; hizmetlerini bu Kanun uyarınca değerlendirmiş olmaları şartıyla, isteğe bağlı sigortalılık hakkından da belirtecekleri günlük kazanç üzerinden hesaplanacak işçi ve işveren hissesi primleri tutarını döviz olarak ödemek koşuluyla yararlanma olanağı da tanınmıştır. Böylece, isteğe bağlı sigortaya devam edenlerin, Sosyal Sigortalar Kurumu mevzuatındaki hükümlere göre, günlük kazançlarının artırılması olanağı da sağlanmıştır (2147 SK.m.5, Yön.m.9).

Ayrıca, Kanunun 6. maddesinde; yurda dönüş yapmış olsun ya da olmasın tüm sigortalılar için, yurt dışındaki sosyal güvenlik kurumlarıyla ilişkilerini kesmelerinin gerekmediği ve bu ülkelerde kazandıkları hakların saklı tutulduğu belirtilmektedir.

Gerçekten de amacı bakımından yurt dışında çalışan vatandaşları korumaya ve onları sosyal güvenlik şemsiyesi altına almaya çalışan bu Kanun, ne yazık ki uygulamada istenilen sonuçları vermemiştir. Bunun en önemli nedeni ise, Kanun Koyucunun yukarıda anılan amaçlarını gerçekleştirebilecek ifadeleri, Kanun metnine yeterince yansıtamamış olmasıdır.

2147 sayılı Kanunun uygulaması döneminde ortaya çıkan en önemli sorunlardan birisi, yurt dışında geçen çalışma sürelerinin bu Kanun uyarınca borçlanılabilmesi ve sonucunda sigortalıya aylık tahsis edilebilmesi için yurda kesin dönüş yapmanın gerekip gerekmediğidir.

Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK), 2147 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 13. maddesine dayanarak kesin dönüş yapmadan borçlanan binlerce sigortalının borçlanmasını iptal etmiştir¹⁸. SSK'nın bu uygulamalarına karşı, borçlananlar yasal yollara başvurmuş ve Yargıtay, 2147 sayılı Kanunun kesin dönüş şartına yer vermediği ve yönetmeliğin kanuna aykırı hüküm taşıyamayacağı gerekçeleri ile, borçlanma ve aylık tahsisi için yurda kesin dönüş koşulunun aranmayacağına karar vermiştir. Örneğin; Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir davada; davacı, 2147 sayılı Kanunda yer alan diğer koşulların yerine getirilmesi koşuluyla yurda kesin dönüş şartı aranmaksızın, hak kazandığı tarihten itibaren kendisine yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir. Buna karşın ilk derece Mahkemesi, yurt dışındaki işten ayrılma ve yurda kesin dönüş yapma şartlarının gerçekleşmemiş bulunması nedeniyle davayı reddetmiştir. Daire, şu gerekçeler ile ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur:

“(...)Nitekim 3201 sayılı Kanunun aksine, 2147 sayılı Kanunla, bu Kanun gereğince yapılan borçlanmaya dayanılarak tahsis talebinde bulunulabilmesi ve yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için, yurtdışındaki işten ayrılma ve Türkiye'ye kesin dönüş yapma koşulu getirilmemiş ve aranılmamıştır. Anılan yasada kesinlikle böyle bir hüküm mevcut değildir. Böyle olunca da, 2147 sayılı Kanunda öngörülen koşulların oluşmasında ve tahsis yapılmasından sonra da, dış ülke yasalarından da yararlanabilmek için, o dış ülkedeki çalışmaları sürdürmenin mümkün ve tabii bulunduğu, aksine yasal bir engel bulunmadığı, Dairemizin yerleşmiş görüş ve uygulamalarının da bu doğrultuda bulunduğu açıktır”¹⁹.

¹⁸ “ Yurt dışındaki hizmetlerin primlerini ve kesenek karşılıklarını borçlanıp ödeyerek değerlendiren vatandaşlara tahsis yapılabilmesi için istek sahibin yurda kesin dönüş yapmış olması gerekir.” (2147 Sayılı Kanunun uygulama yönetmeliği m.13).

¹⁹ 10.HD, 15.1.1991 T., 7194/9124 (Kılıçoğlu, s.123-125).

Yargıtay, “yurda kesin dönüş” koşulunu yorumlarken haklı olarak, günümüzde de doktrinde genel kabul gören amaçsal yorum yöntemine başvurmuştur. Zaten Yargıtayın yorumunda; Kanun gerekçelerini, Meclis görüşmelerini göz önünde bulundurması halinde²⁰, yukarıda belirtilen Kararında yer alan sonuca ulaşması mümkün olmayacaktır. Amaçsal yorum yönteminde Hâkim kanunu yorumlarken önemli olan, Kanun Koyucunun kanunu yaptığı zamandaki amacını bulup çıkarmak değil; Hâkimin yorum yaptığı dönemin ihtiyaçlarına en uygun olan anlamı bulmaktır. Tabii ki bu yorum yönteminde kanun hükmü ile bağlı olmak ve hükmü değiştirecek bir yoruma gitmemek de esastır²¹. Ayrıca Anayasamızın 60. maddesinde: “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” ve yine Anayasanın 62.maddesinde “Devlet yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının (...) sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır” denilmek suretiyle; devlete, vatandaşların sosyal güvenlik olanaklarından yararlanabilmelerini sağlamak konusunda sorumluluk yüklenmiştir. Bu nedenle de, Yargıtayın anılan Kanuna ilişkin yorumunda, amaçsal yorum ile Anayasaya uygun yorum yöntemi de örtüşmektedir.

2147 sayılı Kanunun uygulamasında ortaya çıkan diğer bir önemli sorun da, borçlanılacak sürelerin bölünüp bölünemeyeceğine ilişkindir. Sosyal Sigortalar Kurumu, Kanunun 4. maddesine ve uygulama Yönetmeliğinin 6. maddesine²² dayanarak kısmi borçlanmayı kabul etmemiştir. Kanunun 4. maddesi şöyledir:

“Bu kanunun yürürlüğe girdiğı tarihte yurt dışında çalışmakta olanlar, yurt dışında daha önce çalıştıkları ve belgeledikleri sürelerin tamamını, primlerini döviz olarak ödemek kaydıyla borçlanabilirler.”

²⁰ Kanunun yorumunda, sadece metni ile bağlı kalınmaması, hazırlık malzemesinin (bilhassa kanunun ilk projelerinin, gerekçelerinin, yasama organındaki görüşme tutanakların) incelenmesi yöntemine Tarihsel yorum yöntemi denmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilge**, s.167–168.

²¹ **Süzek**, s. 20–26.

²² Yönetmeliğın 6. maddesinin a fıkrası konuyu şu şekilde düzenlemektedir: “ 2147 sayılı yasadın yararlanmak için başvuranların bu başvuru tarihine kadar yurtdışında geçmiş çalışma sürelerinin ancak tamamı değerlendirilebilir. Sürelerin bir bölümünün değerlendirilmesi istenemez”.

Görüldüğü üzere, maddenin lafzında “sürelerin tamamı”nın borçlanılabileceği ifadesi yer almaktadır. Sosyal Sigortalar Kurumu da, bu ifadeyi göz önüne alarak maddenin sadece lafzını esas alarak yorum yapmıştır. Oysa Kanunun bir maddesi yorumlanırken sadece maddenin lafzını değil, Kanunun genel olarak amacını da göz önüne almak gerekmektedir. Bilindiği üzere 2147 sayılı Kanunun genel amacı, kişilerin sigortalılık hakkına kavuşabilmelerine olanak sağlamaktır. Kaldı ki, sürelerin tamamının borçlanmasına olanak tanındığı bir durumda, kısmen borçlanmaya öncelikle izin verileceği de göz önüne alınmalıdır. Anılan nedenlerle Kanunun kısmi borçlanmaya olanak tanıdığı yönündeki bir yorumun sosyal güvenlik ilkelerine daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda, Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin, Kanunun 4. maddesini, genel amacı doğrultusunda yorumlayarak kısmi borçlanmayı kabul eden görüşlerine biz de katılıyoruz²³.

Daire, bu görüşünü önüne gelen bir davada şu şekilde dile getirmektedir:

“ ... 2147 sayılı yasada kısmi borçlanmayı engelleyici hüküm bulunmadığı gibi, giderek kısmi borçlanmaların geçerli olacağı, bu yolda Yönetmeliğin 6. maddesinde mevcut hükmün yasa hükmünü değiştirici nitelikte kabul edilemeyeceği Yargıtay’ın ve Dairemizin yerleşmiş görüşlerindenir. Nitekim bu görüş sonradan yürürlüğe giren 3201 sayılı Yasa hükümleriyle de açıkça kabul edilmiştir.(...)”²⁴.

Ancak her ne kadar Dairenin kısmi borçlanmaya olanak sağlayan görüşüne katılıyorsak da, yukarıda yer verdiğimiz bu görüş doğrultusundaki Kararın bazı gerekçelerine katılmıyoruz. Kararın gerekçelerinde, özellikle dikkat edilmesi gereken en önemli konulardan biri Yargıtayın; 2147 sayılı Kanunun kısmi borçlanmayı engellemediğine ilişkin yorumuna dayanak olarak, sonradan çıkarılan 3201 sayılı Kanunun kısmi borçlanmaya izin veren düzenlemesini göstermiş olmasıdır. Oysaki Yargıtayın Karar gerekçesine dayanak yaptığı bu unsur sağlam ve gerçekçi değildir. Çünkü bu çerçevede bakıldığında Kanun Koyucunun, ileride Yargıtayın maddelere ilişkin farklı yorumunu engellemek için kanun maddesini değiştirmesi durumunda da; Yargıtay, yıllardır kanun metninin yorumunda hata yaptığını kabul etmiş duruma

²³ Tunçomağ da, Yargıtay ile aynı görüştedir. Bkz. **Tunçomağ**, s.268 dipn.14.

²⁴ 10.HD, 6.10.1986 T., 4575/4888 (**Kılıçoğlu**, s.122–123).

düşecektir. Örneğin yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay'ın 2147 sayılı Kanunun yaşlılık aylığı bağlanması için “kesin dönüş” koşulunu aramadığına ilişkin yorumunu önlemek amacıyla; Kanun Koyucu, 3201 sayılı Kanunda “Yurda Kesin Dönüş” koşulunu açıkça madde metnine eklemiştir. Bu durumda, Yargıtayın Karar gerekçesindeki görüşünü esas aldığımızda, Yargıtayın Kanun Koyucunun amacını ve Kanun metnini yıllarca yanlış yorumladığını kabul etmek gerekecektir.

Kanımızca olması gereken; kanun maddesinin lafzının açık olması halinde, bunu uygulamaktır; yani maddenin açık lafzını uygulamaktan yıllarca kaçınarak; Kanun Koyucunun sonraki değişikliğini, kararlara gerekçe göstermek yerinde değildir. Bu durum; Yargıtayın, kendisini Kanun Koyucu olarak görmesi olur ki; kanunlarımızın buna izin vermediği de ortadadır. Başka bir ifadeyle, Yargıtay Kararında yukarıda da belirttiğimiz haklı gerekçelere dayanarak kısmi borçlanmayı kabul edebilecekken, Kanun Koyucunun yaptığı sonraki değişikliği gerekçe olarak göstermekle kanımızca hata yapmıştır. Böylece Yargıtay, Kararlarını Kanun Koyucunun yaptığı veya yapacağı değişikliklere bağımlı kılmıştır.

2147 sayılı Kanunun; baştan bu yana popülist amaçlarla kullanılması²⁵, lafzının kanun yapma tekniği yönünden zayıf oluşu ve uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kalması nedenleriyle değiştirilmesi gerekmiş ve Kanun, yaklaşık yedi yıl yürürlükte kaldıktan sonra yerini, 3201 sayılı Kanuna bırakmıştır.

²⁵ Özellikle politik tartışmalar, yasanın meclis görüşmeleri sırasında başlamış; yasa, bazı siyasiler tarafından bir nevi oy kaynağı olarak görülmüş, yurt dışında yaşayan vatandaşlara verilecek haklar konusunda adeta yarışılmıştır. Örneğin meclisteki görüşmelerde grubu adına konuşan bir milletvekili: “...bu vatandaşlarımızın dini ve manevi ihtiyaçları devletçe maalesef sağlanamamıştır. Okuma çağına erişmiş 300 bin çocuğumuz, ana ve babaları çalıştıkları için sokaklarda, Alman çocuklarıyla birlikte kendi hallerine bırakılmış durumdadırlar. Bu yavrular, dinini, anadilini, tarihini bilmemektedir, kültür emperyalizmine terkedilmiş haldedirler. İşçilerimiz yabancı ideolojilerin, komünizm propagandalarının, Hristiyanlık propagandalarının tesiri altında bulunmaktadır... Ağır şartlar altında çalışan bu işçilerimize %25 yıpranma hakkı tanınması tabiidir.” demektedir. Başka bir grup adına konuşan diğer bir milletvekili ise görüşlerini şu şekilde ifade etmiştir : “ ...Yurt dışında çalışan bu vatandaşlarımızın sosyal güvenliklerinde eğer bir gelişme kaydetmek, onların yararına bir gelişme kaydetmeyi düşünüyorsa hiç değilse işveren hissesi açısından, primleri kendi (devlet kastediliyor) üzerine almalıdır.” **Millet Meclisi B: 136, 25.4.1978, O:1, s.297–299.**

c) 1985 Yılında Çıkarılan 3201 Sayılı Kanun:

3201 sayılı Kanun, yürürlükten kaldırdığı 2147 sayılı Kanunun düzenleniş amaçlarının yanı sıra, şu üç temel amacı gerçekleştirmek amacıyla 8.5.1985 tarihinde Mecliste kabul edilmiştir²⁶. Birinci amaç, konuya ilişkin ilk düzenleme olan 2147 sayılı Kanunun uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm getirmekteki eksikliklerini gidermektir. İkinci amaç, sistemi daha basitleştirerek vatandaşlara kolaylık sağlamaktır. Üçüncü amaç ise, 2147 sayılı Kanunda başvuru için öngörölmüş süreler nedeniyle haklarını kaybedenlere yeni borçlanma hakkı tanımaktır²⁷.

3201 sayılı Kanunun uygulaması sürecinde de; Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli 2000/36 E. ve 2002/198 K.sayılı iptal Kararı²⁸ nedeniyle ve 29.7.2003 tarihli 4958 sayılı Kanunun 56. maddesi ile önemli birçok değişiklik meydana gelmiştir²⁹. Ayrıca 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı Kanunun 105/E maddesiyle 1.1.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere birçok değişiklik öngörölmüştür. Tezimizde, halen yürürlükte bulunan 3201 sayılı Kanunu ve Kanunda meydana gelen değişiklikleri ileride ayrıntılı olarak inceleyeceğiz; ancak Kanundaki tarihsel gelişimleri göstermek amacıyla 3201 sayılı Kanunun ilk haliyle, 2147 sayılı Kanuna göre getirmiş olduğu önemli yenilikleri belirtmekte yarar görüyoruz:

1- 2147 sayılı Kanuna göre, yalnız yurt dışında geçen ve belgelenen çalışma süreleri borçlanılabilmektedir. Buna karşın 3201 sayılı Kanun ile 18 yaşını doldurmuş olmak kaydıyla farklı bazı sürelerin de borçlanılabilmemesine olanak tanınmıştır. Buna göre; yurtdışında geçen ve belgelenen çalışma süreleri

²⁶ (RG: 22.5.1985 T., s.18761). Bu Kanunun uygulama Yönetmeliği 15.9.1985 tarihinde Resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir (RG: 15.9.1985 T., s.18869).

²⁷ Bakanlar Kurulunun meclise sunmuş olduğu Kanun tasarısı genel gerekçelerinde şu ifadeler yer almaktadır: "... Söz konusu Kanunun (2147 Sayılı Kanundan bahsediliyor) uygulanması ile ilgili olarak geçen altı aylık (altı yıllık olması gerekir) tatbikat dönemi içinde yurt dışında hizmetli bulunan vatandaşlarımızın, bu hizmetlerinin değerlendirilmesinde, kanun hükümlerinin ortaya çıkan meselelere yeteri kadar çözüm getiremediği anlaşılmıştır. Özellikle Batı Avrupa Ülkelerinde çalışan vatandaşlarımızın, bu ülkelerde geçen hizmetlerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi için yeni hükümler ihtiva eden ve ortaya çıkan veya çıkması muhtemel meselelere çözüm imkânı sağlayan bir kanunun hazırlanarak yürürlüğe konulması mecburiyeti doğmuştur." **Millet Meclisi S.sayısı:292, D.17, Yasama yılı:2, s.1-2.**

²⁸ Karar için bkz. s. 40-44, ayrıca Ek-I.

²⁹ 4958 sayılı Kanunun kabul tarihi 29.07.2003, Resmi gazetede yayınlanma tarihi 06.08.2003' tür. (RG: 06.08.2003, s.25191).

borçlanılabilmektedir. Ayrıca, bu çalışma süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik sürelerinin de borçlanılabilmesi hakkı tanınmıştır. Kanunun getirdiği diğer bir önemli borçlanma hakkı da, yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerin borçlanabilmesidir (karş. 2147 SK. m.1, 3201 SK. m.1).

2- 3201 sayılı Kanun, borçlanma ve aylık bağlanması için başvurulacak kurumların tespiti bakımından ayrıntılı bir düzenlemeye gitmiştir. Ayrıca ev kadınlarını, Bağ-Kur ile ilişkilendirmiştir (karş. 2147 SK. m.3, 3201 SK. m.1).

3- 2147 sayılı Kanuna göre, borçlanma ve aylık bağlanması için “yurda kesin dönüş” koşulu aranmadığı halde³⁰, 3201 sayılı Kanun ile hem borçlanma³¹ hem de aylık bağlanması³² için “yurda kesin dönüş” koşulu aranmaktadır (karş. 2147 SK. m.4,6, 3201 SK. m.3,6).

4- 2147 sayılı Kanunda, yurt dışında çalışarak geçirilen sürelerin tamamı borçlanılabılır ifadesi yer almaktadır. Ancak bilindiği üzere, Yargıtay kısmi borçlanma yapılabileceğini kabul etmektedir³³. 3201 sayılı Kanunda ise, sürelerin tamamının veya istenilen kadarının borçlanılabileceği düzenlenmiştir (karş. 2147 SK. m.3, 3201 SK. m.1,3).

5- 2147 sayılı Kanuna göre başvuru için yurda dönüşten itibaren 6 aylık süre öngörülmüşken, 3201 sayılı Kanuna göre bu süre 2 yıldır³⁴ (karş. 2147 SK. m.3, 3201 SK. m.3).

6- 2147 sayılı Kanuna göre; primler sigortalının yurt dışında almakta olduğu son aylık kazancı üzerinden, sosyal güvenlik kurumlarının kanunları gereğince ve tavan sınırları göz önünde tutularak hesaplanır. 3201 sayılı Kanuna göre ise, prim

³⁰ Bkz. s. 11–13.

³¹ Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli 2000/36E., 2002/198K. sayılı Kararı ile yalnız borçlanma bakımından “Yurda kesin dönüş” koşulu iptal edilmiştir. 29.7.2003 tarihli ve 4958 sayılı Kanunun 56. maddesiyle de 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde yapılan değişiklik ile borçlanma aşamasında “yurda kesin dönüş” koşulu tamamen kaldırılmıştır. Bkz. s.40-45, Ek-I.

³² Aylık bağlanması aşamasında “yurda kesin dönüş” koşulu için bkz. 114 vd.

³³ Başvuru süresi koşulu kaldırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. s.13–15.

³⁴ Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı ve maddede yapılan değişiklikler nedeniyle, şu an için herhangi bir başvuru süresi bulunmamaktadır. Bkz. s.45-49.

Bakanlar Kurulunun her gün için belirleyeceği Amerikan Doları miktarı üzerinden hesaplanmaktadır³⁵.

7- 2147 sayılı Kanuna göre hesaplanan borç miktarının, ilgiliye Türk Lirası olarak tebliği ve bunun döviz olarak ödenmesi sistemi yerine; 3201 sayılı Kanun ile amerikan doları üzerinden hesaplanacak borcun tahakkuku ve bu meblağ karşılığı dövizin yetkili bankaya satılarak Türk Lirasının Kuruma intikalinin sağlanması sistemine geçilmiştir (karş. 2147 SK. m.4, 3201 SK. m.4)³⁶.

8- 3201 sayılı Kanun ile ayrıca, borçlanılarak değerlendirilen sürelerin T.C. Emekli Sandığında derece ve kademe yükselmelerinde ve Bağ-kur'da aylık bağlama aşamasında basamak intibakında değerlendirilmesi olanağı tanınmıştır (3201 SK. m.7,11)³⁷.

3201 sayılı Kanunun, getirdiği anılan yenilikler ve Kanunda yapılan son değişiklikler ile sorunların çözümünde ne kadar başarılı olduğunu aşağıda, Yargıtay kararları ışığı altında ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

II- Yurt Dışı Hizmet Borçlanması:

1) Kişi Yönünden:

a) Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanabilecekler:

3201 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca; yurt dışı hizmet borçlanmasından, yabancı ülkede çalışmış veya çalışmış olmasa da ev kadını olarak bulunmuş 18 yaşını dolduran Türk vatandaşları ile bunların ölümü halinde hak sahipleri yararlanabilirler.

³⁵ 5510 sayılı Kanunla getirilmek istenen yeni sistem için bkz. s. 50-53.

³⁶ Bkz. s. 50-53.

³⁷ 5510 sayılı Kanunun 106. maddesinin 25 no'lu fıkrası, bu maddelerin kaldırılmasını öngörmektedir.

aa) 18 Yaşını Doldurmuş ve Türk Vatandaşı Olanlar:

3201 sayılı Kanun uyarınca, borçlanma hakkından yararlanabilmek için 18 yaşını doldurmuş olmak ve başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmak gerekmektedir. Ancak, son olarak 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme ile yurt dışında ancak Türk vatandaşı olarak geçen sürelerin borçlanılması mümkün kılınmıştır³⁸.

Bindiği üzere, özellikle Avrupa Birliği bünyesinde yer alan ülkelerde yaşayan vatandaşlarımız çalıştıkları dönemde; vize, çalışma ve oturma izni almak konularında sıkıntı yaşamamak için Türk vatandaşlığından çıkarak yabancı ülkenin vatandaşlığına geçmektedirler. İşte bu durumda bulunan kişilerin, 5510 sayılı Kanun uyarınca yurt dışında geçen hizmet sürelerini, ileride Türk vatandaşlığına geçerek Türkiye'ye kesin dönüş yapmaları halinde dahi borçlanmaları mümkün değildir.

bb) Yurt Dışında Çalışmış Olanlar:

Yabancı bir ülkede, o ülkenin kanunlarına uygun bir biçimde çalışmış kişiler borçlanma hakkından yararlanabilir. Başka bir ifadeyle, söz konusu çalışmaların kanıtlanabilmesi için yasal bir çalışma olması gerekir; yani sadece yabancı ülkede çalışmış olmak yeterli değildir. Özellikle son 10 yılda ekonomik nedenlerle yurt dışına yasal olmayan yollardan giden bazı Türk vatandaşları, bu ülkelerde çalışma izinleri olmadığından kaçak olarak çalışmaktadırlar. Dolayısıyla bu kişiler, 3201 sayılı Kanun kapsamında yurt dışında çalışmış kişilerden sayılmazlar.

cc) Ev Kadınları:

3201 sayılı Kanun, yürürlükten kaldırdığı 2147 sayılı Kanundan farklı olarak, ev kadınlarına yurt dışı hizmetlerini borçlanabilme olanağını tanımıştır. Ancak, Kanunda ev kadınından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bu bağlamda ev kadınından kimlerin anlaşılması gerektiği; hiç

³⁸ Konu için bkz. s. 30-35.

evlenmemiş veya boşanmış kadınların da, ev kadını sayılıp sayılamayacağı tartışılmalıdır.

Doktrinde Tuncay’a göre, 3201 sayılı Kanun sadece yurt dışında çalışan işçilerin eşlerine bu hakkı tanımıştır³⁹. Akın’a göre; ev kadını terimi genel anlayışa göre değerlendirilmeli ve meslek sahibi kadınlar bunun dışında bırakılmalıdır⁴⁰. Laçiner’in bizim de katıldığımız görüşüne göre ev kadınından maksat, herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olarak bir işte çalışmayan bayanlardır⁴¹.

Belirtmeliyiz ki, 3201 sayılı Kanun ile ev kadınlarına yurt dışındaki hizmetlerini borçlanma hakkı tanınmadan önce, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunun ek 3’üncü maddesiyle yurt dışındaki ev kadınları için benzer bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu Kanuna 19.4.1979 tarihli 2229 sayılı Kanun ile getirilen ek 3. maddesi şöyleydi: “ Yurt dışında bulunan vatandaşların herhangi bir işte çalışmayan yanındaki eşleri de bu kanunun ev kadınları için getirilen hükümlerinden primlerini döviz olarak ödemek koşuluyla yararlanabilirler”⁴². Anılan maddenin atfı ile Bağ-Kur Kanunun 79. maddesi uyarınca ev kadınları için tanınan söz konusu hak, isteğe bağlı sigortalılık hakkıdır.

Laçiner’e göre; iki Kanundaki düzenlemeler birbirine paraleldir. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Eğer 3201 sayılı Kanundaki ev kadınlarına ilişkin maddenin, Bağ-Kur Kanunundaki düzenlemelere paralel olarak getirildiği kabul edilirse; hiç evlenmemiş ve bir işte çalışmayan bayanların, 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanma haklarının bulunmadığı sonucuna ulaşılır. Çünkü Bağ-Kur Kanunun ek 3. maddesinde açıkça, yurt dışında bulunan vatandaşların yanlarındaki eşlerinden bahsedilmektedir⁴³. Ayrıca bu madde çerçevesinde, eşleri ölmüş kadınların durumları da tartışılmalıdır.

³⁹ **Tuncay**, Sosyal Güvenlik s.356.

⁴⁰ **Akın**, (Bağ-Kur Sigorta Yardımları), s. 34.

⁴¹ **Laçiner**, s.620–621.

⁴² Bu madde 24.7.2003 tarihli 4956 sayılı Kanunun 56. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴³ Laçiner, ev kadını kavramının hiç evlenmemiş, boşanmış kadınları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği görüşündedir. Ancak Yazar’ın iki Kanundaki düzenlemelerin birbirine paralel olduğu görüşünden hareketle bu durumun tam tersi bir sonuçla karşılaşmaktayız. Bu bağlamda Yazar’ın görüşleri arasında çelişki ortaya çıkmaktadır. Bkz. **Laçiner**, s.620–621.

Bu bağlamda, 3201 sayılı Kanunda ev kadını kavramının açık bir tanımının olmaması nedeniyle; kavram, sosyal güvenlik ilkelerinin bir gereği olarak sigortalı lehine geniş yorumlanmalıdır. Böylece, hiç evlenmemiş, boşanmış veya eşi ölmüş kadınların da bir işte çalışmadıkları dönemde ev kadını olarak kabul edilmeleri gerektiği kanaatindeyiz.

b) Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanamayacaklar:

aa) Genel Olarak:

Yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanamayacak kişilerin bir kısmı Kanunda bir kısmı da Kanunun uygulamasına yönelik çıkarılan Yönetmelik ve Genelgelerde belirtilmiştir.

Bu bağlamda, 3201 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra, 2147 sayılı Kanun ve diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre kendilerine veya hak sahiplerine aylık bağlanmış olanlar ile aylık bağlanması için müracaat edip de aylığa hak kazanmış durumda bulunanlar, yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanamazlar (3201 SK.m.8, Kanunun Uygulama Yön. m.13).

Sosyal Sigortalar Kurumu, 19.08.2003 tarihinde yayınladığı genelge ile 3201 sayılı Kanundan yararlanamayacak kişileri şu şekilde belirtmiştir:

- 1- Göçmen olarak yurda gelenler,
- 2- 2147 ve 3201 sayılı Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre kendilerine veya hak sahiplerine aylık bağlanmış olanlar ile aylık bağlanması için başvurup da aylığa hak kazanmış durumda bulunanlar,
- 3- 506 sayılı Kanunun 7. maddesine istinaden geçici olarak yurtdışına çalışmak üzere gönderilenler,
- 4- İstisna akdi çerçevesinde Almanya'da istihdam edilenler,
- 5- Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde iş üstlenen Türk işverenler tarafından yurtdışına götürülen ve yurtdışında çalıştıkları sürede topluluk sigortasına tabi olanlar,

6- Türk vatandaşlığının iktisabından önce geçen süreleri değerlendirmek isteyenler⁴⁴.

Sosyal Sigortalar Kurumu, Genelgenin 1 ve 6 no'lu maddelerinde belirtilen kişilere, yurt dışında bulundukları süre içerisinde Türk vatandaşı olmadıkları için bu ülkelerde geçen sürelerini borçlanma olanağı tanımamaktadır⁴⁵.

SSK'nın yukarıda yer verdiğimiz Genelgesinde belirtilen yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanamayacak diğer kişilere ilişkin düzenlemelere ve bu kişilerin neden borçlanamayacakları konusuna aşağıda değinmek istiyoruz.

bb) İstisna Akdi Çerçevesinde Almanya'da İstihdam Edilenler:

Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Hükümetleri arasında 18.11.1991 tarihinde “Türk Firmaları İşçilerinin İstisna Akdi Çerçevesinde İstihdamına İlişkin Anlaşma” imzalamıştır. Bu anlaşma 20.12.1991 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir⁴⁶. Bu Anlaşma uyarınca; ekonomik, sınaî ve teknik işbirliğinin sağlanması amacıyla Türk firmaları ile Almanya'da bulunan firmalar arasında istisna akdi yapılması durumunda, Türk işçilerinin geçici olarak Almanya'da çalışmalarına izin verilmektedir. Anlaşmanın 2. maddesinde bu şekilde çalıştırılacak işçi sayısına bir sınır konulmuştur. Buna göre sınır, yıllık ortalama yedi bin işçi olarak belirlenmiştir. Ancak anlaşmanın 4. maddesi uyarınca bu sınır işgücü piyasasındaki gelişmelere göre artırılabilir veya azaltılabilir.

Anlaşma çerçevesinde, Almanya'da istihdam edilecek sigortalılar için Sosyal Sigortalar Kurumuna şu belgeler sunulmalıdır:

- 1- İşe yeni başlayanlar için “İşe Giriş Bildirgesi”,
- 2- Vizite Kâğıdı,
- 3- Çalışma İzni Garanti Belgesi,

⁴⁴ Bkz. s.30-35.

⁴⁵ Çolak/ Öztürk, s. 63.

⁴⁶ (RG: 20.12.1991 T.,s. 21087). Anlaşmanın uygulanmasına dair son tebliğ, 24.4.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak 1.5.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir (RG: 24.4.2004 T. s. 25442).

4- İstihdam edilecek işçinin, Çalışma mevzuatı uyarınca sağlık raporu alması gereken ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması halinde, bu işlere elverişli olduğunu kanıtlayan SSK ve Sağlık Bakanlığı arasındaki Sağlık Protokolünde belirlenen hastanelerden alınan Sağlık Kurulu Raporu,

5- İş-Kur yetkilileri önünde, firma ile işçiler arasında imzalanması gereken Bireysel Tip İş Sözleşmesinin imzalanmasından önce, firmadan götürülecek işçi başına Merkez Bankası efektif satış kuru üzerinden, 1000 Euro dövizde endeksli kati ve süresiz banka teminat mektubu ⁴⁷.

Yukarıda belirtilen teminatın alınma gerekçeleri Tebliğin 3. maddesinde belirtilmektedir. Buna göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun uygulaması nedeniyle ortaya çıkabilecek prim, gecikme zammı, faizler, cezalar, rücu tazminat alacakları ve Almanya Federal Cumhuriyeti ile imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi uygulaması çerçevesinde haksız veya yersiz yardımlar sonucu doğabilecek alacakların karşılığının teminat altına alınmasıdır.

Alınan bu teminatın daha sonra firmaya iadesi şu koşulların yerine getirilmesi ile mümkündür:

1- Firmanın istisna akdine dayalı yükümlülüğünün iş sözleşmesi ihlal edilmeksizin sona ermesi,

2- Her işçi için ikametın Türkiye'ye nakledildiğine ilişkin yetkili Alman İkamet Bildirim Dairesinden alınacak belgenin (Abmeldebestätigung) SSK'ya sunulması,

3- Tebliğin 3. maddesinde belirtile alacakların ortaya çıkmamış olması.

Anlaşmaya uygun olarak istisna akdi çerçevesinde Almanya'da çalışan Türk işçileri, bu sürede Sosyal Sigortalar Kurumuna tabidirler. Bu bağlamda, Anlaşmanın uygulanmasına ilişkin Tebliğin 8. maddesinde; İstisna Akdi uyarınca çalışmak üzere Almanya'ya gönderilen işçilerin, çalıştıkları bu süre içerisinde Türk mevzuatına bağlı kalacaklarını kanıtlayan A/T 1, ihtiyaç duyacakları sağlık yardımlarının karşılanması için de A/T 11 formüllerleri düzenleneceği belirtilmektedir.

⁴⁷ Çolak/ Öztürk, s. 39–40.

Görüldüğü üzere, Türk işçilerinin istisna akdi uyarınca yurt dışında çalıştıkları anılan süreleri Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu çerçevesinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla işçilerin bu sürelerini, özel bir düzenlemede yer almadığından ikinci bir kez değerlendirme olanağı; yani 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanma olanağı bulunmamaktadır⁴⁸.

cc) Yurt Dışında Çalıştıkları Sürede Topluluk Sigortasına veya İsteğe Bağlı Sigortalılığa Tabi Olanlar:

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun 2. ve 3. maddeleri uyarınca sigortalı sayılmayanların, Çalışma Bakanlığınca belirtilecek genel koşullar çerçevesinde iş kazası ve meslek hastalığı, analık, hastalık, malullük, yaşlılık, ölüm sigortalarından birine, birkaçına veya hepsine toplu olarak tabi tutulmaları amacıyla Sosyal Sigortalar Kurumu ile sözleşme yapma olanağı tanınmıştır. Bu durumda SSK sözleşmeyi; işverenlerle, derneklerle, birliklerle, sendikalarla veya başka teşekküllerle yapabilir (506 sayılı Kanun m.86).

Anılan haklar, ülkemizle sosyal güvenlik anlaşması bulunmayan ülkelerde Türk işverenleri tarafından çalıştırılan Türk işçilerine de tanınmıştır. Bu durumda bulunan işçilerin sigortalılığı, işverenler ile SSK arasında yapılan Topluluk Sigortası Tip Sözleşmesi ile sağlamaktadır⁴⁹.

Aynı şekilde, 506 sayılı Kanunun 86. maddesine 29.7.2003 tarihli 4958 sayılı Kanunun 40. maddesiyle yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerin yurt dışındaki iş yerlerinde çalışan Türk işçileri talepleri halinde İsteğe Bağlı Sigortalılık hakkından da yararlanabilirler.

Görüldüğü üzere, bu haklardan yararlanarak sigortalılığını sağlamış olan kişiler, değerlendirdikleri bu sürelerini 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanamazlar.

⁴⁸ Bkz. s. 76-78.

⁴⁹ Çolak / Öztürk, s. 51.

dd) Geçici Görevle Yurt Dışına Gönderilen İşçiler:

Bilindiği üzere 506 sayılı Kanunun 7. maddesinde, işveren tarafından geçici görevle yabancı ülkelere gönderilen sigortalıların 506 sayılı Kanunda belirtilen hak ve yükümlülüklerinin yurt dışında bulundukları sürede devam edeceği belirtilmektedir. Yani sigortalının geçici görevle yurt dışına gittiği dönemde, yabancı ülkede iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık gibi riskler gerçekleşirse; muayene, tedavi giderleri ve sigortalı tarafından yapılan kanuna uygun harcamalar Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenir. Bu durumda olan kişiler yurt dışında çalıştıkları dönem içerisinde Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi olduklarından ve bu süreleri sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirildiğinden, yurt dışı hizmet borçlanması yoluyla sürelerini ikinci bir kez değerlendiremezler.

2- Süre Yönünden:

a) Borçlanılabilecek Süreler:

3201 Sayılı Kanun yurt dışında geçen her türlü süreyi esas almamış, sigortalının ya da hak sahibinin borçlanabileceği süreleri özel olarak düzenlemiştir. Kanunun 1. maddesinden hareketle, Kanunun borçlanma için yurt dışındaki üç ayrı süreyi esas aldığını söyleyebiliriz. Bu süreler şunlardır:

- 1- Yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri,
- 2- Bu çalışma süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri,
- 3- Yurt dışında ev kadını olarak geçen süreler.

Belirtelim ki, bu sürelerin borçlanılabilmesi için sürelerin, sigortalının 18 yaşını doldurduğu tarihten sonraki döneme ait olması ve Türk vatandaşı olarak geçmesi gerekmektedir⁵⁰.

⁵⁰ Bu konudaki tartışma için bkz. s. 30-35.

Anılan sürelerin ne kadarının borçlanılabileceği, 3201 sayılı Kanunun 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki metninde belirtilmekteydi. Kanunun 3. maddesinin eski halinde sigortalılara, hizmetlerin bir kısmını yurt dışında bulunurken, kalan hizmetlerini de yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak hakkı tanınmıştı. Buna göre; sigortalı, yurt dışında geçen 3201 sayılı Kanunun kabul ettiği sürelerinin tamamını veya istedikleri kadarını borçlanabilmekteydi.

Kanunun değişiklik sonrası metninde kısmi borçlanmaya ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle, 2147 sayılı Kanun döneminde kısmi borçlanmanın mümkün olup olmadığı yönünde Yargıda ve Doktrinde ortaya çıkan tartışmaların yeniden gündeme gelmesi de olasıdır⁵¹.

Bu bağlamda belirtmeliyiz ki, Kanunun değişiklik sonrası metninde sürelerin sadece tamamının borçlanılabileceğine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Önceki bölümlerde sürelerin tamamının borçlanmasına olanak tanındığı bir durumda, kısmen borçlanmaya öncelikle izin verileceği görüşünde olduğumuzu da ifade etmiştik. Bu nedenlerle ve Kanunun sigortalı olmayı kolaylaştırmaya yönelik genel amacı da göz önüne alındığında, 3201 sayılı Kanun uyarınca kısmi borçlanmanın halen mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Ancak Yargıtayın, 2147 sayılı Kanun çerçevesinde kısmi borçlanmayı kabul eden Kararlarına dayanak gösterdiği, Kanun Koyucunun 3201 sayılı Kanunda getirdiği açık düzenlemenin, yine Kanun Koyucu tarafından kaldırıldığını da özellikle belirtmek isteriz. Bu durumda ortaya çıkacak davalara ilişkin olarak Yargıtay'ın, Karar gerekçelerinde Kanun Koyucunun anılan son değişikliğine yer verip vermeyeceği de merak konusudur⁵².

⁵¹ Bkz. s. 13-15.

⁵² Karş. 10.Hukuk Dairesinin 6.10.1986 T., 4575/4888 sayılı Kararı, Karar ve Karara ilişkin eleştirilerimiz için bkz. s. 14-15.

b) Borçlanılamayacak Süreler:

Yukarıda 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanılabilecek süreleri inceledik. Kanunda bu sürelerin kapsamına girmesine rağmen, borçlanma olanağı tanınmayan bazı süreler de özel olarak belirtilmektedir.

aa) Değerlendirilmiş Süreler:

3201 sayılı Kanunun 2. maddesinde belirtilen Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına kesenek, prim ve karşılık ödenmiş süreler, bu Kanun uyarınca borçlanılamazlar (3201 SK. m. 1). Başka bir ifadeyle, yurt dışında bulunulan sürede Türkiye'deki sosyal güvenlik kurumlarına da bağlılık devam etmiş ve bu sürelerle ilişkin kesenek, prim ve karşılık ödenerek sigortalılık sağlanmışsa; bu sürelerin yeniden borçlanılarak değerlendirilme olanağı bulunmamaktadır. Çünkü hukuk sistemimizde bir sürenin iki kez değerlendirilmesi, Kanunlarda buna olanak tanıyan özel bir düzenleme yer almıyorsa, kabul edilmemektedir⁵³.

bb) Aylık Bağlandıktan Sonra Yurt Dışında Çalışarak Geçirilen Süreler:

3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin B fıkrasının, 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı Kanunun 105/ E-6 maddesi ile değiştirilmeden önceki halinde, “ *Bu Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden aybaşından itibaren aylıkları kesilir. Bunlardan yeniden kesin dönüş yapanların, bu hizmetlerini 4'üncü madde hükümleri gereğince borçlanmaları şartıyla aylıkları bu süreler de dikkate alınarak yeniden hesaplanır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemede 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanmış ve hatta emeklilik aylığı almış sigortalılara, yurt dışında çalıştıkları sonraki sürelerini de yeniden borçlanma ve aylıklarını yükseltme imkânı tanınmıştır⁵⁴.

⁵³ Fiili hizmet zammı süreleri ile itibari hizmet sürelerinin niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Bkz. 67–72, 79–81.

⁵⁴ Tabii ki, yeniden çalışma sırasında Kanunun 6. maddesi uyarınca aylıklar kesilmekteydi.

Buna karşın; Kanun Koyucu, 6. maddede getirdiği yeni düzenlemesinde anılan ek borçlanma olanağına yer vermemiştir. Ancak, bu konuda 5510 sayılı Kanunun 30. maddesinin 3.fıkrasında yeni bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya veya ikamete dayalı sosyal yardım almaya başlayanların aylık aylıkları kesilecek ve bu kişilerin işten ayrılıp istekte bulunmaları durumunda da, aylıkları yeniden hesaplanarak bağlanacaktır⁵⁵.

cc) Türk Vatandaşlarının Libya’da Geçen Süreleri:

Uygulamada ortaya çıkan sorunlardan bir diğeri de, Libya’da Türk işverenlerinin yanında çalışan Türk vatandaşlarının borçlanma yapıp yapamayacaklarıdır. Türkiye ile Libya arasında akdedilen Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ve Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin imzalanan İdari Anlaşması uyarınca⁵⁶, Libya’da iş üstlenen kuruluş ve şirketlerin çalıştırdıkları daimi işçilerin sigorta aylıkları ile maktu yardımlarına ilişkin sigorta primlerinin işçi ve işveren paylarının Türk Sigorta Kurumuna transfer edileceği kararlaştırılmıştır⁵⁷.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesine ve doktrine göre; Libya’da Türk işverenlerinin yanında çalışan Türk işçilerinin sosyal güvenlikleri, Türk sosyal güvenlik kuruluşlarınca yerine getirildiğinden ve buna bağlı olarak bu işçiler; Türkiye’de

⁵⁵ Değişiklik sonrası 6. maddenin son hali şöyledir: “ Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanlar ile Türkiye’de sigortalı çalışmaya başlayanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primi destek primi hakkındaki hükümleri, bu Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlar için uygulanmaz.

Yurt içinde veya yurt dışında çalışması sona erenlerin veya ikamete dayalı bir ödenek alanlardan ödenekleri sona erenlerin, aylıklarının tekrar ödenmesi için yazılı talepte bulunmaları halinde, talep tarihini izleyen aybaşından itibaren aylıkları tekrar ödenmeye başlanır.” Konuya ilişkin görüşlerimiz için ayrıca bkz. s.155.

⁵⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Cumhuriyeti arasında 20.3.1976 yılında imzalanmış olup, sözleşme 1.10.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Cemahiriyesi arasında 13.9.1984 tarihinde imzalanıp 1.9.1985 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme ile kaldırılmıştır. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin idari anlaşmada 9.8.1985’te imzalanmış ve 1.9.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁷ Sosyal güvenlik sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin idari anlaşmanın 3. maddesi şöyledir: “ Akit taraflardan birinin vatandaşı olup, diğer akit taraf topraklarında iş üstlenen kuruluş ve şirketlerin çalıştırdıkları Daimi işçilerin sigorta aylıkları ve maktu yardımlarına ilişkin sigorta primlerinin işçi ve işveren payları işverenler tarafından ana ülkenin (işçinin tabiiyetini taşıdığı ülke kastediliyor.) mevzuatına göre Ana ülke ilgili Kurumuna transfer edilir ”

çalışan sigortalılar gibi kabul edildiğinden, bu kişilerin anılan süreleri, borçlanma yoluyla ikinci kez değerlendirilemez ve borçlanma konusu yapılamaz⁵⁸.

Bu konuda açılmış bir davada, sigortalının Libya’da geçen çalışma sürelerine ilişkin borçlanmasının geçerliliğinin tespiti talebinin ilk derece Mahkemesinde kabul edilmesi ve Kararın davalı SSK tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 21.Hukuk Dairesi şu kararı vermiştir:

“ ...Gerçekten; 1985 yılında Libya ile akdedilen Türk-Libya Sosyal Güvenlik Sözleşmesi hükümlerine göre; Libya’da Türk işverenlerinin çalıştırdıkları Türk işçilerinin uzun vadeli sigorta kolları primleri Türk Sosyal Sigortalar Kurumuna ödenmekle bu kişiler, 506 sayılı Kanun kapsamında bulunmaktadırlar. 3201 sayılı Kanun ise; yabancı ülkede; yabancı sigorta kurumuna tabi olan işverenler nezdinde geçen ve Türk Sigortalar kapsamı dışında kalan hizmetlerin değerlendirilmesi yönünden düzenleme öngörmektedir. Türk Sosyal sigortalar kurumuna tabi geçen hizmetlerin ayrıca borçlandırılmayacağına gözetilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” ⁵⁹

Ülkemiz ile Libya arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde ve İdari Anlaşmasında iki işçi tanımı yapılmıştır. Buna göre; “Daimi işçi” den maksat, akit taraflardan birinin vatandaşı olup işveren tarafından diğer akit taraf ülkesinde yaptığı işte çalıştırmak için gönderilen ve bu işverenden ücret alan işçidir. “Geçici işçi” ise; akit ülkelerden birinin vatandaşı olup, diğer akit ülkede o ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olan işçidir.

Bilindiği üzere, 3201 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca ülkemizdeki Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına kesenek, prim ve karşılık ödenmiş süreler, bu Kanun uyarınca borçlanılamaz. Ülkemiz ile Libya arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uyarınca Libya’da Türk işverenlerinin çalıştırdıkları Türk işçilerinin (Daimi işçilerin) primleri Sosyal Sigortalar Kurumuna yatırıldığına göre, bu sürelerin

⁵⁸ Doktrindeki görüşler için bkz. **Araslı**, s.1729; ayrıca bkz. **Çolak/Öztürk**, s.83.

⁵⁹ 21.HD, 13.12.2004 T., 2004/7670E., 2004/10965K. (YKD, C.31, Sa.8, Ağustos 2005, s.1273–1274); ayrıca aynı yönde diğer bir karar 21.HD, 22.11.2005 T. 2005/7706E., 2005/11935K. (YKD, C.32, Sa.5, Mayıs 2006, s.795–796).

borçlanması olanağı bulunmamaktadır. Ancak Geçici işçilerin, yani Libya’da iş yapmakta olan Libyalı veya üçüncü bir ülke işvereni yanında çalışan Türk işçilerinin bu sürelerini 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanılabilecekleri kanaatindeyiz. Dolayısıyla Mahkemelerin önlerine gelen davalarda, işçinin Libya’da Türk işvereni yanında mı yoksa Libyalı veya üçüncü bir ülke işvereni yanında mı çalıştığını araştırdıktan sonra karar vermeleri gerekmektedir⁶⁰.

dd) Yurt Dışında Türk Vatandaşı Olmadan Önce Geçen Süreler:

Sonradan Türk vatandaşlığına alınan kişilerin Türk vatandaşlığını iktisap ettikleri tarihten önce geçen sürelerini borçlanıp borçlanamayacakları, Yargı Kararlarında ve Doktrinde yıllarca tartışılmıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre; sonradan Türk vatandaşlığına alınan kişiler, yurt dışında yalnızca Türk vatandaşlığını iktisap ettikleri tarihten sonra geçen sürelerini borçlanıp değerlendirebilirler⁶¹. Buna ilişkin 18.9.1985 tarihli 3439 no’lu Genelgede de, borçlanma hakkından yurt dışında Türk vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma esnasında Türk vatandaşı olanların yararlanacağı, göçmen olarak yurda gelenlerin yurt dışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıklarından borçlanamayacakları belirtilmektedir. Yine Genelgeye göre, sonradan Türk vatandaşlığına alınanlar yurt dışında sadece Türk vatandaşlığını iktisap ettikleri tarihten sonraki sürelerini borçlanarak değerlendirebileceklerdir (Genelge, 2).⁶²

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise; 3201 sayılı Kanun Türk vatandaşı olma koşulunu yalnız bir başvuru şartı olarak görmektedir. Dolayısıyla kişinin başvuru zamanında Türk vatandaşı olması yeterli olup çalışmalarının geçtiği dönemde Türk vatandaşı olması aranmaz. Ayrıca bu görüş, sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış

⁶⁰ Konu hakkında Sosyal Sigortalar Kurumunun görüşleri için bkz. “Libya’da Çalışan Vatandaşlarımız İçin Sosyal Güvenlik Rehberi”, Sosyal Sigortalar Kurumu Yurt Dışı İşçi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2004.

⁶¹ Çakmak, s.2694; ayrıca bkz. Kılıçoğlu s.83.

⁶² Güzel/Okur, s.378.

bir kişi ile hizmetlerinin geçtiği esnada Türk vatandaşı olan bir kişi arasında farklılık gözetmek için haklı bir neden olmadığını da savunmaktadır⁶³.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi (HD), yakın bir zamana kadar sonradan Türk vatandaşı olan kişilerin, vatandaşlığı kazanmadan önceki sürelerini borlanabileceklerine ilişkin kararlar verirken⁶⁴, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.11.2005 tarihli 2005/10–492 E. ve 2005/646 K. sayılı Kararından sonra bu görüşünü değiştirmiştir. Bu görüşe göre, Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınma geçmişe etkili değildir; dolayısıyla sigortalılar yurt dışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları tarihten sonraki sürelerini borçlanarak deęerlendirebilirler⁶⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Kararına konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir:

Davacı, 1989 yılında yaşanan zorunlu g dolayısıyla Türkiye'ye gelmiş ve 1991 yılında Bakanlar Kurulu Kararıyla Türk vatandaşlığına kabul edilmiştir. Bunun zerine Davacı, 1979–1989 tarihleri arasında Türk asıllı Bulgaristan vatandaşı olarak geçen sürelerinin borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olması nedeniyle borçlandırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesi için Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurmuştur. Kurum tarafından başvurunun, "*3201 sayılı Kanunun 1. maddesine göre 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerinin borçlanma işleminin yapıldığı ve ilgili dönemde, davacının Bulgaristan vatandaşı olarak çalıştığı anlaşıldığından borçlanma*

⁶³ Laçiner, s. 614–615.

⁶⁴ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 17.2.2004 tarih 2004/355E. 2004/939 K. sayılı Kararında şu görüşlere yer vermiştir: “Davanın yasal dayanağını oluşturan 3201 sayılı yasanın 2.maddesi yasada geçen kimi kavram ve sözcüklerin anlamlarını belirtmiş ve bu arada ‘sürelerin değerlendirilmesi; Türk vatandaşlığına haiz olanların 1. maddede belirtilen sürelerinin istekleri halinde değerlendirilmesini ifade eder’ tanımlamasını vermiştir. Bu tanımlamaya göre, istek tarihinde Türk vatandaşı olmak gerekli ve yeterli olup ayrıca çalışmaların geçtiği sırada bu sıfatı taşımak koşulu konulmamıştır. Tersine bir yorum, anılan yasanın yaşlılık aylığı sağlamaya yönelik bir düzenleme getirdiği de göz önünde tutulunca, Anayasa'nın ‘Yaşlılar devletçe korunur. Yaşlılara devletçe sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir’ biçimindeki açık buyruğu ile bağdaştırılmaz.” (YKD, C.30, Sa. 8, Ağustos 2004, s.1223–1226). Ayrıca aynı yönde karar için bkz. 10.HD, 27.1.1987 T., 1987/211 E. 1987/260K. (Yayınlanmamıştır).

⁶⁵ 10.HD, 21.3.2006T., 2005/10208E., 2006/3051K. (Yayınlanmamıştır.); 10.HD, 20.6.2006 T., 2006/2251E., 2006/9376K.(Yayınlanmamıştır.). Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de, iş bu Genel Kurul Kararı ile aynı yönde kararlar vermektedir. Bkz. 21.HD, 27.12.2005 T., 2005/7062E. , 2005/14273K., (YKD C.32, Sa. 8, Ağustos 2006, s. 1316-1318).

işleminin yapılamayacağı" nedeniyle reddedilmesi üzerine, davacı aynı taleplerle dava açmıştır.

İlk derece Mahkemesi, davacının 1979–1989 tarihleri arasında yurt dışında (Bulgaristan'da) geçen çalışmalarının 3201 sayılı Kanun gereği borçlandırılmaya esas hizmetlerinden sayılması ve bu çalışmaların davacının sigortalılığına eklenmesi gerektiğinin tespitine karar vermiştir. Davalının temyizi üzerine; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Karara dayanak yapılan belgelere ilişkin eksik inceleme nedeniyle Kararı bozmuştur. Bu bozma Kararı üzerine ilk derece Mahkemesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çalışma belgelerinin doğruluğu konusunda olmayıp, çalışmaların geçtiği dönemde davacının Türk vatandaşı olmamasından kaynaklandığını; bozma kararının taraflar arasındaki ihtilaf konusunun dışında bulunmakla, isabetli olmadığını belirterek direnme kararı vermiştir.

İlk Derece Mahkemesinin direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunu oluşturan “ çalışmanın geçtiği dönemde Bulgaristan vatandaşı olma” nın bozma kapsamı dışında bırakılmasının, davacı yönünden usulü kazanılmış hak teşkil edip etmeyeceğini incelemiştir. Kurul, yurt dışı hizmet borçlanmasının sosyal güvenliğe ilişkin olması ve bu nedenle de kamu düzeni ile ilgili bulunması gerekçesiyle anılan yönün kapsam dışında bırakılmasının usulü kazanılmış hak oluşturmayacağına karar vermiştir.

Kurul, dosyayı esastan inceledikten sonra da ilk derece Mahkemesinin direnme kararının bozulmasına hükmetmiştir. Kararın gerekçeler kısmında, öncelikle hizmet borçlanmasının tanımı yapılmıştır. Kurul’a göre; Anayasanın 62. maddesi ile Devlet, yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerini sağlamakla görevli kılınmıştır; işte söz konusu 3201 sayılı Kanun da bu görevin ifası amacıyla yapılan bir düzenlemedir. Kurulun Kararına yansıyan diğer gerekçeleri ise şunlardır:

“ (...)Hizmet borçlanması, sosyal güvenlik hakkı elde edilmesinde istisnai bir yöntem olarak; primi ödenmediği için hizmet süresinden sayılmayan bazı sürelerin

primlerinin borçlanıp ödenmesi koşuluyla yaşlılık aylığına esas sigortalılık süresi ve prim gün sayısından sayılmasını sağlayan bir yapıyı ifade etmektedir.

...3201 sayılı Kanun bir borçlanma yasası olup, 1. maddede yapılan açık tanıma göre, ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüştür. Anılan kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyrukluk ilişkisini aramakta olup, "Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak" yeterli bulunmamaktadır.

2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabileceklerine İlişkin Kanunun 1. maddesinde, Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlandığı, kapsam başlıklı 2. maddesinde ise; bu kanunun Türk soylu yabancıların Türkiye'de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalıştırılabilmelerine izin verilmesini, meslek kuruluş ve sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilerini, hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümleri kapsamaktadır. Anılan düzenleme ile Türk soylu yabancılar ile kurulan sosyal güvenlik ve çalışma ilişkisinin sınırları belirlenmiştir. Yasaya bakıldığında bu sınırın, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına tanınan ve yurtdışı hizmetlerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilmesini amaçlayan borçlanma hakkını içermediği, borçlanma kanunlarına da atıfta bulunmadığı açıktır.

Kaldı ki; bir başka ülke vatandaşı iken, o ülkede geçen çalışmaların, davacı yönünden yabancı ülkede geçmiş hizmet olarak adlandırılmasına ve kabulüne imkân bulunmamaktadır.

Anayasa ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve ruhuna bakılmaksızın sadece borçlanma talebi sırasında Türk vatandaşı olmasının yeterli kabul edilmesi isabetsiz olup, 3201 sayılı Kanun uyarınca tanınan borçlanma hakkından, yurtdışında Türkiye

Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye'ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamazlar. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirebilirler⁶⁶ ”.

Uygulamada ortaya çıkan bu sorun, 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinin 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı Kanunun 105/ E-1 hükmü ile değiştirilmesi ile giderilmek istenmiştir. Değişiklik sonrası 1. madde şöyledir:

“Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri halinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.”

Madde metninden de görüleceği üzere Kanun Koyucu, açıkça ancak “Yurt dışında Türk vatandaşı iken geçen sürelerin” borçlanılabileceğini belirtmiştir. Kanımızca yeni değişiklik ile getirilen bu kısıtlama, Kanunun amacı ile uyumlu değildir. Çünkü 3201 sayılı Kanunun amacı, yukarıda da ayrıntılı olarak belirtmiş olduğumuz gibi her şeyden önce Türkiye'ye dönen Türk vatandaşlarımızı sosyal güvenceden yoksun bırakmamaktır. Dolayısıyla, kişinin yurt dışında Türk vatandaşı olarak çalışmış olup olmamasının bu Kanunun amacı ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Önemli olan kendisine Türk vatandaşlığı verilen bu kişilere, diğer Türk vatandaşları ile aynı hakları tanımak ve bu kişileri vatandaşı oldukları Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının tüm vatandaşlarına tanımış olduğu Sosyal Güvenlik hakkından yararlandırmak için gerekli tedbirleri almaktır (AY m.60)⁶⁷. Ne yazık ki, Kanun Koyucu iş bu değişiklikte, bunun tam tersi bir yol izlemiş ve sonradan Türk

⁶⁶ YHGK, 23.11.2005 T., 2005/10- 492E., 2005/646K. (Yayınlanmamıştır).

⁶⁷ Sonradan kazanılan Türk Vatandaşlığı ile Doğumla kazanılan Türk Vatandaşlığının statüsü arasında; “vatandaşlığın kaybettirilmesi ve vatandaşlıktan çıkarma” konuları dışında bir farklılık bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz **Uluocak**, s.17-18, 59-60.

vatandaşı olan kişilere 3201 sayılı Kanun çerçevesinde sosyal güvencede yararlanma olanağını büyük ölçüde zorlaştırmıştır.

Ayrıca ülkemizin dış politikası çerçevesinde yurt dışında yaşayan vatandaşlarımıza yaşadıkları ülkelerde oy hakkı ve dolayısıyla siyasi güç kazanmaları için o ülkenin vatandaşlığına geçmeleri teşvik edilmektedir⁶⁸. Kanun Koyucu, yurt dışında Türk vatandaşı olmadan geçen sürelerin borçlanılamayacağına ilişkin değişikliği ile bu politikaya da zarar vermektedir.

Kanun Koyucu, anılan düzenlemesinin yanı sıra 5510 sayılı Kanunun geçici 7. maddesiyle yeni bir hüküm getirmiştir. Buna göre; Türk vatandaşı olarak borçlanma talebinde bulunan ve kendilerine emekli aylığı bağlanan sigortalıların, daha sonra ıskat dışında başka bir devlet vatandaşlığını kazanmaları halinde de aylıkları ödenmeye devam edilecektir⁶⁹. Bu madde uyarınca Kurum, ıskat dışında Türk vatandaşlığından çıkarak yabancı ülke vatandaşlığına geçen kişilere aylık ödemeye devam edecektir. Kanımızca bu durum açık bir çelişki oluşturmaktadır. Çünkü görüldüğü üzere 3201 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle, Türk vatandaşlığını seçen ve hatta yabancı ülke vatandaşlığından ayrılan kişilerin sosyal güvenlik hakkından yararlanmaları zorlaştırılmıştır. Buna karşın vatandaşlıktan çıkarılanlar aylık almaya devam edeceklerdir.

Kanımızca, bir ülkenin öncelikli amacı kendi vatandaşlarının sosyal güvenliklerini sağlamaktır. Bu nedenlerle 3201 sayılı Kanunun 1. maddesiyle getirilen yurt dışındaki çalışmalar sırasında Türk vatandaşı olma zorunluluğu, gerek Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine gerekse 60. maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırılık oluşturmaktadır.

⁶⁸ Aybay'a göre; günümüzde Türk toplumunda çifte vatandaşlık, yadırganır bir durum olmaktan çıkmış; hoşgörü ile karşılanan hatta giderek istenen bir durum olmuştur. Yazar, 1991 yılında Almanya'da yürürlüğe giren Yabancılar Kanunun Türk vatandaşlığından çıkmayı zorunlu kılması üzerine; bu soruna Türk mevzuatı açısından bir çözüm bulmak amacıyla bir kanun tasarısı hazırladığını belirtmiştir. Ancak bu Kanun tasarısı, erken seçim nedeniyle çıkarılamamıştır. Yazar, 1995 yılında Türk Vatandaşlık Kanununda yapılan değişikliklerin de aynı amaçlarla gerçekleştirildiğini belirtmektedir. Bu değişikliklerle; Bakanlar Kurulu'nun izniyle Türk vatandaşlığından çıkmış olanlar; ikamet, taşınmaz mal edinme miras, çalışma gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerdir. (bkz. **Aybay**, s.56-62).

⁶⁹ Madde için bkz. s.102.

c) Sürelerin Tespiti:

Yurt dışında geçen çalışma sürelerinin borçlanılabilmesi için bu çalışmaların belgelerle kanıtlanması gerekmektedir. Yani, yurt dışında sigortasız olarak veya bulunulan ülkeden çalışma izni almadan çalışılması durumunda, bu süreler borçlanılamaz.

Bilindiği üzere, Sosyal Sigortalar Kurumu bazı konularda (örneğin aylık bağlanması esnasında “yurda kesin dönüş” koşulu bakımından) sigortalının beyanını esas almaktadır. Ancak çalışılan sürelere ilişkin olarak yalnızca sigortalının beyanı yeterli değildir. Bu nedenle borçlanma talebinde bulunanların şu belgelerden herhangi birini Kuruma ibraz etmeleri gerekmektedir:

a) Çalıştığı ülkede bağlı olduğu sigorta kurumundan alacağı hizmet cetveli veya sigorta kartlarının örneklerini⁷⁰,

b) Çalıştığı ülkede iş yerinin bağlı olduğu belediye, vergi dairesi, iş bulma kurumları ve diğer resmi kuruluşlarca onaylı hizmet belgesini (Sigortalının çalıştığı işyeri resmi kuruluş ise belgenin ayrıca onayına gerek kalmaz),

c) Bulundukları ülkedeki Türk Konsolosluk veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Ataşeliklerinden alacakları gerekçeli hizmet belgelerini,

d) Yurt dışında çalıştığı iş yerlerinden alınan hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin onaylı tercümelerini,

e) Kendi nam ve hesabına yurt dışında çalışanlar, çalıştıkları iş kolunun o yerin bağlı olduğu meslek kuruluşu veya derneğinden alacakları hizmetlerini (gün, ay, yıl olarak) gösterir onaylı hizmet cetvellerini.

Yukarıda yurt dışı hizmet borçlanmasını kişi ve süre unsurları yönünden incelemiş bulunuyoruz. Bu bağlamda aşağıda yurt dışı hizmet borçlanmasının koşullarına değinmek istiyoruz.

⁷⁰ Uygulamada SSK dağıttığı matbu borçlanma başvurusu dilekçe örneklerinde, kişinin Yurt dışında bağlı bulunduğu sigorta kurumu veya Türk konsoloslukları ya da Ataşeliklerince düzenlenmiş ve onaylanmış hizmet cetveli talep etmektedir. Bkz. ek-III-IV.

III- Yurt Dışı Hizmet Borçlanması Koşulları:

1) İlgilinin Kuruma Başvurması:

İlgilinin, 3201 sayılı Kanun uyarınca yurt dışında geçen sürelerini borçlanabilmesi için öncelikle bu talebini kendisi veya vekili vasıtasıyla Kanunda yetkilendirilen Kuruma bildirmesi gerekmektedir. Tezimizin bu bölümünde, ilgilinin hangi Kuruma, ne kadar süre içerisinde ve nerede yaşarken başvurması gerektiği konuları ile bunlara ilişkin uygulamada ortaya çıkan sorunları inceleyeceğiz.

a) Başvurulacak Kurum:

3201 sayılı Kanun uyarınca, borçlanma ve hatta aylık bağlanması için başvurulacak Kurumlar, 31.5.2006 tarihinde kabul edilen ve fakat 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortasının getirdiği yenilikler göz önüne alınarak tarihsel olarak incelenecektir.

aa) 5510 Sayılı Kanun Öncesi Dönem:

İlgilinin yurt dışında geçen Kanun kapsamındaki sürelerini borçlanabilmesi ve kendisine aylık bağlanması için başvurması gereken Kurumlar değişiklik öncesinde, 3201 sayılı Kanunun 2. ve 3. maddelerinde ayrıntılı olarak belirtilmekteydi. Kanunun anılan 3. maddesi, Anayasa Mahkemesinin maddede yer alan “yurda kesin dönüş” koşulunu 12.12.2002 tarihli Kararı ile iptal etmesi üzerine, 29.7.2003 tarihli 4958 sayılı Kanunun 56. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, yurt dışında bulunanlar ile yurda dönmüş olanlarca borçlanma talebinde bulunulacak kurumlar ayrı ayrı belirtilmiş ve böylece ilgililere yurt dışında iken de borçlanma olanağı tanınmıştır. Buna göre;

1) Halen yurt dışında bulunanlardan;

a) Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye’de herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi çalışması olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b) Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye’de çalışması olanlar, son defa prim, kesenek ve karşılık ödenen sosyal güvenlik kurumuna,

c) Ev kadınları Bağ-Kur'a,

2) Türkiye'ye döndükten sonra yurt dışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenlerden;

a) Herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b) Başvuru tarihinde çalışmakta olanlar, tabi oldukları sosyal güvenlik kurumuna,

c) Başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmamakla birlikte yurda dönüş tarihinden sonra çalışması olanlar, son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kurumuna,

d) Hizmetlerinden bir kısmını yurt dışında iken borçlanandan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler, ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kurumuna,

e) Ev kadınları Bağ-Kur'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

bb) 5510 Sayılı Kanun Sonrası Dönem:

Bilindiği üzere 31.5.2006 tarihinde kabul edilen ve genel olarak 2008 yılında yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 5502 sayılı kanun sosyal güvenlik sistemimizde kökten bir değişikliğe gitmiştir. Bu Kanun uyarınca yukarıda anılan üç büyük Sigorta Kurumu ortadan kalkmakta, sosyal güvenlik kurumları tek bir çatı altında toplanmaktadır.

Bu bağlamda başvurulacak Kuruma ilişkin olarak; 3201 sayılı Kanunun 3. maddesi de değiştirilmiştir. Buna göre; anılan maddenin son hali şöyledir:

“Sigortalılar ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri Kuruma müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.”

Bu maddede ifade edilen Kurumun, Kanunun 2. maddesinde Sosyal Güvenlik Kurumu olduğu belirtilmektedir. Madde bu belirlemeyi yaparken, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 3. ve 104. maddelerine de atıf yapmıştır. Bu maddelerde Kurumların Sosyal Güvenlik Kurumu adı altında birleştirildiği ve Kanunlarla; T.C. Emekli Sandığına, Sosyal Sigortalar Kurumuna, Bağ-Kur'a yapılmış atıfların Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmış sayılacağı ifade edilmektedir. 5510 sayılı Kanunun anılan 104. maddesi şöyledir:

“ Bu Kanunla yürürlükten kaldırılmayan hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı kanunlarla yapılan atıflar ile diğer kanunlarda sosyal sigorta haklarına, yardımlarına ve yükümlülüklerine, sigortalılığa ve hak sahipliği şartlarına, sağlık hizmetlerinin veya tedavi bedellerinin ödenmesine ilişkin yapılan atıflar bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.

27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununda kadrosuzluk tazminatının ödenmesine ilişkin T.C.Emekli Sandığına yapılmış olan atıf ile diğer kanunlarda T.C. Emekli Sandığına, Sosyal Sigortalar Kurumuna, Bağ-Kur'a yapılmış atıflar Kuruma (Kurumdan maksat Sosyal Güvenlik Kurumudur⁷¹.) yapılmış sayılır.”

Anılan Sosyal Güvenlik Kurumlarının birleştirilmesiyle, geçmişte uygulamada birçok tartışmaya neden olan, kişilerin yanlış kuruma başvurma ihtimalleri de ortadan kalkmıştır⁷².

Sigortalıların, Kuruma başvururken karşılaştıkları ve mahkemeleri halen meşgul eden temel sorunlar, borçlanma için herhangi bir başvuru süresinin öngörülüp

⁷¹ 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2 no'lu bendinde; Kanunda geçen Kurum sözcüğünden maksadın Sosyal Güvenlik Kurumu olduğu belirtilmektedir. Ayıca bkz. 16.5.2006 tarihli 5502 sayılı “ Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu” (RG: 20.5.2006 T., s. 26173).

⁷² Konuya ilişkin uygulamada çıkan sorunlar için bkz. **Aslanköylü**, s. 2656–2657; **Güzel/Okur**, s.378 (dipn. 124b)-379.

öngörülmediği ve sigortalının borçlanma esnasındaki ikamet yeridir. Bu nedenle aşağıda bu sorulara ve sorunlara değinmeyi yararlı görüyoruz.

b) İkamet Yeri:

aa) Genel Olarak:

Bilindiği üzere, 2147 sayılı Kanun döneminde sürelerin borçlanması ve aylık tahsis edilebilmesi için yurda kesin dönüş koşulunun aranıp aranmadığı yıllarca tartışılmıştı. Yargıtay, Kanunda böyle bir koşulun arandığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı gerekçesi ile sürelerin borçlanması ve aylık tahsis edilebilmesi için yurda kesin dönüş yapmanın gereken bir koşul olmadığına karar vermiştir.

Oysa 2147 sayılı Kanunun hazırlık dokümanlarına (Meclis görüşmelerine, Kanun gerekçelerine) baktığımızda, bu dokümanlarda aylık bağlanması için yurda kesin dönüş koşulunun özellikle vurgulandığını görmekteyiz. Ancak bu istek, Kanuna gereğince yansıtılmadığından, ortaya çıkan yasal metinden hareket eden Yargıtay haklı olarak, bu koşulun aranmayacağı yönünde kararlar vermiştir⁷³.

İşte 3201 sayılı Kanun bu uygulamayı değiştirmek ve Yargıtayın bu yorumunu önlemek üzere, hem borçlanma hem de aylık bağlanması için yurda kesin dönüş koşuluna Kanun metninde açıkça yer vermiştir.

bb) 12.12.2002 tarihli Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı:

3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin ilk halinde yurt dışı hizmetlerinin borçlanması için kişinin yurda kesin dönüş yapmış olması zorunlu görülmüştür. Bu maddede şu ifadeler yer almaktaydı:

⁷³ Konuya ilişkin tartışmalar ve Yargıtay Kararları için bkz. s. 11–13.

“ Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş tarihinden itibaren;

a) Sosyal güvenlik kuruluşlarından hiçbirine tabi bulunmamaları halinde, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b) Ev kadınları Bağ-Kur’a,

c) Prim, kesenek ve karşılık ödediği sosyal güvenlik kuruluşuna,

Yazılı istekte bulunma ve yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya dilediği kadarını döviz olarak ödemek şartıyla borçlanabilir. Borçlanan süreler ilgili sosyal güvenlik kanunlarındaki esaslar dâhilinde değerlendirilir.

Yurda kesin dönüş yapmış olanlar borçlanmayla ilgili yazılı isteklerini sosyal güvenlik kurumuna kesin dönüş tarihinden itibaren en geç 2 yıl içinde yapmaları gerekir.

Yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat süresi içerisinde ölenlerin hak sahipleri de ölüm tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde ilgili sosyal güvenlik kurumuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.”

Kanunun bu maddesi uygulamada birçok soruna neden olmuş ve birçok sigortalının borçlanması, maddede yer alan yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirmediği için Kurum tarafından iptal edilmiştir. Zaman içerisinde Doktrinde başta Başterzi olmak üzere, bu koşulun Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁷⁴. Konu bir dava sırasında somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesinin anılan Kararına önemi nedeniyle ayrıntılı olarak değinmek istiyoruz. Karara konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir:

Kartal 1. İş Mahkemesinin önüne gelen bir davada, sigortalının yurt dışından işsizlik aylığı aldığının ve böylece kesin dönüş şartını gerçekleştirmediğini öğrenen Sosyal Sigortalar Kurumu, borçlanma ve aylık bağlanması işlemlerini iptal etmiş ve ödediği yaşlılık aylıklarının faizleri ile birlikte iadesi için dava açmıştır. Bu dava

⁷⁴ İptal kararı öncesi konuya ilişkin uygulamadaki ve doktrindeki ayrıntılı görüşler için bkz. **Başterzi** s.292–300.

sırasında sigortalı, Kurumun aylığın iadesi talebinin dayanağını oluşturan 3201 sayılı Kanunun 3. ve 6. maddelerindeki “yurda kesin dönüş” koşulunun Anayasa'ya aykırılığını iddia etmiştir.

İlk derece Mahkemesi iddiaları ciddi bulmuş ve birçok gerekçe ile Anayasa Mahkemesine maddenin iptali talebi ile başvurmuştur. Mahkeme, ilk gerekçe olarak 2147 sayılı Kanunda yurda kesin dönüş koşulu aranmamışken, bu Kanun ile aynı ismi taşıyan 3201 sayılı Kanunda bu koşulun getirilmesinin Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırı olduğunu öne sürmüştür⁷⁵.

Mahkeme ikinci gerekçe olarak da, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 63. maddesinde 29.04.1986 tarihli 3279 sayılı Kanunla yapılan değişikliği göstermiştir. Bu değişiklik ile yaşlılık aylığı alanların tekrar çalışmalarına, sosyal güvenlik destek primi ödenmesi koşuluyla izin verilmiştir. Böylece Mahkemeye göre, yurt dışı hizmetlerini borçlanan vatandaşlarımız yönünden de yurt dışında işsizlik yardımı alınması veya çalışılması nedenleri ile borçlanmalarının ya da yaşlılık aylıklarının iptal edilmesi işlemlerinin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır.

İlk derece Mahkemesi tarafından iptal için gösterilen üçüncü gerekçe ise; 3201 sayılı Kanundaki yurda kesin dönüş koşulunun, yurt dışında çalışmayı engellemesi ve bunun Anayasa'nın 49. maddesinde ifadesini bulan “çalışma herkesin hakkı ve ödevidir” ilkesine aykırı bulunmasıdır⁷⁶.

Öne sürülen dördüncü gerekçe, Anayasa'nın 60. ve 62. maddelerinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve devletin sosyal güvenlik hakkı ile ilgili tedbirleri almakla yükümlendirildiği belirtilmektedir. Bu gerçek karşısında,

⁷⁵ Herkes 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. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır (AY.m.10).

⁷⁶ Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir oram yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır (AY.m.49)

yurt dışında çalışan ve bu çalışmasını borçlanmak suretiyle yaşlılık aylığı alan ve sosyal güvenlik hakkına sahip olan sigortalının yurt dışından işsizlik yardımı alması hakkının elinden alınmasının ve kesin dönüş şartının yerine getirilmemesi ile de sosyal güvenlik hakkının kaldırılmasının, Anayasanın anılan maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "...yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş..." ve 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan, "...kesin dönülmüş..." bölümlerine ilişkin itirazın dosyada eksiklik bulunmadığından esas yönünden incelenmesine geçmiştir.

Bunun sonucunda da Anayasa Mahkemesi bizce de isabetli olarak, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ..." sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, bu sözcüklerin iptali nedeniyle aynı maddenin uygulanma olanağı kalmayan birinci fıkrasındaki "... tarihinden itibaren" sözcükleri ile ikinci fıkrasını da iptal etmiştir.

Mahkeme, anılan iptal Kararına dayanak olarak birçok gerekçe öne sürmüştür. Bunlardan birincisi; borçlanma için aranan yurda kesin dönüş koşulunun Anayasa'nın 10. maddesine aykırı oluşudur. Mahkeme'ye göre, 3201 sayılı Kanun uyarınca yurt dışı hizmet sürelerinin borçlanılabilmesi için aranan yurda kesin dönüş koşulu, başvuruda bulunanlar yönünden aktif çalışma hayatlarına son verme anlamını taşımaktadır. Oysa yurt içinde çalışmakta olan vatandaşların, 506 sayılı ve 5434 sayılı Kanunlar bakımından geçmiş hizmet sürelerini borçlanarak sosyal güvenlikleri yönünden değerlendirilmesini talep edebilmeleri için aktif çalışma hayatına son vermeleri koşulu bulunmamaktadır. Bu nedenlerle aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında ortaya çıkan eşitsizlik Anayasa'ya aykırıdır.

⁷⁷ Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar (AY. m.60). Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır (AY.m.62).

Anayasa Mahkemesinin Karar gerekçelerinden ikincisi ise, bu koşulun Anayasa'nın 60., 62. ve 65. maddelerine aykırı olduğudur. Mahkeme'ye göre; ülkemiz sigorta sisteminde asıl olan çalışmakta olanların (aktif) ödedikleri primler ve kurumların ödedikleri karşılıklar ile çalışmayan (pasif) sigortalıları finanse etmesi ve dengeli bir paylaşım modelinin oluşturulmasıdır. Yurt dışı hizmetlerinin borçlanması, bu sisteme uymamaktadır. Ancak Mahkeme, prim ödeme aşamasında henüz sosyal güvenlik kurumları açısından bir yükümlülük söz konusu olmadığından, bu kurumların aktüaryal dengelerinin ve dolayısıyla da sistemin olumsuz etkilenmeyeceği görüşündedir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 65. maddesinde ön görülen Devletin mali kaynaklarının yetersizliği ölçütü ileri sürülemez. Anılan nedenlerle Mahkeme, söz konusu koşulun sosyal güvenlik hakkını Anayasa'nın 10., 60'., 62. ve 65. maddelerine aykırı olarak sınırlandırıldığını belirtmiştir.

Bu iptal Kararlarına karşın Mahkeme, diğer bir itiraz konusu olan Anayasanın 6. maddesinde aylık bağlanması bakımından aranan “yurda kesin dönüş” koşulunun Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu görüşüne ilişkin gerekçelerini açıklarken öncelikle ülkemizdeki yaşlılık sigortası sistemine değinmiştir. Buna göre yaşlılık sigortası, belli bir yaşa ulaşması nedeniyle çalışma gücü azalan sigortalıya, iş hayatından çekilerek çalışmadan yaşamını sürdürmesini ve bu aşamadaki gelir kaybının giderilmesini amaçlayan uzun süreli bir sigorta türüdür. Bu sigorta türünde, 506 sayılı ve 5434 sayılı Kanunlarda olduğu gibi işten ayrılma koşulu bulunmaktadır. İşte 3201 sayılı Kanunda aylık bağlanması için ön görülen yurda kesin dönüş koşulu da Mahkeme'ye göre, işten ayrılma yönünden yurt içinde ve dışında çalışanlar arasında bir ayırma neden olmadığından Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli 2000/36 E. ve 2002/198 K.sayılı iptal Kararı uygulamayı büyük ölçüde değiştirdiğinden ve ileride tezimizde yer vereceğimiz birçok tartışmanın da temelini teşkil ettiğinden, Karar metninin ilgili kısımlarına Tezimizin ekinde yer vermeyi yararlı buluyoruz⁷⁸.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli 2000/36 E. ve 2002/198 K. sayılı İptal Kararı (RG: 25.04.2003 T., s. 25089), Bkz. ek-I.

cc) Günümüzdeki Durum:

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde, borçlanabilmek için aranan “yurda kesin dönüş” yapmış olma koşulu, Anayasa Mahkemesinin Kararı ile haklı olarak iptal edilmiştir. İptal Kararı sonrası maddede 29.7.2003 tarihli 4958 sayılı Kanunun 56. maddesiyle yapılan değişiklik sonucunda da, borçlanma için başvuru sırasında Türkiye’ye kesin dönüş yapmış olma koşulu tamamen kaldırılmıştır. Başka bir ifadeyle, artık Kanunda yurt dışı hizmetlerinin borçlanılabilmesi için “yurda kesin dönüş” koşulu aranmamaktadır.

3201 sayılı Kanunda, 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle de bu uygulamanın aynen sürdürüleceği anlaşılmaktadır. Değişikliklerle getirilen yeni düzenlemeye göre, yurt dışındayken borçlanmaya herhangi bir engel konulmadığı gibi, 3201 sayılı Kanunun değişik 4.maddesinin son fıkrasında açıkça, “Yurt dışında iken borçlanma isteğinde bulunacak sigortalı veya hak sahipleri”nden bahsedilmektedir.

Sonuç olarak sigortalı veya hak sahipleri; yurt dışında çalışırken, işsizlik yardımı alırken; kısacası her ne sebeple olursa olsun, yurt dışında ikamet ederken buralarda geçirdikleri Kanun kapsamındaki sürelerini Kuruma borçlanmak için başvurabilirler. Ancak önemle belirtmeliyiz ki, yurda kesin dönüş koşulu sadece yurt dışı hizmetlerinin borçlanılabilmesi bakımından kaldırılmıştır; yoksa borçlanılan süreler nedeniyle aylık bağlanması için bu koşul halen aranmaktadır⁷⁹.

c) Başvuru Süresi:

aa) Genel Olarak:

Hukukumuzda sürelerin borçlanılarak değerlendirmesi istisnai bir hak olduğundan, bu hakkın kullanılmasını belirli bir süre ile sınırlama düşüncesi borçlanmaya olanak tanıyan bazı kanunlara egemen olmuştur. Bu doğrultuda gerek

⁷⁹ Konuya ilişkin değerlendirmemiz için bkz. s. 128–129.

2147 sayılı Kanunda gerekse 3201 sayılı Kanunun ilk halinde borçlanma hakkından yararlanmak için belirli süreler içerisinde Kuruma başvuru koşulu getirilmiştir. 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin ilk haline göre; yurda kesin dönüş yapmış olanların borçlanmayla ilgili yazılı isteklerini, dönüş tarihinden itibaren en geç 2 yıl içinde sosyal güvenlik kurumuna yapmaları gerekmektedir⁸⁰. Bu iki yıllık sürenin mahiyeti ve uygulaması konusunda Yargıtay Daireleri arasında görüş ayrılıkları yaşanmıştır.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, iki yıllık süreyi geçirmeleri nedeniyle borçlanmaları iptal edilenlerin, tekrar yurt dışına çıkıp bir süre çalıştıktan sonra yurda kesin dönüş yaparak yeniden borçlanma isteminde bulunmaları durumunda, iki yıllık hak düşürücü sürenin yeniden işlemeye başlayacağına karar vermiştir. Yani Daire; başvuru süresini kaçıran sigortalılara, yurt dışında kısa bir sürede olsa yeniden çalıştıktan sonra yurda kesin dönüş yapmaları halinde yeni bir borçlanma hakkı tanımıştır⁸¹.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi ise; konuya ilişkin bir davada Kanunda belirtilen sürenin hak düşürücü süre olduğundan bahisle, bu sürelerin kaçırıldıktan sonra ihya edilemeyeceğine karar vermiştir. Dairenin Karar gerekçeleri şöyledir:

“ (...) Gerçekten, davanın yasal dayanağını oluşturan 2147'ye ve daha sonra yürürlüğe giren 3201 sayılı Yasalara göre yurtdışında geçen hizmetlerin borçlanılabilmesi için belli bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Bu sürenin geçirilmesinden sonra artık borçlanma isteminde bulunulamaz. Davacının çalışma süresine göre hakkında uygulanacak yasal kural 2147 sayılı Yasanın geçici maddeleridir, daha sonra 3201 sayılı Yasa da geçici maddesi ile 1985 yılından önceki sürelerin borçlanma imkânını tanımıştır. Davacı 1973 yılında Türkiye'ye kesin dönüş yaptığına göre belirtilen yasal dayanaklara göre hak düşürücü süreyi

⁸⁰ Yurda kesin dönüş yapmış olanlar borçlanmayla ilgili yazılı isteklerini sosyal güvenlik kurumuna kesin dönüş tarihinden itibaren en geç 2 yıl içinde yapmaları gerekir. (**3201 sayılı Kanunun eski 3. maddesi**).

⁸¹ 10.HD, 6.7.2000 T., 4840E./ 4990K. Aslanköylü, konuya ilişkin görüşlerini şöyle ifade etmektedir: “ Hak düşürücü süreye uğrayan bir hakkın geri gelmeyeceği hukukun temel ilkelerindendir. İtiraf etmek gerekirse, Daire bu kararı ile borçlanmanın ve aylığın iptal edilmiş olması sonucu sigortalının uğramış olduğu kaybı, kısmen gidermek istemiştir.” Karar ve tartışmalar için bkz. **Aslanköylü** s.2654, 2681; ayrıca bkz. **Araslı**, s. 1722.

geçirmiş bulunmaktadır. Bu sürelerin geçirilmesinden sonra ihyası mümkün değildir. Davacının yıllar sonra Kıbrıs'ta (KKTC)'de 10 gün çalışmak suretiyle Almanya'da geçen hizmetlerini ihya suretiyle yeniden borçlanma konusu yapması mümkün bulunmamaktadır. Mahkemenin belirtilen maddeleri ve olguları dikkate almaması usule aykırı olup, bozma sebebidir. O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır”⁸².

Bilindiği üzere; 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan, hizmetlerini borçlanmak isteyenlerin yurda kesin dönüş yaptıkları tarihten itibaren iki yıl içerisinde ilgili kurumlara başvurmaları gerektiğine ilişkin düzenleme; aynı maddedeki “yurda kesin dönüş” sözcüklerinin Anayasa Mahkemesinin Kararı ile iptal edilmesi üzerine, uygulama olanağı kalmadığından Mahkeme tarafından iptal edilmiştir ⁸³.

Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği (ex tunc) ilkesi ve maddede iptal kararı sonrasında herhangi bir lehe düzenlemenin Kanun Koyucu tarafından yapılmaması nedeniyle, şu başvurular Kurumun 19.8.2003 tarih ve 8–17 ek sayılı Genelgesi uyarınca kabul edilmemektedir:

- 1- 24.04.2001 (dâhil) tarihinden önce yurda kesin dönüş yaptıkları halde, 2 yıllık süre içerisinde borçlanma başvurusunda bulunmayan sigortalıların başvuruları,
- 2- 5.8.2001 (dâhil) tarihinden önce ölenlerin hak sahiplerinin başvuruları.

Sosyal Sigortalar Kurumu, bu konuda açılan davaların Kurum aleyhine sonuçlandığını, dava sayılarının fazla olması nedeniyle harcanan zaman kaybının ve yargılama masraflarının maddi zararlara yol açtığını belirterek 29.3.2006 tarih ve 8–32 sayılı Genelgesiyle, yukarıda belirtilen uygulamasından vazgeçtiğini belirtmiştir. Genelge şöyledir:

“ (...)Kurumumuz uygulamasının değiştirilmesi amacıyla Yönetim Kurulumuzca alınan 15.03.2006 tarih XI- 101 sayılı kararda;

⁸² 21.HD, 20.02.2001 T., 2001/1185E., 2001/1307K. (YKD, C.27, Sa.7, Temmuz 2001, s. 1071–1072).

⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2002 T. 2000/36 E. ve 2002/198 K. sayılı iptal Kararı için bkz. s. 40-44, ek-I.

— 22.05.1985 tarihiden önce yurda kesin dönüş yaptıkları halde 22.05.1987 tarihi mesai bitimine kadar müracaat etmediklerinden borçlanma talepleri kabul edilmeyenlerin,

— 22.05.1985 tarihiden sonra yurda kesin dönüş yaptıkları halde iki yıllık müracaat süresi içerisinde başvuruda bulunmadıklarından borçlanma talepleri reddedilenlerin,

— 22.05.1985 tarihiden sonra yurda kesin dönüş yapan ve iki yıllık müracaat süresi içerisinde borçlanma isteğinde bulunmayan sigortalıların hak sahiplerinin,

— Yurt dışı hizmet borçlanması yapıp borcunu ödemediği ölen sigortalıların ölüm tarihinden itibaren iki yıl içerisinde müracaat etmeyen hak sahiplerinin,

Yeniden yazılı olarak borçlanma talebinde bulunmaları halinde, borçlanma taleplerinin kabul edilmesi ... uygun görülmüştür...”.

bb) Konuya İlişkin Görüşlerimiz:

Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı sonucunda sigortalılar ile hak sahipleri arasında başvuru süresine ilişkin bir farklılık oluşmuştur. Bu durumun ortaya çıkmasının nedeni, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan "... yurda kesin dönüş" sözcüklerinin iptal edilmesi ve bu nedenle aynı fıkra ile ikinci fıkrada bulunan ve uygulama olanağı kalmayan "... tarihinden itibaren" sözcüklerinin de iptaline karar verilmesine karşın; 3. maddenin son fıkrasında yer alan "...yurda kesin dönüş yaptıktan sonra..." sözcüklerinin iptal edilmemiş olmasıdır⁸⁴. Başka bir deyişle, 3. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında bulunan yurda kesin dönüş koşulunun iptal edilmesi ile, başvuru tarihinin başlangıç ve sona ermesinin hesaplanabileceği kıstas ortadan kalkmıştır. Bunun sonucunda da sigortalılar bakımından başvuru süresi koşulunu düzenleyen bir hüküm kalmamıştır.

Buna karşın başvuru süresi koşulu, 3. maddenin son fıkrasında durumları düzenlenen sigortalının hak sahipleri yönünden devam etmiştir⁸⁵. Çünkü bu maddede

⁸⁴ Bkz. ek- I.

⁸⁵ 3201 sayılı Kanunun eski 3. maddesinin son fıkrası şöyleydi: "Yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat süresi içerisinde ölenlerin hak sahipleri de ölüm tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde ilgili sosyal güvenlik kurumuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.". Maddenin tamamı için bkz. s.41.

yer alan başvuru süresinin sigortalılara ilişkin fıkradaki gibi iptalini gerektirecek bir durum ortaya çıkmamıştır. Zaten bu nedenle de anılan fıkra da yer alan “yurda kesin dönüş” sözcükleri de iptal edilmemiştir.

Bu durumda da hak sahiplerinin; sigortalının yurt dışında çalışmaktayken ölümü halinde, bundan itibaren iki yıllık süre içerisinde ya da sigortalının yurda kesin dönüş yaptıktan sonraki iki yıllık başvuru süresi içinde ölümü halinde, ölümden itibaren iki yıl içerisinde borçlanma başvurusunda bulunmaları zorunluluğu devam etmiştir. Anayasa Mahkemesinin Kararı bu kişiler bakımından herhangi bir değişiklik getirmemiştir.

Kanımızca Kanun Koyucu, bu durumu fark etmiş ve 4958 sayılı Kanunun 56. maddesiyle getirdiği yeni bir düzenleme ile hem sigortalılar hem de hak sahipleri bakımından, başvuru süresini tamamen ortadan kaldırmıştır. Böylece uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar ve farklılıklar da giderilmek istenmiştir.

Buna karşın Sosyal Sigortalar Kurumu, 2 yıllık süreyi kaçıranların sonraki başvurularını yıllarca kabul etmemiştir. Ancak Kurum, yukarıda yer verdiğimiz Genelge uyarınca görüşünü değiştirmiş; bu durumda bulunan sigortalılar ve bunların ölümü halinde hak sahiplerinin talepleri üzerine başvurularını kabul edeceğini bildirmiştir.

Konuya ilişkin olarak 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Kanun da, sigortalıların ve hak sahiplerinin hiçbir müracaat süresi koşulu aranmaksızın, Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurarak borçlanabileceklerini kabul etmektedir. Bununla birlikte, önceki düzenlemelerden farklı olarak ölenlerin hak sahiplerinin ancak Türk vatandaşı olmaları kaydıyla aynı şekilde borçlanabilmelerine olanak tanınmaktadır (m.3)⁸⁶.

⁸⁶ 5510 sayılı Kanunun 105/ E-3 maddesiyle değiştirilen 3201 sayılı Kanunun 3.maddesi şöyledir: “Sigortalılar ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri Kuruma müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.”

2) Borçlanmaya İlişkin Kurumca Tahakkuk Ettirilen Borç Tutarının Ödenmesi:

Yurt dışı hizmet borçlanması yapmak isteyen sigortalı ya da bunun hak sahibi, borçlanmak istediği süreyi ilgili olduğu sosyal güvenlik kurumuna bildirir. İlgili kurum, borçlanılmak istenilen sürenin her günü için Bakanlar Kurulunun belirleyeceği döviz tutarı üzerinden ilgilinin borcunu hesaplar. Sigortalı veya hak sahibi, hesaplanan döviz borcunu yetkili bankaya yatırarak bunun Türk parası karşılığının kuruma intikalinin sağlanmasını ister^{87 88}.

Ancak bu sistemde, 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı Kanun ile değişikliğe gidilmiştir. 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girecek yeni uygulamaya göre, öncelikle borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarının, başvuru tarihindeki prime esas asgarî ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32 ' si olarak hesaplanarak ödenmesi sistemi esası benimsenmiştir (3201 SK. m.4/I).

⁸⁷ Yıllara göre borçlanma tutarı şu şekildedir: **RG:** 22.05.1985 s.18761 günlük 1 dolar; **RG:** 15.02.1997 s.22906 günlük 2,5 dolar; **RG:** 16.05.1998 s.23344 günlük 2 dolar; **RG:** 10.05.2005 s.25811 günlük 5 dolar; **RG:** 06.12.2005 s. 26015 günlük 3,5 dolar.

10.05.2005 tarihinden 06.12.2005 tarihine kadar borçlarının tamamını veya bir kısmını 5 ABD Doları üzerinden ödemiş olanların 06.12.2005 tarihinden itibaren 6 ay içerisinde Kuruma yazılı olarak başvurmaları halinde, borçlanma tutarları ve bağlanmış ise aylıkları 3,5 ABD Doları üzerinden yeniden hesaplanır. Hesaplama sonucu oluşan meblağ, Kurum hesabına geçtiği tarihteki Yeni Türk Lirası olarak iade edilir (SSK Yurt dışı Hizmet Borçlanmaları Kitapçığı, Mart-2006 s.5).

Kanımızca Sigortalının 6 aylık kısa bir süre içerisinde başvuramaması Kurum için kazanılmış hak teşkil etmez. Ayrıca sigortalı tarafından meblağın iadesinin istenmesi halinde Kurumun meblağı faiziyle birlikte iade etmesi de gerekir. Bunun yapılmaması Kurum bakımından Sebepsiz zenginleşmeye neden olur. Zira İdarenin 6 ay içerisinde günlük primi artırıp tepkiler üzerine azaltarak gösterdiği basiretsizliği sigortalıya yüklemek, hakkaniyet ve iyiniyet ilkelerine uygun düşmemektedir.(ayrıntılı bilgi için bkz. **Cihan Orhan**, Borçlanma Zammı Yasalara Aykırı, Hürriyet Gazetesi Avrupa Gündemi, 03.06.2005, s.19).

⁸⁸ Dolardaki yükseliş ve azalışlar ile Bakanlar Kurulunun günlük borçlanma tutarlarını değiştirmesi uygulamada birçok soruna neden olmaktadır. Konuya ilişkin Yargıtay'ın önüne gelen bir davada, davacı, 3.11.1975 ile 31.5.1989 tarihleri arasında Bulgaristan'da 13 yıl çalıştığı günlük 2,5 dolar üzerinden borçlanmak suretiyle yurtdışı hizmetlerinin yurtiçi hizmetleri ile birleştirilmesine ilişkin verilen hükmün kesinleşmesi, ancak kararın kurumca infaz edilmesinden önce Bakanlar Kurulunun kararı ile borçlanma tutarının 2,5 dolardan 2 dolara indirilmesi üzerine, bu kararın kendisine de uygulanması için Mahkemeye başvurmuştur.

İlk derece Mahkemesi davayı kısmen kabul etmiş, davacının temyizi üzerine; dosya Yargıtay 21. Hukuk Dairesine gelmiş, yapılan inceleme sonucunda Daire şu kararı vermiştir: "...Bu yönüyle, davanın yasal dayanağı belirgin olarak 3201 sayılı Yasanın 4.maddesidir.(...) Maddeden açıkça anlaşıldığı üzere; Bakanlar Kurulu kararı ile değişen miktarın, tahakkuk ettirilmiş borçların tamamını ödemiş olanların bakiye borç sürelerine uygulanacağı açık-seçiktir. Başka bir anlatımla, tahakkuk ettirilen borçlanmasına ilişkin kesinleşen ilamın gereğini yerine getirmediği giderek tahakkuk ettirilmiş borcun tamamını kuruma ödemediği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır." 21.HD., 11.7.2000 T., 2000/5522 E., 2000/5594K. (YKD, C.:27, Sa.4, Nisan 2001,s.575-576).

Öte yandan 3201 Sayılı Kanunun 4. maddesine; “ Borçlanılan süreler, yurda kesin dönüş yapılmış olması şartıyla aylık tahsisi için yazılı talepleri halinde Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 41. maddesinin son fıkrası hükümlerine göre değerlendirilir.” ifadesi de eklenmiştir. Bu itibarla, 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi ve bu maddenin atfı ile anılan Kanunun 82. maddesi devreye girmektedir. Buna göre; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, asgarî ücretin otuzda biri; üst sınırı ise günlük kazanç alt sınırının 6,5 katı olarak belirlenen sınırlar dahi uygulama alanı bulmaktadır.

Konuyu bir örnek ile açıklamak gerekirse; eskiden yurt dışı hizmet borçlanması yapmayı isteyen kişi;

Mevcut durumda,

Aylık= 30 (gün) x 3,5 (Amerikan Doları) = 105(Amerikan Doları)

(1 ABD doları 1,4 YTL kabul edilirse; 105 (Amerikan Doları)= 147,00 YTL ödemek durumundadır.

Yeni sistemde ise,

Söz gelimi 01.1.2006’da prime esas kazancın alt sınırı olan aylık 531,00YTL olduğundan, ilgilinin yeni sitemde ödeyeceği aylık miktar $531,00 \times \%32 = 169,92$ YTL’den az olamaz. Sigortalı, belirtilen bu alt sınır ile üst sınır arasında istediği aralığı kendisi belirleyebilir ve bu miktardan hizmet borçlanması yapabilir. Dolayısıyla, yeni sistem itibariyle sigortalılar için borçlanma miktarının artırıldığı görülmektedir.

Bu rakam, Ocak 2007 yılı için kabul edilen ücret artışında, 6 aylık dönem için alt sınır 562,50 YTL, üst sınır ise 3,656,40YTL olarak belirlenmiştir. Buna göre, sigortalı aylık en az $562,50YTL \times \%32 = 179,84$ YTL ile $3,656,40YTL \times \%32 = 1170,04$ YTL arasında bir miktarı borçlanma için seçebilir. Görüldüğü üzere, 2006 yılı ile 2007 yılı arasında prime esas kazanç alt sınırı değiştirildiğinde sigortalının ödeyeceği borçlanma miktarı da değişmektedir. Bunun sigortalıya etkisi, sigortalının uzun bir dönem için borçlanma yapması halinde daha da artmaktadır. Söz gelimi, 20 yılını borçlanmak isteyen bir sigortalı 2006 rakamıyla 40.780,8-YTL ödemek zorundayken; 2007 yılı rakamıyla bu tutar 43.161,6-YTL’ ye çıkmaktadır.

Ayrıca yeni uygulamada ilgililerin borçlanmayı hangi para birimi üzerinden yapacağı hususunda da değişikliğe gidilmiştir. 3201 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin son fıkrası bu konuda şu hükmü getirmiştir:

“Yurt dışında iken borçlanma isteğinde bulunacak sigortalı veya hak sahipleri Yeni Türk Lirası olarak bildirilecek borç tutarını döviz cinsinden, Türkiye’de ise Yeni Türk Lirası olarak öderler.”

Görüldüğü üzere, Kurum tarafından sigortalılara tahakkuk ettirilen borç miktarı, Türk Lirası üzerinden olacaktır. Ancak yurt dışında bulunanlar kendilerine Türk Lirası olarak tahakkuk ettirilen meblağı döviz cinsinden; yurt içinde bulunanlar ise Türk Lirası üzerinden ödemek zorundadırlar.

Ancak anılan durum, kanımızca yurda dönüş yaptıktan sonra borçlananlar ile yurt dışındayken borçlananlar arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Eğer maddeyle sigortalılara kolaylık sağlanmak isteniyorsa; sigortalılara nerede bulunduklarına bakılmaksızın tercih ettikleri para birimi üzerinden borçlanma olanağı tanınmalıdır. Bu bağlamda; uygulamada da Mahkemelerin, maddeyi sigortalı lehine geniş yorumlaması sosyal güvenlik hukukunun niteliğine daha uygun olacaktır.

5510 sayılı Kanun ile getirilen bir diğer yenilik de, borçlanma için kurum tarafından tahakkuk ettirilen borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödenmesi zorunluluğudur (m.4). Bilindiği üzere, sigortalının ilgili sürelerini borçlanmak için kuruma başvurusu üzerine, kurum borçlanma tutarını belirler ve sigortalıya tebliğ eder. Sigortalının, bu tebliği tebellüğ etmesinden itibaren 3 ay içerisinde ödemeyi yapması gerekmektedir. Ödemenin bu süre içerisinde yapılmaması halinde, sigortalının ilk borçlanma talebi hükümsüz hale gelecek ve borçlanma için yeniden başvuru yapması gerekecektir.

Ayrıca maddenin bu düzenlemesinden kanımızca; borçlunun borçlanmak için talepte bulunmasından başlayarak kurum tarafından tahakkuk ettirilen borç miktarının ilgiliye tebliğinden sonraki 3 aylık dönemin sonuna kadar geçen süreçte;

Kanun değişiklikleri veya başka nedenlerle ortaya çıkacak borç miktarındaki artışlardan borçlanma talebinde bulunan kişinin etkilenmeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü maddenin eski metninde borçlanma için öngörülen gün-dolar sisteminde yer alan “Dövizin cinsi ve miktarı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilebilir. Değişen miktar, tahakkuk ettirilmiş borçlarının tamamını ödememiş olanların bakiye borç sürelerine de uygulanır” düzenlemesi kaldırılmıştır. Böylece uygulamada sigortalılar, kurum tarafından tahakkuk işlemlerinin geciktirilmesi veya bu süreçte Bakanlar Kurulunun dolar artışı kararı nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetlerine karşı yasal yola başvurdıklarında, karşılarına çıkarılan yukarıda belirttiğimiz madde ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla; böyle bir durumda madde metninde konu açıkça düzenlenmediğinden, sigortalı lehine yoruma başvurmanın sosyal güvenlik hukuku ilkelerine daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

IV- Sigortalının Sigortalılık Başlangıç Tarihinin Hesaplanması:

1) Genel Olarak:

3201 sayılı Kanunun 5. maddesine göre, borçlanılarak primi ödenen süre, Türkiye’de sigortalı olarak çalışılmış gibi kabul edilir. Ancak borçlanma başvurusunda bulunacak kişinin, yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin Türkiye’deki yetkili kurum tarafından tespiti için, gerekli ve yeterli kanıtlayıcı belgeleri kuruma sunması zorunludur. Kurum sigortalılık başlangıç tarihini hesabında, başvuru sahibinin sunacağı belgelerde yer alan son tarihten, geriye doğru hesaplanmak üzere gün sayılarını esas alır (m.5).

Başvuru sahibinin yurt dışında geçen borçlandığı süreler; Türkiye’de herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi fiili hizmeti ve prim ödeme gün sayısı varsa bunlarla birleştirilebilir. Eğer sigortalının yurt dışında geçen borçlandığı süre, Türkiye’deki sigortalılığından önceki bir tarihe rastlıyorsa, sigortalılığın başlangıç tarihi borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür⁸⁹.

⁸⁹ **Yelekçi**, s. 997.

Örneğin; Yurt dışında 10.6.1983 – 30.5.2004 tarihleri arasında 6515 gün çalışmış olan sigortalı, Türkiye’ye döndükten sonra 16.3.2005 tarihinde bir işe girmiş ise; sigortalılık başlangıç tarihi, bu tarihten geriye doğru hesaplanarak bulunan tarihtir:

İşe Giriş Tarihi : 16.3.2005

Borçlanılan süre : 6515 gün = 18 yıl 1 ay, 5 gün (geriye götürülür)

Sigortalılık başlangıç tarihi: 11.2.1987’dir.

Başvuru sahibinin, Türkiye’de herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olarak geçirdiği sigortalılığı yoksa sigortalılık başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödediği tarihten borçlandığı gün sayısı kadar geriye götürülerek bulunan tarih kabul edilir.

Örneğin: Türkiye’de hiçbir Sosyal güvenlik kurumuna tabi sigortalılığı bulunmayan başvuru sahibi, yurt dışında geçen 6.12.1975- 30.8.1997 tarihleri arasındaki 6235 günlük hizmetini 3201 sayılı Kanuna göre borçlanmış ve borcunu da 25.6.2005 tarihinde ödemişse, sigortalılık başlangıç tarihi şu şekilde hesaplanır:

Borç Ödeme Tarihi : 25.6.2005

Borçlanılarak ödenen Süre: 6235 gün = 17yıl, 3 ay, 23 gün (geriye götürülür)

Sigortalılık Başlangıç Tarihi: 3.3.1988’dir.

Aslında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun 108. maddesinde sigortalılık süresinin başlangıç tarihinin, ilk defa bu Kanun uyarınca çalışılmaya başlanan tarih olduğu belirtilmektedir. Ancak 3201 sayılı Kanunun 5. maddesi konuya ilişkin olarak 506 sayılı Kanunun 108. maddesine göre özel hüküm olduğu için, anılan 5. madde uygulama olanağı bulacaktır⁹⁰.

Değinmek istediğimiz bir diğer konu da, yabancı ülkelerle yapılan sosyal güvenlik sözleşmelerinin sigortalılık başlangıç tarihinin belirlenmesine etkileridir.

⁹⁰ Laçiner, s. 636.

2) Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Uyarınca Sigortalılık Başlangıcı:

Bu bölümde, sigortalıların sosyal güvenlik sözleşmesi yapılan ülkelerde geçen hizmetlerini borçlanmaları durumunda; bu ülkelerdeki ilk sigortalılık tarihinin, ülkemiz mevzuatı uyarınca da sigortalılık başlangıç tarihi kabul edilip edilmediği sorununa bir cevap bulmaya çalışacağız.

Özellikle Türkiye-Federal Almanya ve Türkiye- İsviçre arasında imzalanmış bulunan Sosyal Güvenlik Sözleşmelerinin uygulanması çerçevesinde ortaya çıkan bu sorun, Yargıtay'ı uzun yıllar meşgul etmiştir.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin önüne gelen bir dosyaya konu olayda, sigortalı yurt dışı hizmet borçlanma bedelini İsviçre sigorta kurumundan transferi yapılan primlerle ödemiş ve sigortalılık başlangıç tarihinin İsviçre' de çalışmaya başladığı ilk tarih olarak kabul edilmesi talebiyle dava açmıştır. İlk derece Mahkemesi, davanın reddine karar vermiştir. Sigortalının temyizi üzerine Daire, Anayasanın 90'ıncı maddesinin son fıkrasında yer alan, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslar arası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi hükmüne dayanarak, sözleşmenin maddelerine uygulamada yasal güç tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Başka bir deyişle, sözleşme kuralına öncelik ve üstünlük tanınarak, davanın bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Daire, sözleşmeye sonradan eklenen 10/9. maddesi ve sözleşmenin 15/a maddesinde yer alan “ Bir kimse, Türk mevzuatına tabi olmadan önce İsviçre yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olmuş ise, sözü edilen İsviçre sigortasına ilk defa tabi olduğu tarih, ...Türk Mevzuatına ilk defa tabi olduğu tarih sayılır.” düzenlemelerini kararına esas almıştır. Bu çerçevede de Daire, sigortalılık başlangıç tarihinin belirlenmesinde transfer olunan primlerin ilişkin olduğu sürelerin, Türkiye'de geçen sigortalılık süreleri gibi değerlendirilmesi ve İsviçre'de sigortalılığa ilk giriş tarihinin Türkiye'de de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Daire, bu nedenlerle de, ilk derece Mahkemesinin kararını bozmuştur.⁹¹

⁹¹ 10.HD, 5.4.2004T., 2004/350E. , 2004/2761K.(YKD, C.31, Sa.5, Mayıs 2005, s.702-705).

Türkiye ile Almanya arasındaki sosyal güvenlik sözleşmesinin uygulandığı konuya ilişkin bir davada Hukuk Genel Kurulu, Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların Kanun hükmünde olduğunu ve davada iki Kanunun çatışması sorununun ortaya çıktığını ifade etmiştir. Kurul’a göre; 1- Sözleşme 1.4.1987 tarihinde yürürlüğe girmekle, 3201 sayılı Kanunun 22.5.1985 tarihli 5. maddesine göre; daha sonraki yasal düzenleme olmakta ve uygulama önceliğine sahip bulunmaktadır. 2- 3201 sayılı Kanun, yurt dışında çalışan tüm Türk vatandaşları yönünden genel bir düzenleme kabul etmesine karşın, anılan Sözleşme sadece Almanya’da çalışan Türk vatandaşları için ayrı ve özel bir kural kabul etmiştir. Böylece Sözleşmedeki kural genel nitelikli kuralın yerini almıştır. 3- Sözleşme 29. maddesinin 4. fıkrası ile, açıkça Türk vatandaşlarının Almanya’da ilk defa sigortalı olarak işe başlama tarihini, Türkiye’de sigortalılık başlangıç tarihi kabul etmekle 3201 sayılı Kanuna göre daha açık, somut ve sigortalı yararına bir düzenleme öngörmüştür.

Kurul, bu görüşleri doğrultusunda Sigortalının Almanya’da ilk defa sosyal sigortaya giriş tarihinin 506 sayılı Kanunun 108. maddesine koşut olarak Türk sosyal sigortalarına giriş tarihi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹².

Kurulun önüne gelen bir başka davada, sigortalı Almanya’daki hizmetlerine ilişkin primlerini geri alarak Türkiye’ye dönmüştür. Sigortalı, borçlanma sonucunda Türkiye’deki sigorta başlangıç tarihinin Almanya’daki ilk işe giriş tarihi olarak kabul

⁹² Aslanköylü karşı oy yazısı ile bu Karara katılmadığını ifade etmiştir: “ (...) Hemen söylemek gerekirse davacı Sosyal Güvenlik Sözleşmesine göre değil 3201 sayılı Yasaya göre yaptığı borçlanma dikkate alınmak suretiyle kendisine yaşlılık aylığı bağlanmasını istemektedir. Ancak sözleşmede kabul edilen sigortalılık başlangıcının aylık bağlamada dikkate alınmasını iddia etmektedir. Borçlanma müessesesi ile Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri ayrı ayrı müesseselerdir. Her iki müessesenin düzenleme alanları başka başkadır. Giderek her iki sosyal güvenlik hakkının konuları değişiktir. Aynı konuda iki hüküm çatışıyorsa elbette sosyal güvenlik sözleşmesindeki hükme öncelik tanınacaktır. Hal böyle olunca da Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 4’üncü bendinin olayda uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Borçlanma, sigortalılara tanınan bir atıftır. Yasa Koyucu bu atıfeti tanıırken sigortalılık başlangıcı bakımından ayrı bir hüküm getirmiştir. Bu hüküm ayaktadır ve mutlaka uygulanması gerekir. Öte yandan sosyal güvenlik hakkı yasal cevaz esasına dayanır ve Yasa ne ölçüde bir hak vermiş ise, sigortalılar o kadarını kullanabilir. Ancak Yasanın yorumlanmasında kuşku varsa bu kuşku sigortalının lehine yorumlanır. Oysa somut olayda Yasanın lafzı da ruhu da çok açıktır. Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin tümü yorumlanıp uygulanmadan sadece bir maddenin bir bendi aradan çıkarılıp 3201 sayılı Yasaya monte edilemez...” YHGK, 3.11.1999 T., 654E./899K (Aslanköylü, s.2724-2726); Kurulun aynı yöndeki diğer bir Kararı için bkz. 21.3.2001 T., 232E., 272 K. (Aslanköylü, s.2720-2724), bu Karara da 10.Hukuk Dairesi Üyesi Neslihan Sever, karşı oy yazısı ile katılmadığını belirtmiştir.

edilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Kurul, Türkiye ile Almanya arasında imzalanan sözleşmenin 27. maddesinin, 28. ve 29. maddelerine göre genel nitelikte olduğunu ve öncelikle bu maddenin koşullarının yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre de; sigortalıya sözleşmenin 29. maddesinin 4. fıkrasının uygulanabilmesi için Almanya'daki hizmetlerinin tasfiye edilmemiş olması gerekmektedir. Kurul bu bağlamda, sigortalının Almanya'daki hizmetlerini tasfiye etmiş olması nedeniyle bu ülkedeki ilk çalışmaya başladığı tarihin, ülkemiz mevzuatı uyarınca sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir⁹³.

Türkiye ile Federal Almanya arasındaki Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 27. ve 29. maddelerinin yorumunun farklı yapıyor olması nedeniyle, Yargıtay'da tam bir görüş birliğine varılamamıştır. Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun konu hakkında farklı kararlar verdiği gerekçesi ile Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından, İçtihadı Birleştirmeye karar verilmiştir. Ancak içtihadı birleştirme kararı henüz çıkmamıştır⁹⁴.

Konuya ilişkin görüşlerimizi belirtmeden önce, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin hukuk sistemimizdeki yerine değinmeyi faydalı buluyoruz.

Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasında “ Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” denmektedir. Anayasamızın 90. maddesine 22.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla yeni bir fıkra eklenmiştir: “ Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

Anayasamızın anılan düzenlemeleri çerçevesinde, uluslararası sözleşmelerin hukukumuzda kanunlar karşısındaki hiyerarşik durumu tartışmalıdır⁹⁵. Doktrinde

⁹³ YHGK, 13.2.2002 T., 21E/70K. (Aslanköylü, s.2717–2720).

⁹⁴ Bkz. Aslanköylü s.2689–2692, ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s.85.

⁹⁵ Süzek, s.75.

Teziç'e göre; uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu kuralı, kanun ile uluslararası sözleşmelerin eş düzeyde oldukları anlamına gelmemektedir. Bu düzenlemenin amacı, hâkimlere bir uyuşmazlığı çözerken uluslararası sözleşmeleri Türk kanunları gibi uygulamaları gerektiğini göstererek, onları kuşkudan kurtarmaktır. Yazar; usulüne uygun yürürlüğe kolmuş sözleşmelerin Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği için, sözleşmelerin Anayasa ile birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁹⁶. Anayasanın 90. maddesine eklenen yeni fıkra konusunda Yazar, bu düzenleme ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunların üstünde değer taşıdıklarının kabul edildiğini ifade etmektedir.

Özbudun ise, Anayasamız milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesini benimsemediğini belirtmiştir. Bu bağlamda Yazar, Anayasanın anılan maddelerinin, uluslararası sözleşmeleri kanunlardan daha üstün hukuk normları olarak kabul ettiği yönündeki görüşlere katılmamaktadır⁹⁷. Ayrıca Özbudun, Anayasanın 90. maddesine eklenen yeni fıkra ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin Anayasa ile kanunlar arasında bir konuma yerleştirildiğini ve uyuşmazlık halinde anılan konudaki uluslararası sözleşmelere üstünlük tanınması gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa'ya eklenen anılan fıkra ile, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere insanlığın yaşamsal ve en önde gelen haklarını kapsamaları nedeniyle özel bir önem verilmiştir. Böylece anılan sözleşmeler kanunların üstünde kabul edilmiştir. Bu noktadan hareketle kanımızca, diğer konulardaki uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstün değil, aynı düzeyde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bağlamda doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı öne sürülemese de, bu

⁹⁶ **Teziç**, s. 9–12 (2006). Yazar, bu kitabının Anayasa'ya 22.5.2004 tarihli eklenen fıkra öncesindeki baskısında görüşlerini şu şekilde dile getirmektedir: “ (...) Kanun ile antlaşma arasında bir çatışma olduğunda, mahkemeler antlaşma hükümlerine göre karar vermelidir. Bu bakımdan Türk hukuk düzeninde milletlerarası antlaşmalar kanunlarla eş değerde değil, fakat kanunlardan üstün bir durumdadırlar...” (1991, s.9). Ancak Yazar kitabının son baskısında görüşleri bu kadar net bir biçimde belirtmemiştir. Şöyle ki Yazar, yukarıda yer verdiğimiz görüşlerinin yanı sıra şunları da dile getirmektedir: “ Milletlerarası antlaşmalar hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamaz kuralı ister istemez bunların kurallar kademelenmesindeki yeri sorununu akla getiriyor. Ancak, bunların aynı zamanda kanun hükmünde oluşları esas alınır, antlaşmalar kanunlara eş değerde sayılacaklardır.” (2006, s. 11)

⁹⁷ **Özbudun**, s. 212.

sözleşmelere aykırı iç hukukta kanuni düzenlemelerin yapılması mümkündür. Bu durum uluslar arası yükümlüklerin ihlali anlamını taşır ve devletin uluslararası alanda saygınlığını azaltır; ancak iç hukukta yapılmış sözleşmeye aykırı kanuni düzenlemelerin iptali sonucunu doğurmaz. Böyle bir durumda, yani sözleşmeler ile kanunların çatışması halinde sorun “ sonraki kanun- önceki kanun” ve “özel kanun- genel kanun” ilkesine göre çözümlenmelidir⁹⁸.

Bu bağlamda kanunlar ile usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar hariç kanun hükmünde kabul edilen tüm uluslararası sözleşmeler arasında uyuşmazlık çıkması durumunda, kıyasen uygulanacak olan anılan ilkeleri şu şekilde açıklayabiliriz:

1) Eski ve yeni her iki kanun da genel nitelikli ise lex posterior esası uyarınca sonraki kanun uygulanır.

2) Her iki kanun da özel nitelikli ise lex posterior esası uyarınca sonraki özel kanun uygulanır.

3) Önceki kanun genel, sonraki kanun özel ise lex posterior esası uyarınca sonraki özel kanun geçerli olur.

4) Önceki kanun özel sonraki kanun genel ise lex specialis esası uyarınca önceki özel kanunun uygulanması gerektiği öne sürülebilirse de, en uygun çözüm Kanun Koyucunun iradesinin araştırılmasıdır⁹⁹.

Bu bilgiler çerçevesinde Türkiye ile Federal Almanya arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesine baktığımızda, bu sözleşmenin sadece Almanya’da yaşayan vatandaşlarımızı kapsamaması nedeniyle 3201 sayılı Kanuna göre özel bir kanun hükmünde olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Öte yandan 3201 sayılı Kanunun 22.5.1985 yürürlüğe girmesine karşın, Sözleşme 1.4.1987 tarihinde yürürlüğe girmekle sonraki tarihlidir. Bu nedenlerle kanun ile sözleşme arasında uyuşmazlık çıkması durumunda sözleşmenin uygulanması gerekmektedir.

Bu bağlamda, Yargıtay Kararlarına da yansıyan Sözleşmenin ilgili maddelerinin tercümelerine yer vermeyi yararlı buluyoruz.

⁹⁸ **Süzek**, s.75–76; **Özbudun**, s. 212–213.

⁹⁹ **Bilge**, s. 137.

Sözleşmenin 27. maddesinde; “Her iki akit tarafın mevzuatına göre, hesaba katılabilir sigortalılık süreleri mevcut ise, uygulanacak mevzuata göre yardım hakkının kazanılmasında, diğer akit tarafın mevzuatına göre hesaba katılabilir sürelerden olan ve aynı zamana rastlamayan sigortalılık süreleri de dikkate alınır. Sigortalılık sürelerinin hangi ölçütler dâhilinde hesaba katılabilir (kabul edilebilir) olduğu, sürelerin hesaba kabul edilebilirliğine karar verecek akit devletin mevzuatına göre belirlenir.” hükmü yer almaktadır¹⁰⁰.

Sözleşmenin 29. maddesinin 4 no’lu düzenlemesinde ise, “Bir kişi Türk sigortasına girmeden önce Alman yaşlılık sigortasına giriş yapmış bulunuyorsa; bu durumda kişinin Alman yaşlılık sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir.” denmektedir.¹⁰¹

Bilindiği üzere sosyal güvenlik sözleşmelerinin yapılmasının genel olarak amacı akit ülkelerin vatandaşlarına ve sigortalılarına daha uygun olanaklar sağlanması ve ülkelerin kurumları arasındaki işbirliğinin artırılmasıdır. Bu nedenle anılan sosyal güvenlik sözleşmesini, Almanya’da yaşayan vatandaşlarımızı da kapsamına alan 3201 sayılı Kanundan ayrı gören yorumlara katılmıyoruz¹⁰².

Anılan Sözleşme, yedi bölümden oluşmakta olup, bu maddeler sözleşmenin beşinci bölümünde “ Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları(aylıkları)” başlığı altında düzenlenmektedir. Sözleşmenin 29. maddesinde, Türk sigorta kurumu için geçerli olan hükümler düzenlenmektedir. Bu noktada sözleşmenin 29. maddesinin 4 no’lu düzenlemesinin yalnızca 27. madde çerçevesinde uygulanabileceği görüşünü de yerinde bulmuyoruz. Çünkü bu maddenin bir ve üç no’lu düzenlemelerinde açıkça 27. maddeye atıf yapılmıştır. Eğer bu maddenin sadece 27. madde çerçevesinde

¹⁰⁰ Maddenin Almanca metni şu şekildedir. Artikel 27 “ Sind nach den Rechtsvorschriften bei der Vertragsparteien anrechnungsfähige Versicherungszeiten vorhanden, so werden für den Erwerb des Leistungsanspruchs nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften auch die Versicherungszeiten berücksichtigt, die nach den Rechtsvorschriften der anderen Vertragspartei anrechnungsfähig sind und nicht auf die selbe Zeit entfallen. In welchem Ausmaß Versicherungszeiten anrechnungsfähig sind, richtet sich nach den Rechtsvorschriften, die die Anrechnungsfähigkeit bestimmen.”.

¹⁰¹ Maddenin Almanca metni şu şekildedir: **Artikel 29/ (4)** “ Ist eine Person vor dem Eintritt in die türkische Versicherung in eine der deutschen Rentenversicherungen eingetreten, so gilt ihr Eintritt in diese deutsche Rentenversicherung als Eintritt in die türkische Versicherung.”

¹⁰² Karş. Aslanköylü’nün konuya ilişkin görüşü için bkz. dipn.92.

uygulama olanağı varsa, bu durumda ayrıca 27. maddeye atıf yapılmasına gerek bulunmayacaktır. Bu bağlamda 29. maddenin 4 no'lu düzenlemesinde, açıkça 27. maddeye bir atıf yapılmadığından ve sosyal güvenlik sözleşmesinin genel amacı da göz önüne alındığında, bu maddenin tüm olaylarda uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Başka bir ifade ile, Almanya'daki ilk sigortalılık tarihinin Türkiye'de de sigortalılık başlangıç tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan 3201 sayılı Kanunun anılan 5. maddesine, 5510 sayılı Kanunun 105/E-3 maddesi ile yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre; sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanun uyarınca borçlananların sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarihin, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir (m.5/son).

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, bu maddenin anılan fıkrasının mı yoksa sözleşmelerin ilgili maddelerinin mi uygulanacağı kanımızca uzun süre tartışılacaktır. Çünkü anılan Sözleşmeler yukarıda da belirttiğimiz gibi konuya ilişkin özel bir kanun hükmündedir. Bu durumda sonradan genel nitelikli kanunda yapılan düzenlemenin sözleşme hükmünü ortadan kaldırmayacağı söylenebilir. Ayrıca gerek 3201 sayılı Kanunun amacının gerekse sosyal güvenlik ilkelerinin bu görüşü doğruladığı da ileri sürülebilir.

Buna karşın bilindiği üzere, ülkemizin sözleşme imzalamadığı yabancı ülkelerde hizmetleri bulunan vatandaşlarımız için 3201 sayılı Kanunun 5. maddesi uygulanmaktadır. Yani bu vatandaşlarımız yönünden yeni düzenleme öncesinde de çalıştıkları ülkelerdeki ilk sigortalılık tarihlerinin, Türkiye'de de sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda Kanun Koyucunun son değişiklik ile sigortalılığın başlangıcının hesaplanması konusunda, sözleşmelerdeki anılan düzenlemelerin uygulanmasını önlemek ve farklı ülkelerde hizmetleri bulunan sigortalılar arasındaki ayrımı kaldırmak istediği sonucuna ulaşılabilir. Bu durum, uluslararası sözleşmenin ihlali niteliğini taşısa da yukarıda da belirttiğimiz üzere iç hukuk bakımından mümkündür. Böylece Kanun Koyucu uygulamada Yargıtay Daireleri'nin kararlarına yansıyan ve hatta son olarak İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun önüne gelen tartışmalara son vermek de istemektedir. Ayrıca

Kanunun 5. maddesi ile getirilen yeni düzenleme de konuya ilişkin özel bir hüküm içermektedir ve ayrıca sözleşmelere göre yeni tarihlidir.

Görüldüğü üzere esas alınacak görüşe göre iki farklı sonuç ortaya çıkmaktadır. Birincisi, uluslararası sözleşme ve sosyal güvenlik ilkeleri uyarınca sigortalının lehine olan kuralın uygulanmasıdır ki, bu durumda sosyal güvenlik sözleşmesi izin veriyorsa yabancı ülkedeki ilk sigortalılık tarihi göz önüne alınmalıdır. İkincisi ise, Kanun Koyucunun Kanuna eklediği yeni fıkra çerçevesindeki düzenleme amacının esas alınmasıdır ki, bu durumda yabancı ülkelerdeki ilk sigortalılık tarihi göz önüne alınmayacak, sigortalılık başlangıç tarihi 5. maddenin yukarıda yer verdiğimiz hükümleri uyarınca belirlenecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

Borçlanılan Sürelerin Diğer Hizmetlerle Birleştirilmesi

I-Genel Olarak:

Hizmetlerin birleştirilmesi; sigortalıların, değişik sosyal güvenlik kurumlarına bağlı geçen dağınık hizmet sürelerinin bir araya getirilmesi; bir başka ifadeyle birbirine eklenmesidir¹⁰³. Bu olanağı sigortalılara tanımak sosyal hukuk devleti için bir zorunluluktur. Çünkü çalışanların sürekli gelir elde etmelerini, devamlı olarak aynı sosyal güvenlik kurumuna bağlı olarak çalışmaları veya çalışmaya ara vermemeleri şartına bağlı tutmak hayat gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca bu kişilere çalışma hayatından ayrıldıktan sonra gelir güvencesi sağlanmaması da kendilerinin ve ailelerinin sosyal ve ekonomik bakımdan mağdur duruma düşmelerine neden olacaktır¹⁰⁴.

Tüm sosyal güvenlik kurumlarının amaçları ortak olup bireyleri sosyal güvenlik koruması altına almaktır. Amaç aynı olduğuna göre; bir kimsenin çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak geçen hizmetlerinin, yardımı yapacak kurumda birleştirilmesi gerekliliği de doğal görülmelidir¹⁰⁵. Bu hakkın tanınmaması, kanımızca Anayasanın 48. maddesinde yer alan “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” ve Anayasanın 60. maddesinde yer alan “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” hükümlerine aykırılık oluşturur¹⁰⁶. Çünkü sigortalı, primleri ve kesenekleri sosyal güvenlik hakkından yararlanmak amacıyla öder ve eğer kurum değiştiren sigortalının hizmetleri

¹⁰³ Çenberci/Uygur, s. 245.

¹⁰⁴ Ayhan, s.44.

¹⁰⁵ Aslanköylü, s.2603.

¹⁰⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bir Kararında: “Devletin görevi, sadece sosyal güvenlik kuruluşlarını kurmak veya kurdurmak değildir. Aynı zamanda sosyal güvenlik kuruluşlarını ve bunların sağladığı imkânları geliştirmek, çağdaş sosyal güvenlik ihtiyaçlarını karşılamak, sosyal güvenlik hakkını geliştirmek ve sosyal güvenlik anlayışını daha ileri aşamalara ulaştırmakta Devletin görevleri arasındadır. Şu halde, sosyal güvenlik haklarında herhangi bir kısıtlama yapmak veya sosyal güvenlik imkânlarını halen ulaştıkları düzeyden daha ileri götürecek yerde daha geri düzeylere düşürmek, Anayasamızın 48. Maddesinde öngörülen ilkeye de aykırılık teşkil eder.” denilmektedir. AMK, 25.1.1977 T., 36/2 (AMKD, Sa.15, s.62).



birleştirilmezse, kurumlara yapmış olduğu ödemeler karşılıksız kalmış olur. Dolayısıyla; gerekli düzenlemeleri yapmayan ve tüm sosyal güvenlik kurumlarını tek bir çatı altında birleştirmeyen ülkelerin bu ihmallerinin cezasını, sosyal güvenlik haklarını kaybeden veya istemedikleri işlerde çalışmak zorunda kalacak olan sigortalılar çekmiş olacaktır. Bu nedenlerle, değişik sosyal güvenlik kurumlarına bağlı geçen dağınık hizmet sürelerinin birleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

II-Hizmetlerin Birleştirilmesinin Ülkemizdeki Tarihsel Gelişimi:

1) 228 Sayılı Kanun Dönemi:

Hizmetlerin birleştirilmesi konusundaki ilk adım, 5.1.1961 tarihinde kabul edilen 228 sayılı “Emekli Sandığı ile Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunlarına Tabi Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunla”¹⁰⁷ atılmıştır. Ancak Kanunun ilk halinde yer alan bir takım hükümler nedeniyle, uygulamada bazı sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu sorunların ilki, Kanunun ihya edilecek hizmet süreleri için yürürlük tarihinden itibaren bir yıllık süre öngörmüş olmasıdır. Birçok kişi bu süreyi geçirdikleri için mağdur olmuşlardır. İkinci sorun, Kanunun prim ödenmeden geçen hizmet sürelerinin borçlanarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmesidir. Üçüncü ve en çok tartışılan sorun ise, Kanunun hizmetlerin birleştirilmesini bu hizmetlerin geçtiği kurum veya sandıklar kanunlarının her birine göre ayrı ayrı aylığa hak kazanmış olma şartına bağlanmış olmasıdır. Yani Sigortalının iki Kurum Kanununa göre de aylık bağlanması hakkına sahip olması durumunda hizmetler birleştirilebilmekteydi. Sadece bir Kurumdan aylık bağlanabiliyorsa hizmetlerin birleştirilmesi mümkün değildi¹⁰⁸.

Uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermek üzere; 15.7.1965 tarih ve 668¹⁰⁹, 28.1.1970 tarih ve 1214 sayılı Kanunlarla¹¹⁰, 228 sayılı Kanunun birçok maddesi değiştirilmiştir. Örneğin; çeşitli sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi işlerde çalışanların bu işlerde geçen sürelerinin birleştirilmesi, ilgililerce sadece son defa bağlı oldukları sandık veya kurum kanunlarına göre aylığa hak kazanmaları şartına bağlanmıştır.

¹⁰⁷ RG: 12.1.1961 T., s.10705.

¹⁰⁸ Ayhan, s. 44; ayrıca bkz. Ernam, s.439.

¹⁰⁹ RG: 24.7.1965 T., s. 12057.

¹¹⁰ RG: 6.2.1970 T., s. 13419.

Ayrıca aylık bağlama ve ödeme konusunda da sigortalının son defa tabi oldukları kurum kanunlarında yer alan esasların uygulanması kabul edilmiştir.

Ancak yapılan bu değişikliklerin de sorunların çözümünde yeterli olmaması, hatta yeni sorunlara neden olması üzerine, 228 sayılı Kanun 22 yıllık uygulamadan sonra yerini 2829 sayılı Kanuna bırakmıştır. Bu değişikliği gerektiren nedenler olarak şunlar gösterilebilir:

Birinci neden; 228 sayılı Kanunun, zaman içerisinde yeni sosyal güvenlik kanunlarının yürürlüğe girmesi ve mevcut kanunlarda önemli değişiklikler yapılması sonucunda ortaya çıkan ihtiyaçları karşılayamamasıdır¹¹¹. İkinci neden ise; sosyal güvenlik kurum kanunları ile sigortalılara ve bunların ölümü halinde hak sahiplerine sağlanan hakların ve bazı haklardan yararlanma koşullarının birbirinden farklı olması nedeniyle uygulamada ortaya çıkan bazı ihlallerin önüne geçilmesi arzusudur. Çünkü daha uygun koşullarda emekli olmak isteyen sigortalılar aylık bağlanması için gerekli hizmet yılını doldurduktan sonra bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumlarını değiştirerek; 228 sayılı Kanun uyarınca bağlı olunan son kurumdan aylık almaktaydılar. Bu durumda da, sigortalı yıllarca bir Kuruma prim ödemiş olmasına rağmen, başka bir Kurumdan ödediği primleri ile orantılı olmayan aylıklar alma olanağına sahip olmaktaydı. Bu uygulama sonucunda kurumların hesap dengeleri önemli ölçüde bozulmuştur¹¹². Bu durumu şu örneklerle ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağız:

Bilindiği üzere, Bağ-Kur Kanununa göre bağlanan aylık miktarları, 506 sayılı Kanun ve 5434 sayılı Kanun uyarınca bağlanan aylıklardan daha azdır. Ayrıca T.C Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kurumunca emeklilere ve bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerine sağlık yardımı yapıldığı halde, Bağ-Kur'dan emekli olanlara böyle bir yardım yapılmamaktadır. Bu nedenlerle de Bağ-Kur'a bağlı olarak çalışan sigortalı, Bağ-Kur ile ilgisini kesip SSK ile ilgili bir işe girerek kısa bir süre sonra emekli olmaktaydı. Böylece, 228 sayılı Kanunda yer alan sigortalıya bağlı olduğu son kurum kanunu uyarınca aylık bağlanacağı kuralı çerçevesinde, sigortalı kurum

¹¹¹ Güzel/Okur, s. 555.

¹¹² 2829 sayılı Kanunun Genel gerekçesi, 19.11.1981 T., Danışma Meclisi S. sa. 331, s.1-4.

değiştirerek bu kuralı suiistimal etmekte ve yukarıda belirtilen bütün hakları kazanmaktaydı. Buna karşın Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan aylık, Bağ-Kur'dan bağlanacak aylıktan fazla olduğundan; Bağ-Kur'un bu aylığa katılacağı miktar, kişiye kendi mevzuatına göre emekli olması halinde ödeyeceği miktarın çok üstünde olmakta ve Kurumun ekonomik dengesi bozulmaktaydı.

Diğer bir kurum değiştirme nedeni de, kurum kanunları arasında aylık hakkını doğuran hizmet süresi ve yaş yönünden farklı hükümler bulunmasıdır. Sigortalı, bağlı olduğu kurum kanununa göre belirli hizmet süresi ve yaşını doldurmamış olması nedeniyle aylığa hak kazanamadığı hallerde; diğer bir sosyal güvenlik kurumu kanununa göre aylığa hak kazanabiliyorsa, bu kuruma geçmekte; böylece kısa sürede daha fazla aylığa ve diğer sosyal yardımlara hak kazanabilmektedir.

228 sayılı Kanun yerine çıkarılan 2829 sayılı Kanunun ve bu Kanunun uygulama esaslarını gösteren yönetmeliğin, bu sorunları ne kadar çözümleyebildiği, ilerideki bölümlerde Kanuna ilişkin bilgiler verilirken tartışılacaktır.

2) 2829 Sayılı Kanun Dönemi:

2829 sayılı “Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun” , 24.5.1983 tarihinde kabul edilmiştir¹¹³. Ayrıca bu Kanunun uygulama esaslarını düzenlemek amacıyla bir de Yönetmelik çıkarılmıştır¹¹⁴. Aşağıda öncelikle günümüzde halen yürürlükte bulunan 2829 sayılı Kanun uyarınca farklı sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmet sürelerinin nasıl birleştirileceğine değinmek istiyoruz.

a) Birleştirilebilecek Hizmet Süreleri:

aa) Genel Olarak

2829 sayılı Kanunun 2. maddesi genel olarak hangi sigortalılık sürelerinin birleştirilebileceğini belirlemiştir. Buna göre sigortalı;

¹¹³ RG: 27.5.1983, s.18059.

¹¹⁴ RG: 9.12.1983, s.18246.

- a) T.C Emekli Sandığına,
- b) Sosyal Sigortalar Kurumuna,
- c) Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna(Bağ-Kur'a)

d) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun geçici 20.maddesine göre kurulan emekli sandıklarına¹¹⁵,

Bağlı olarak geçen hizmet sürelerini sadece “malullük, yaşlılık(emeklilik)¹¹⁶ ve ölüm” hallerinde sağlanacak haklar bakımından birleştirebilir. Bu bağlamda, hizmetlerin birleştirilmesinde dikkate alınacak, çeşitli süreleri ayrıntılı olarak incelemek istiyoruz.

bb) Fiili Hizmet Süresi:

Sigortalılar, herhangi bir sosyal güvenlik kanuna tabi bir işyerinde, sigorta primi ya da kesenek ödeyerek geçirdikleri fiili çalışma süreleri hizmetlerin birleştirilmesinde dikkate alınır.

cc) Fiili Hizmet Zammı Süreleri

Fiili hizmet zammı süreleri 5434 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre; ağır ve yıpratıcı bazı görevlerde bulunanların, bu işlerde geçen çalışmalarının her yılı için Kanunda belirlenen süreler, fiili hizmet sürelerine eklenmektedir¹¹⁷. Eklenen bu süreler, emeklilik işlemlerinde fiili hizmet olarak kabul edilir (m.33/II). Yani hem aylığa hak kazanmak için beklenmesi gereken süre ile bağlanacak aylıkların hesabında; hem de ikramiye bakımından fiili hizmet süreleriyle aynı sonuçları doğurur. Ancak söz konusu fiili hizmet zammı sürelerinin toplamı 8 yılı geçemez¹¹⁸.

¹¹⁵ Belirtilen sandıklar; bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların oluşturdukları birlikler personelinin malullük, yaşlılık ve ölümlerinde yardım yapmak üzere kurulan sandıklardır.

¹¹⁶ Yaşlılık nedeniyle; T.C. Emekli Sandığı ile SSK geçici 20. maddesi gereğince kurulan sandıklardan bağlanan aylığın adı emeklilik aylığı, SSK ve Bağ-Kur'un bağladığı aylığın adı ise yaşlılık aylığıdır.

¹¹⁷ **Güzel/Okur**, s.489-490.

¹¹⁸ Lokomotif makinist ve ateşçileri 8 yıl sınırlamasına bağlı değildir(m.33/II).

Fiili hizmet zammı sürelerinin 2829 sayılı Kanunun 7. maddesinde belirtilen itibari hizmet süreleri olup olmadığı; yani hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılıp katılmayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, 5434 sayılı Kanunda düzenlenen fiili hizmet zammı süreleri; emeklilik işlemlerinde fiili hizmet sayıldığından, itibari hizmetten ayrı maddelerde düzenlendiğinden ve ayrıca bu sürelerle ilişkin prim de ödendiğinden hizmet birleştirilmesinde hesaba katılır¹¹⁹. Yargıtay da son yıllarda bu doğrultuda kararlar vermektedir. Bu noktada; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu şu karara değinmekte fayda görüyoruz:

Davaya konu olayda; davacı T.C. Emekli Sandığında geçen hizmet süreleriyle bu hizmetlere bağlı olarak hak kazandığı fiili hizmet zammı sürelerinin, Sosyal Sigortalar Kurumunda geçen hizmetleri ile birleştirilerek; 506 sayılı Kanun uyarınca kendisine yaşlılık aylığı bağlanmasını istemiştir. İlk Derece Mahkemesi, fiili hizmet zammı sürelerinin fiili hizmete ekleneceği ve diğer hizmetlerle birleştirilebileceği; bunun sonucunda da davacının aylığa hak kazandığı yönünde karar vermiştir. Buna karşın; temyiz istemi üzerine Yargıtay Dairesi; fiili hizmet zammının itibari hizmet olduğunu, dolayısıyla öteki hizmetlerle birleştirilemeyeceğini ve sigortalılık başlangıç tarihinin geriye götürülmesine yol açmayacağını öne sürmüştür. Bu doğrultuda da aylık bağlanmasına ilişkin şartlar gerçekleşmediğinden ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur. Ancak ilk derece Mahkemesinin Kararında direnmesi üzerine konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca ele alınmıştır. Kurul, Kararında 5434 sayılı Kanunun 33. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “...fiili hizmet müddeti zamları, emeklilik muamelelerinde fiili hizmet sayılır...” düzenlemesine dayanarak şu kararı vermiştir:

“... Fiili hizmet zammı, itibari hizmet olmayıp, fiili hizmete eklenen bir süredir ve fiili hizmet süresi ile, bu ekleme süre, ikisi birlikte fiili hizmet sayılmaktadır. İtibari hizmet süresi, sözü edilen Kanunun 35-38’inci maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir. Fiili hizmet zammı, nitelikçe itibari hizmet sayılsa idi, 35-38 maddelerde, itibari hizmet kurumu, ayrıca düzenlenmezdi.

¹¹⁹ Araslı, s.1686–1687; Güzel/Okur, s.601–602.

Öte yandan, fiili hizmet zammı süreleri 5434 sayılı Kanunun 34/2. Maddesi uyarınca, prim alınan bir süredir. Zira, fiili hizmet zammı süresine tekabül eden istihkak toplamından, belirli oranda alınan primin, yarısı kesenek, yarısı karşılık sayılarak kurumlarınca emekli sandığına yatırılmaktadır. Diğer bir deyimle, iştirakçilerden kesenek alınmamakta karşılıkla birlikte işverenden tahsil edilmektedir.

Demek ki, fiili hizmet zammı süresi, 2829 sayılı Kanunun 7. maddesindeki “itibari hizmet ve primi ödenmemiş süre” deyimleri kapsamına girmemekte ve hizmet süreleri toplamına katılması yasaklanan sürelerden bulunmamaktadır. Şu halde, davacının fiili hizmet zamlarıyla birlikte T.C Emekli sandığına tabi olarak geçen 21 sene 1 ay 18 gün hizmet süresinin 2829 sayılı Kanunun 4’üncü maddesi çevresinde, öteki hizmet süreleri ile birleştirilmesi mecburidir.

Fiili hizmet zammı süresinin, hizmet birleştirilmesinde gözönünde tutulması, sigortalılık başlangıcına ilişkin 506 sayılı Kanunun 108 ve 2829 sayılı Kanunun 6. maddeleri kuralına da ters düşmemektedir. Sadece, sigortalılık başlangıç tarihinin farazi olarak öne alınması sonucunu doğurmaktadır. Bu da; birleştirme işleminin niteliği ve bu olayda, davacının her iki sandıkta, kesintisiz çalışmasından doğmaktadır...”¹²⁰

Konuya ilişkin diğer bir görüşe göre ise; 2829 sayılı Yasanın 7. maddesi, Kanunun amacına göre yorumlanmalıdır. Bu yöntemle yapılan yorum sonucunda bulunacak kanunun amacı; fiili hizmet zamlarının ve itibari hizmet sürelerinin hizmet birleştirmesinde dikkate alınmaması yönündedir. Çünkü bu kanunla çeşitli kurumlarda geçen sürelerin birleştirilmesi olanağı getirilmesine rağmen, çalışılmayan; ancak çalışılmış gibi kabul edilen süreler, kapsam dışında bırakılmak istenmiştir. Dolayısıyla bu sürelerin adı, ister itibari hizmet süresi; isterse fiili hizmet zammı süresi olsun sonuç değişmez¹²¹.

¹²⁰ YHGK, 15.6.1988 T., 10-270 E./ 472 K.(**Yalçınkaya**, s. 553-556). Aslanköylü’ye göre; 10.HD., son yıllarda bu içtihadından dönmüş ve fiili hizmet zammı sürelerinin sigortalılık sürelerine eklenebileceğine karar vermiştir. Bu son görüş halen geçerliliğini sürdürmekte olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı görüştedir (**Aslanköylü**, s.2610). bkz. 10.HD, 12.12.1989 T., 1911E./9094K. (**Aslanköylü**, s.2631–2632). Farklı yönde karar için bkz. 10.HD, 12.5.1986, 2750/2970 (**Yalçınkaya** s.552).

¹²¹ **Aslanköylü**, s.2609–2610.

Kanımızca; sorunun en önemli nedeni, Kanunların söz konusu sürelerle ilişkin düzenlemeleri arasında uyumun olmamasıdır. Örneğin; Sosyal Sigortalar Kanununda, “basın kartı yönetmeliğine göre basın kartına sahip olmak suretiyle gazetecilik yaparken, kamu kurumlarına giren ve bu kurumlarda meslekleriyle ilgili görevlerde istihdam edilen sigortalılar” 90 gün itibari hizmet süresine hak kazanmaktadırlar. T.C. Emekli Sandığı Kanununda ise, “basın kartı yönetmeliğine göre basın kartı sahibi olmak suretiyle gazetecilik yapanlardan memurluğa girip de, meslekleriyle ilgili görevlerde istihdam edilenler” 3 ay fiili hizmet zammı süresine hak kazanmaktadırlar (506 sayılı Kanun ek m.5/I-b, 5434 sayılı Kanun m.32/I-i).

Görüldüğü üzere, görev iki Kanunda da gazeteciliktir ve bunun için eklenecek süre de her iki Kanunda da 90 gün olarak belirlenmiştir. Ancak 5434 sayılı Kanunda bu süreler fiili hizmet zammı süreleri olarak adlandırıldığından hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılırken; 506 sayılı Kanuna bağlı çalışan bu kişilerin kazandıkları süreler, itibari hizmet süresi olarak adlandırıldığından hizmet birleştirmesinde değerlendirilememektedir¹²². Bu da; doğal olarak, bazı adaletsiz sonuçlara neden olmaktadır.

Bu konuda Yargıtay Genel Kurulunun yukarıda yer verdiğimiz Kararında ifade ettiği görüşüne göre; itibari hizmet süreleri için prim ödenmediğinden, bu süreler hizmet birleştirilmesinde dikkate alınmaz¹²³. Bilindiği üzere 5434 sayılı Kanunda da itibari hizmet süresi düzenlenmiştir¹²⁴. Kanunun 38. ve atfı ile 34.maddesinde, itibari hizmet süreleri için de aynen fiili hizmet zammı süreleri gibi prim ödeneceği öngörülmüştür. Bu durumda iki süre arasındaki ayrımın prim ödenip ödenmediğinden kaynaklanmadığı açıktır. Bu bağlamda da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun anılan gerekçesine katılmıyoruz.

Ancak 5434 sayılı Kanunda Kanun Koyucu, itibari hizmet süreleri ile fiili hizmet zammı sürelerini ayrı ayrı düzenlemiş ve bu sürelerle farklı bazı sonuçlar bağlamıştır. Dolayısıyla iki farklı sürenin olduğu görülmektedir. 2829 sayılı Kanunda

¹²² Bkz. s.79-81.

¹²³ Bkz. **Güzel/Okur**, s.602.

¹²⁴ Karş. s. 79-81.

da, sadece itibari hizmet sürelerinin hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılmayacağı yönünde açık hüküm bulunması karşısında, fiili hizmet zammı sürelerinin 2829 sayılı Kanuna göre diğer hizmetlerle birleştirilmesinin önünde yasal bir engel olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle de Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun anılan Kararındaki sonuca katılıyoruz.

Bu bağlamda değinmek istediğimiz bir diğer husus da, fiili hizmet zammı sürelerinin sigortalılık süresine eklenme yöntemidir. Bu durumu Yargıtay 21.Hukuk Dairesi'nin incelediği şu olay ile somutlaştırmaya çalışacağız:

Davacı, 1975 tarihinde SSK'ya bağlı çalışmaya başlamış; 1979- 1985 dönemini ise Emekli Sandığında geçirmiş ve 1 yıl 4 ay fiili hizmet zammına hak kazanmıştır. Sigortalı, Emekli Sandığından da ayrılmış ve tekrar SSK'ya bağlı çalışmaya devam etmiştir. Davacı, fiili hizmet zammı süresinin tüm hizmetlerini geri kaydırması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir. Daire, şu karara varmıştır:

“...Davacının tüm hizmetlerinin değerlendirilmesi sonucu, askerlik borçlanması sonucu hizmet başlangıç tarihinin 2.10.1973 tarihine ve davaya konu olan ve 1979-1985 yılları dönemine ait olan 1 yıl 4 ay 12 gün süreli fiili hizmet zammının 10 aylık bölümünün 1975-1976 dönemi sigortalı hizmetlerinin boşluğuna ve bakiye 6 ay 12 gün süreli bölümünde başka boşluk olmadığından ve hizmetlerin düzenlenmesi istemine göre ve zorunlu olarak 2.10.1973 tarihine göre götürmek suretiyle ilk başlangıç tarihi zorunlu ve düzenleme sonucu 20.3.1973 tarihinin olduğunu, böylece davacı sigortalının davaya konu olan, 1 yıl 4 ay 12 gün süreli fiili hizmet zammının hizmetler tablosuna yerleştirilmesi sonucu, davacının hizmet süresi (20.3.1973 tarihine indirgenmiş) ve bu tarihe kadar gerilemiş ve ilk başlangıç tarihinin 20.3.1973 tarihi olduğu sonucuna varılmış(tır)...”¹²⁵.

Görüldüğü üzere, fiili hizmet zammı süreleri çalışmalar arasında boşluk bulunmazsa sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmektedir. Ancak aylık bağlanması talebinden önceki dönemde geçen sigortalılık süreleri arasında boşluk

¹²⁵ 21.HD, 20.4.1999 T., 4700/2615 (Araslı, s.1699-1700).

bunması durumunda, fiili hizmet zammı süreleri buralara yerleştirilmektedir. Belirtmeliyiz ki, bu durum da, aylığın belirlenmesinde uygulanacak olan “ son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurum” esas çerçevesinde aylığın bağlanacağı sosyal güvenlik kurumunun değişmesi söz konusu olabilir¹²⁶.

dd) İsteğe Bağlı Sigortalılıkta Geçen Süreler:

İsteğe bağlı sigortalılık, zorunlu sigortalılık niteliğini yitirdikten sonra herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı çalışmayan ve bu kurumlardan kendi çalışmalarından dolayı aylık bağlanmamış kimselere belirli koşullarla uzun dönemli sigorta kolları bakımından sosyal sigortalılık ilişkisini devam ettirme hakkı tanıyan bir olanaktır¹²⁷. Bu bağlamda Sosyal Sigortalar Kanunun 85. ve Bağ-Kur Kanunun 79. maddeleri uyarınca isteğe bağlı sigortalı olanların; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödedikleri süreler, 2829 sayılı Kanun kapsamında diğer hizmetlerle birleştirilebilir.¹²⁸

ee) Canlandırılan (İhya Edilen) Hizmet Süreleri

Bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumuyla ilişkisini kestikten sonra diğer kurumlardan birinde sigortalılığını devam ettirenlerin, önceki kurumlarda birikmiş olan prim ve kesenekleri kendilerine geri verilmez; toptan ödemeleri yapılmaz (2829 sayılı Kanun m.5). Bu hizmetler, aylık bağlanması için başvuruluncaya kadar saklı tutulur (Yön.m.3). Ancak, 2829 sayılı Kanunla, sigortalılara ve ölümlerinde hak sahiplerine hayatlarını devam ettirebilmeleri için belirli ve devamlı bir gelir sağlamak amaçlandığından, bağlı olduğu kurumdan ayrılırken kesenek, prim veya toptan ödemelerini almış olanlara belirli şartları gerçekleştirerek geçmiş hizmet sürelerini canlandırma; yani bu sürelerinin, hizmetlerin birleştirilmesinde dikkate alınmasını sağlama olanağı tanınmıştır¹²⁹.

¹²⁶ Bkz. s. 86-92.

¹²⁷ Güzel/Okur, s.123.

¹²⁸ 21.HD, 25.9.2001 T., 6016/6183 (Ertürk, s. 2102).

¹²⁹ 2829 sayılı Kanunun 5’inci maddesinin gerekçesi, Danışma Meclisi, 19.11.1981 T., S. sa. 331, s.4.

aaa) Kesenek, Prim veya Toptan Ödemelerini Almış Olanlar

Eski kurumlarından kesenek, prim veya toptan ödemelerini aldıktan sonra diğer kurumlardan birinde sigortalı olanlar; istekleri üzerine kendilerine aylık bağlanacak ise istek tarihinden en az altı ay önce eski Kurumlarından aldıkları paraları kurumun mevzuatına göre ödedikleri takdirde, hizmet süreleri birleştirilir (m.5, Yön.m.3). Ancak bu haktan yararlanabilecek kişiler Kanunda özel olarak sayılmıştır. Bunlar, malullük, ölüm, 60 yaşın doldurulması veya T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden kurumlarınca re'sen ya da yaş haddinden emekliye sevk edilme nedenleriyle görevleriyle ilgileri kesilenlerdir. Bunlardan T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden ayrılan sigortalıların, ayrılma tarihten itibaren altı ay içinde eski Kurumlarına ödemeleri yapmış olmaları da gerekmektedir.

Burada dikkat çekmek istediğimiz bir konu da, ödemenin aylığı bağlayacak kuruma değil; iade edilecek paraların alındığı kuruma yapılması gerektiği ve aylığın, iadedden ancak altı ay sonra bağlanabileceğidir. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse;

1479 sayılı Kanuna göre, sigortalı olarak çalıştığı işten ayrılan; ancak malullük veya yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanamayan, kadın ise 60; erkek ise 62 yaşını doldurmuş bulunan sigortalılara, ödedikleri primler yazılı istekleri üzerine toptan ödeme şeklinde geri verilmektedir(m.39). Bağ-Kur'dan toptan ödeme aldıktan sonra; SSK'ya bağlı olarak çalışmaya başlayan sigortalının, SSK'dan aylık bağlanması talebinde bulunmadan en az altı ay önce, toptan ödeme olarak aldığı primleri faiziyle birlikte Bağ-Kur'a ödemiş olması gerekir. Böylece Bağ-Kur'da geçen hizmet süreleri, hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılır.

Bunların dışında; 506 sayılı Kanun, sadece evlenmeleri dolayısıyla toptan ödeme almış kadın sigortalılara; yine aynı Kanuna tabi bir işe girmeleri ve kendilerine verilen primleri, aldıkları tarihten itibaren % 5 faiziyle SSK'ya iade etmeleri halinde eski hizmetlerini canlandırabilme olanağını tanımıştır. Ancak maddede, "... 506 sayılı Kanuna tabi bir işe girenler(in)... eski hizmetleri 506 sayılı Kanunun tatbikatında nazara alınır." denmektedir; yani diğer Sosyal Güvenlik Kanunlarına tabi işe girenler,

bu haktan yararlanamayacaklardır(506 SK ek m.1). Kanımızca; bu madde ile amaçlanan, sadece 506 sayılı Kanuna göre aylık bağlanması halinde, canlandırılan hizmetlerin değerlendirilmesidir. Dolayısıyla hizmetlerin birleştirilmesi sonucunda, SSK'dan başka bir sigorta kurumundan aylık bağlanması söz konusu oluyorsa, canlandırılan bu süreler birleştirmede hesaba katılmaz¹³⁰.

2829 sayılı Kanun da, geçmiş hizmetlerini canlandırma ve hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılması sağlama olanağı; Kesenek, prim iadesi veya toptan ödeme alacakları zamanaşımına uğramış olan sigortalılara da tanınmıştır.

bbb) Alacakları Zamanaşımına Uğramış Olanlar

Kesenek, prim iadesi veya toptan ödeme alma hakları olmasına rağmen, gerekli koşulları sağlamadıklarından bu alacakları zamanaşımına uğrayanlar; zamanaşımına uğrayan miktarı, faizsiz alacağın olduğu kuruma ödedikleri takdirde, bunların karşılığı süreler hizmet birleştirmesinde dikkate alınır (m.5/II-b)¹³¹. Ancak istek halinde aylık bağlanacak durumda olanların, ödemelerini istek tarihinden en az altı ay önce yapmaları gerekmektedir.

Örneğin; 5434 sayılı Kanunun 87. maddesinde belirtilen nedenlerle emeklilik hakkı tanınan görevlerden ayrılanların, emekli sandığında geçen fiili hizmet süreleri ve fiili hizmet zamları toplamı 5 yılı doldurmuş; fakat 88. maddeye göre fiili hizmet süreleri 10 yılı doldurmamış ise şu durumlarda sigortalıya faizsiz olarak iade edilir:

- 1- Diğer sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışmamak
- 2- 5 yıl içinde sandıktan iade için yazılı talepte bulunmak (5434 sayılı Kanun m.87).

Ancak keseneklerini 5 yıl içerisinde geri istemeyenler, aynı zamanda diğer sosyal güvenlik kurumlarına tabi bir göreve de geçmemişlerse; T.C. Emekli Sandığı, kesenekleri zamanaşımı nedeniyle gelir kaydeder (m.117). Bu kişi, sonradan Bağ-Kur'a bağlı olarak çalışmaya başlar ve T.C Emekli Sandığında geçen bu hizmet

¹³⁰ Farklı görüş için bkz. **Güzel/Okur**, s.601.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ersan**, s.73–76.

sürelerinin, hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılmasını isterse; zamanaşımına uğrayan alacağı tutarındaki parayı, faizsiz olarak T.C Emekli Sandığına süresi içerisinde ödemesi gerekir¹³².

Belirtmeliyiz ki; 2829 sayılı Kanuna göre, hizmetlerin canlandırılması amacıyla kurumlara yapılacak ödemeler toptan olmalıdır. Yani, ödemelerin taksitle yapılmasına yasal olanak bulunmamaktadır (m.5/III). Ayrıca, sigortalının ölümü halinde hizmetlerin canlandırılabilmesi için, hak sahiplerinin 2829 sayılı Kanun uyarınca yapılan hizmet birleştirmesi sonucunda ölüm aylığına hak kazanabiliyor olmaları gerekmektedir.

Yukarıda yer verdiğimiz kuralın istisnası Kanunun 5. maddesinin son fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, kurumlardan birinden aylık bağlanmış olanlarla, aylık alma haklarını kaybetmiş olanların söz konusu devrelere ait hizmet süreleri, yapılacak birleştirmede nazara alınmaz¹³³. 2829 sayılı Kanunun madde gerekçelerinde, aylık alma hakkını kaybetmiş olanlardan maksadın; “ 5434 sayılı Kanunun 92. maddesi uyarınca; Türk vatandaşlığından çıkarılmaları, Türk Vatandaşlığını kaybetmeleri, yabancı memleket uyruğuna girmeleri, Hükümetten izin almaksızın yabancı memleketlerde görev kabul etmeleri nedeniyle emeklilik hakkı düşenlerle, sosyal güvenlik kuruluşları kanunlarında yer alan sükûtu hak süreleri nedeniyle aylık hakkını kaybedenler” olduğu ifade edilmiştir^{134 135}.

¹³² Konuya ilişkin Yargıtay’ın bir kararı da şöyledir: “Davacının 30.11.1957-1.12.1958 ve 1.6.1959-30.9.1963 tarihleri arasında Emekli Sandığına tabi çalışmalarına ilişkin keseneklerinin 5434 sayılı Kanunun 97 ve 117. maddeleri uyarınca zamanaşımına uğradığı ve zamanaşımına uğrayan bu sürelerle ilişkin olarak söz konusu hizmetleri davacının 228 sayılı Kanunun 10. maddesi ve 2829 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca zamanında ve yönteminde ihya etmemiş bulunduğu ve bu nedenle söz konusu sürelerin hizmet birleştirilmesinde kullanılamayacağı ve böyle olunca da yaşlılık aylığı koşullarının prim ödeme gün sayısı açısından oluşmadığı göz önünde tutulmaksızın... hüküm kurulması isabetsizdir...10.HD, 14.3.1989 T., 1988/4806E., 1989/2370K. (Aslanköylü, s.2632).

¹³³ Bu kuralın da istisnası, Yönetmeliğin 3. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “Kurumlardan herhangi biri tarafından malullük veya vazife malullüğü aylığı bağlananlardan, bu aylığı bağlayan kurum mevzuatına göre, aylık almakta iken veya aylığın durdurulmasına yol açan yeniden çalışma sona erdikten sonra tekrar tahsis talebinde bulunulması üzerine yapılan kontrol muayenesi sonunda malullük halinin devam etmediğinin anlaşılması nedeniyle aylığı kesilmiş bulunanlar, diğer bir kuruma girmeleri halinde hizmet birleştirilmesi hükümlerinden yararlanırlar.”

¹³⁴ 2829 sayılı Kanunun 5. maddesinin gerekçesi, Danışma Meclisi, 19.11.1981 T., S. sa. 331, s.4

¹³⁵ Aslanköylü’ye göre; aylık alma hakkını kaybetmiş olanları, aylık bağlanmış olup da yasaya aykırılığı nedeniyle aylıkları iptal edilenler şeklinde anlamak gerekir. (bkz. Aslanköylü, s.2608).

ff) Borçlanılan Hizmet Süreleri:

Hizmet borçlanmasını, sosyal sigorta kapsamı dışında kalan hizmetlerin ya da sigorta kapsamına girmesine rağmen çeşitli nedenlerle primi ödenmemiş çalışma sürelerinin; malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresine eklenerek değerlendirilmesi olanağı olarak tanımlamıştık. Bilindiği üzere, ülkemizdeki borçlanma olanakları, yurt içi ve tezimizin konusunu oluşturan yurt dışı hizmet borçlanması olarak ikiye ayrılmaktadır. İşte Kanunlarımızda tanınan bu borçlanma olanaklarından yararlanarak, kendilerine tahakkuk ettirilen primleri ödemiş sigortalıların söz konusu süreleri hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılır¹³⁶.

Yukarıda 2829 sayılı Kanun uyarınca birleştirilebilecek hizmet sürelerini inceledik; ancak Kanun özel olarak bazı sürelerin hizmetlerin birleştirilmesinde esas alınmayacağını belirtmiştir. Aşağıda bu sürelere değineceğiz.

b) Birleştirilemeyecek Süreler

Yukarıda hizmetlerin birleştirilmesinde göz önüne alınacak süreleri inceledik. Ancak belirtmeliyiz ki gerek 2829 sayılı Kanunda gerekse diğer bazı Kanunlarda, özel olarak belirtilmiş birtakım sürelerin hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılmayacağı düzenlenmiştir. Aşağıda bu süreleri inceleyeceğiz.

aa) Aynı Tarihe Rastlayan Süreler

2829 sayılı Kanunun 4. maddesinde hizmetlerin birleştirilebilmesi için, değişik kurumlarda geçirilen sürelerin aynı tarihe rastlamaması gerektiği belirtilmiştir. Başka bir ifade ile sigortalı, aynı tarihleri birden fazla sosyal güvenlik kurumuna bağlı olarak geçirmişse; bu sürelerden yalnız biri birleştirmede dikkate alınır. Örneğin kişi aynı sürede hem bir işyerinde çalıştığı için Sosyal Sigortalar Kurumuna hem de bağımsız işletmesi nedeniyle Bağ-Kur'a bağlı bulunmuşsa, bu iki sürenin toplamının hizmetlerin

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.5–9.

birleştirilmesinde göz önüne alınmasını isteyemez. Çünkü aynı sürenin iki kez değerlendirilmesi, sosyal güvenlik prensiplerine aykırı bir durum yaratmaktadır¹³⁷.

Ancak bu durumda da çakışan sürelerden hangisinin değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümünde de Yargıtay Daireleri arasında görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Yargıtay 10.Hukuk Dairesi sorunu, “ekonomik yönden baskın olma” ölçütüne göre çözümlemiştir. Konuya ilişkin Dairenin önüne gelen bir davada; davacı, aynı dönemde hem Sosyal Sigortalar Kurumuna hem de Bağ-Kur’a bağlı olarak çalışmıştır. Daire; iki sigortalılığın çakışması durumunda, kişinin ekonomik yaşamında baskın ve egemen olan çalışmasına öncelik verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Daire, sigortalının vergi kayıtlarını, buna bağlı vergi beyannamelerini ve sosyal sigortalı çalışmalarını karşılaştırmayan ilk derece Mahkemesinin Kararını usul ve yasaya aykırı bulmuştur¹³⁸.

Yargıtay 10.HD’nin önüne gelen bir davada, davacı sigortalı Tarım Bağ-Kur sigortasıyla kesişen 346 günlük sigortalılık süresi dikkate alınmadan 15.5.1989-31.12.1999 tarihleri arası Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun ve 2829 sayılı Kanun uyarınca hizmetlerin birleştirilmesine gerek olmaksızın Tarım Bağ-Kur’dan yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitine karar verilmesini istemiştir. Daire, Tarım Bağ-Kur Kanunun 6/b maddesinin, diğer bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışılmaya başlanıldığı tarihten itibaren Tarım Bağ-Kur sigortalılığının sona ereceği düzenlemesine dayanarak, bu 346 günlük sürenin SSK’ya bağlı geçtiğini belirtmiş ve eksik araştırma nedeniyle ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur¹³⁹.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi ise, bu durumda “ önceden başlayan sigortalılık ilişkisine” göre sorunu çözmektedir. Dairenin incelediği bir davada, davacı bir limited şirket ortağı olarak zorunlu Bağ-Kur sigortalısı iken, sonradan bir işte çalışmaya başlayarak zorunlu Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı da olmuştur. Daire, hukuk sistemimizde aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna bağlı olunmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak da, 506 sayılı Kanunun 3.

¹³⁷ 2829 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin gerekçesi, Danışma Meclisi, 19.11.1981 T., S.sa. 331, s.4.

¹³⁸ 10.HD, 25.5.1993 T. , 14229/5868 (Araslı, s.1710).

¹³⁹ 10.HD, 6.4.2004 T., 2004/253 E., 2004/2829 K.(Yayınlanmamıştır).

maddesinin 1/ F ve K bentleri ile 1479 sayılı Kanunun 24/I-II. maddesi gösterilmiştir. Bu doğrultuda Daire, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 3.10.2001 tarihli, 2001/21-627 E., 2001/659K. sayılı Kararına da dayanarak, önceden başlayıp devam eden sigortalılığa geçerlilik tanınması gerektiği ve Bağ-Kur zorunlu sigortalılığı ile çakışan SSK zorunlu sigortalılığının iptaline ilişkin Kurum işleminin doğru olacağı görüşündedir¹⁴⁰.

bb) Primi Ödenmemiş Süreler

2829 sayılı Kanunun 7. maddesinde, primi ödenmemiş sürelerin hizmet birleştirilmesine katılmayacağı belirtilmiştir. Primi ödenmemiş sürelerden maksat; çalışılan sürelerle ilişkin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenmeden geçirilmiş olan sürelerdir.

cc) Destek Primi Ödenmiş Süreler

Kural olarak; yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıkları çalışmaya başladıkları tarihte kesilir. Ancak; Sosyal Sigortalar Kanunu, bu kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre; 506 sayılı Kanun uyarınca yaşlılık aylığı almakta olanlar, sigortalı bir işte çalışmaya başarlarsa yazılı olarak başvurmaları ve Sosyal Güvenlik Destek Primi ödemeleri şartıyla, Kurumdan aylıklarını almaya devam ederler (m.63/B)¹⁴¹. Ancak, bu şekilde geçirilen süreler, sigortalılık süresinden sayılmaz ve 2829 sayılı Kanun uyarınca hizmet birleştirilmesinde değerlendirilemez (m.63/B-IV).

10. Hukuk Dairesi, konuya ilişkin bir kararında; Bağ-kur'dan malullük aylığı almakta olan bir sigortalının, aynı zamanda sosyal güvenlik destek primi ödeyerek Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı olarak çalışmakta iken ölmesi halinde, hangi kurumdan yaşlılık aylığı bağlanacağına ilişkin olarak şu görüşlere yer vermiştir:

¹⁴⁰ 21.HD. 23.1.2006 T., 2005/7594 E., 2006/147K. (Yayınlanmamıştır).

¹⁴¹ Zaten yaşlılık aylığı alan bu sigortalılar, sigortasız işçi olarak çalıştırılmazlar. Çalışmaya başladıklarında ya aylıkları kesilecek ve tüm primleri ödemeye devam edecekler ya da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek, aylıklarını ve çalışmaları karşılığı ücretlerini alacaklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz.**Güzel/Okur**, s.398-403 .

“ Gerçekten 2829 sayılı Yasanın 7.maddesi hükmü gereğince ölüm aylığının, hizmet sürelerinin sonuncusunun tabi olduğu kurumca kendi mevzuatına göre bağlanması gerektiği öngörülmüştür. Ancak sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler sigortalılık süresinden sayılmaz. Bu durumda olanlar hakkında da hizmetlerin birleştirilmesi hakkındaki 2829 sayılı Kanun uygulanmaz. Hal böyle olunca davacının murisinin belediyede geçen çalışmaları az önce değinilen yasa hükümleri gereğince sigortalılık süresinden sayılmaz ve giderek Bağ-Kur’daki hizmetiyle birleştirilemez. Hizmetler birleştirilemeyeceğine göre de davacıya, ölüm aylığının Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanması mümkün değildir. Bağ-Kur’ca bağlanması yasal zorunluluktur.”¹⁴²

dd) İtibari Hizmet Süreleri

İtibari hizmet süreleri, bazı ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanların; daha erken emekli olabilmelerini sağlamak amacıyla, sigortalılık sürelerine eklenen çalışılmadan geçirilmiş farazi sürelerdir. Bu süreler, 506 sayılı ve 5434 sayılı Kanunlarda düzenlenmiştir¹⁴³.

2829 sayılı Kanunun 7. maddesine göre; itibari hizmet süreleri, hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılmaz (ayrıca Yön.m.6). Ancak SSK’nın konuya ilişkin Genelgesinde; “Fiili hizmet zamları birleştirme kapsamında bulunduğundan, 5434 sayılı Kanuna göre verilen fiili hizmet zamları ile 506 sayılı Kanuna göre maden işyerlerinde çalışanlara verilmekte olan dörtte bir oranındaki prim ödeme gün sayıları, hizmet sürelerinin birleştirilmesinde nazara alınır.” denmektedir¹⁴⁴. 506 sayılı Kanunda, fiili hizmet zammı düzenlenmediğinden; söz konusu maden işçilerine

¹⁴² 10.HD, 16.6.1994 T., 1132E./12080K. (Aslanköylü, s.2629); ayrıca bkz. 21.HD., 4.19.1999 T., 3835/6519(Arslı, s.1696).

¹⁴³ 506 sayılı Kanunda itibari hizmet sürelerine ilişkin düzenlemelerin bir kısmı yaşlılık aylığı ilgili bölümde, bir kısmı da daha sonra getirilen ek maddelerde yer almıştır. 5434 sayılı Kanunda ise itibari hizmet sürelerine ilişkin düzenlemeler 35. ve 38. maddeler arasında yer almaktadır.

¹⁴⁴ Genelge no:12, V. Bölüm “2829 sayılı Kanuna Göre Hizmetlerin Birleştirilmesi ve Kurumlara Bildirilmesi”.

tanınan bu süreler itibari hizmet süreleridir¹⁴⁵. Dolayısıyla, SSK'nın bu genelgesiyle kanımızca, 2829 sayılı Kanunun 7. maddesine aykırı bir düzenleme yapılmıştır¹⁴⁶.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, önüne gelen bir davada itibari hizmet sürelerinin hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılamayacağına şu gerekçeler ile karar vermiştir:

*“ Davanın yasal dayanağı 228 sayılı Yasanın 1214 sayılı Yasa ile değişik 4 ve 2829 sayılı Yasanın 7'inci maddesidir. Anılan maddelerde, birleştirilecek hizmet süreleri toplamına itibari hizmetlerin katılamayacağı öngörülmüştür. Yasanın bu açık hükmüne göre, itibari hizmet sürelerinin birleştirmede değerlendirilemeyeceği açık-seçiktir...”*¹⁴⁷.

Ayrıca 2829 sayılı Kanunun 7. maddesinin Gerekçesinde, şu görüşe yer verilmiştir: “İtibari hizmet süresi, Sosyal Güvenlik Kuruluşlarının Kanunlarında, bağlanacak aylığın hesabında nazara alındığı halde, aylığa hak kazanabilmek için gerekli hizmet süresinin hesabında dikkate alınmayan süreler olup bu sürelerin, müşterek aylık bağlamada da, aylığa hak kazanabilmek için gerekli hizmet süresinin hesabında nazara alınmaması için, açık hüküm getirilmiştir.”¹⁴⁸ Ancak, Sosyal Sigortalar Kanununun ek 5. maddesi bu görüşün tam tersi bir düzenlemeyi içermektedir: “ 506 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların, aşağıda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında

¹⁴⁵ Bkz.**Güzel/Okur**, s.385.

¹⁴⁶ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bir kararında, çalışılmamış olmasına rağmen; sigortalıların hizmetlerine eklenen sürelerin, hangi tür hizmet sürelerinden olduğunu bizzat tespit etmiştir. Bu kararda şu görüşlere yer verilmiştir: “... 3575 sayılı Yasanın 19'uncu maddesi hükmü gereğince, maddede belirlenen hizmetlerin, olağan hizmetin 1,5 katı olarak kabul edilmesi öngörülmüştür. Buradaki buçuk'tan amaç, birleştirme yasalarında kullanılan teknik deyiimiyle, 'itibari hizmet' tir...2829 sayılı Yasanın 7.maddesi birleştirmede, itibari hizmetlerin gözönünde tutulmayacağı esasını benimsemiştir. Mahkemece bu hukuksal esasların göz ardı edilmesi isabetli sayılmaz. Gerçi, mahkeme hükmünde 'hizmetlerin birleştirilmesi' sözcüklerinden değil, anılan hizmetin emeklilik işleminde 1,5 katı olarak gözönünde tutulması esasını dile getirmiştir. Ne var ki, pratik açıdan bu ikisinin arasında bir ayrım yapmak imkansızdır ve 3575 sayılı Yasa dönemindeki hizmetlerin emeklilik döneminde 1,5 katı olarak gözönünde tutulmasının anlamı, birleştirmede itibari hizmetlerin dahi gözönünde tutulması gereğinin bir başka biçimde anlatımıdır.” 10.HD., 17.4.1984 T., 1335/2147(**Çenberci**, s.695).

¹⁴⁷ 10.HD., 6.6.1985 T., 3315/5508(**Yalçınkaya**, s.556).

¹⁴⁸ 2829 sayılı Kanunun 7. madde gerekçesi; Danışma Meclisi, 19.11.1981 T., S.sa. 331, s.5.

gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir...”¹⁴⁹. Görüldüğü üzere maddede itibari hizmet sürelerinin sigortalılık süresine ekleneceği açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle 2829 sayılı Kanunun çıkarıldığı dönemdeki Kanun Koyucunun da itibari hizmet süresini tam olarak kavrayamadığı görüşündeyiz.

ee) Görevden Dolayı Meydana Gelen Riskler Halinde Süreler

2829 sayılı Kanun 11. maddesi uyarınca, görevden dolayı meydana gelen malullük, ölüm, iş kazası ve meslek hastalığı hallerinde hizmet birleştirmesi yapılmaz. Çünkü bu hallerde sigortalılara, zaten aylık bağlanmakta; bunun sonucunda da sigortalılar sosyal güvenlik açısından devamlı bir gelire ulaşmaktadır. Dolayısıyla, aylığa hak kazanmak için, ayrıca hizmetlerinin birleştirilmesine gerek yoktur¹⁵⁰.

Ancak, 506 sayılı Kanunun 92. maddesinin ikinci fıkrasına göre ayrıca aylık bağlanması gereken hallerde birleştirme yapılabilir (m.11/II). Yani iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından aylık bağlananlar, ayrıca yaşlılık, malullük, ölüm sigorta kollarında aylığa hak kazanabilecekler ise, diğer sosyal güvenlik kuruluşlarında geçmiş hizmetleri bu Kanun uyarınca birleştirilebilir. Çünkü Sosyal Sigortalar Kanununa göre, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası ile yaşlılık, malullük, ölüm sigortaları için ayrı ayrı prim ödenmektedir. Örneğin; sigortalı hem yaşlılık aylığına, hem de iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından gelire hak kazanmışsa, bunlardan yüksek olanın tamamı, düşük olanının ise yarısı verilir (m.92/II).

ff) Aylık Alma Hakkının Kaybı ve Kullanılmış Süreler

Aylık alma hakkını kaybetmiş olanlarla, kendilerine Kurumlardan birinden aylık bağlanmış olanlar; yeniden başka bir sosyal güvenlik kurumunda çalışmaya

¹⁴⁹ Ek 5’inci madde 5434 sayılı Kanuna 2098 sayılı Kanunla sonradan eklenmiştir. (RG: 24.8.1977 T., s.16037) Madde şöyledir: “ 506 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların, aşağıda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir...”.

¹⁵⁰2829 sayılı Kanunun 11. maddesinin Gerekçesi; Danışma Meclisi, 19.11.1981 T., S.sa. 331, s.5.

başlarsa, aylık bağlanması için kullanılmış veya düşmüş olan hizmet süreleri, birleştirmede yeniden dikkate alınamaz (m.5/b-IV) ¹⁵¹.

Uygulamadaki durumu ortaya koyması bakımından; Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin şu kararını belirtmekte fayda görüyoruz:

“ 2829 sayılı Yasanın 4.maddesine göre hizmet birleştirilmesinin sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazandığı zaman yapılabileceğini, bu durumda hizmet birleştirilmesinin yapılabilmesi için sigortalının daha önce emekli olmaması icap eylediği, işbu davamızda ise davacının Bağ-Kur Kurumundan emekli olduğu ve emekli maaşını iki yıl süreyle aldığını ve bunu aldıktan sonra emekli maaşını kestirip başka bir güvenlik kuruluşunda sigortalı olarak çalışmaya başladığı ve başka bir güvenlik kuruluşundan yararlanmaya çalıştığı, son olarak çalışmış olduğu SSK’daki çalışmaları ile daha önceki Bağ-Kur’ daki hizmetlerinin birleştirilerek son çalıştığı güvenlik kuruluşundan emekli olma gayesi güdüldüğü, bu durumda bir güvenlik kurumundan emekli olduktan sonra başka bir güvenlik kurumunda sigortalı çalışma halinde emekli olduktan sonraki çalışmaların daha önce çalıştığı güvenlik kurumundaki çalışmaları ile birleştirilmesinin mümkün olamayacağı, Yasanın bu duruma imkan vermediğinin, yerleşmiş Yargıtay içtihatları ve dosyadaki tüm belgelerden anlaşılmış olmakla....” ¹⁵²

gg) 1479 Sayılı Kanunla Tanınan 10 Yıllık Borçlanma Süresi

Bağ-Kur Kanunun ek geçici 4. maddesine göre; isteğe bağlı sigortalı olanlardan, 4.5.1979 tarihinde kadın iseler 40, erkek iseler 45 yaşını geçenler, sigortalı oldukları tarihten geriye doğru on yıllık sürenin tamamını veya istedikleri kadarını ¹⁵³ borçlanabilirler. Ancak bu süreler sadece Bağ-Kur’dan aylık bağlanması durumunda, diğer kurumlarda sigortalı olarak geçirilen hizmet süreleriyle birleştirilebilir. Yani bu süreler, diğer kurumlardan aylık bağlanması amacıyla hizmetlerin birleştirilmesinde hesaba katılmaz (2829 sayılı Kanun geçici m.3).

¹⁵¹ Karş.s. 72-75.

¹⁵² 21.HD, 26.1.1998 T., 8532/245 (Arash, s.1702).

¹⁵³ 10 yıldan az sürenin borçlanılabilmesinin mümkün olduğu yönündeki görüşler için bkz. 10.HD, 31.10.1980 T., 5175/6246 (YKD. Mart 1981,s.312). Ayrıca, ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, (Bağ-Kur Sigorta Yardımları) s.107–110.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, 2926 sayılı Kanunun aynı tür borçlanmaya olanak tanıyan geçici 1. maddesine ilişkin, ilginç bir yorum yapmıştır. Her ne kadar; bu madde, 24.7.2003 tarihli 4956 sayılı Kanun ile kaldırılmış da olsa; emsal teşkil edebileceği düşüncesiyle Daire'nin şu kararını belirtmekte yarar görüyoruz:

Karara konu olayda; davacı, 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanuna tabi sigortalı iken, bu Kanunun geçici 1. maddesi uyarınca geçmiş 10 yıllık hizmet süresini borçlanmış ve primlerini ödemiştir. Daha sonra kişi, 1479 sayılı Kanunun 79. maddesi gereğince isteğe bağlı sigortalı olmuştur. Davacı, bu sürelerinin birleştirilmesini talep etmektedir. Yargıtay, söz konusu olaya ilişkin kararında şu görüşlere yer vermiştir:

“(...).Gerçekten, davanın yasal dayanağını oluşturan 2926 sayılı Yasanın geçici 1.maddesinin son fıkrasında; borçlanılacak süreler, diğer Sosyal Güvenlik Kanunlarına tabi bir işe girerek, o Kanuna tabi Kurum veya Kuruluşlardan aylığa hak kazananların 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre birleştirilecek hizmetlerine dahil edilmez hükmü öngörülmüştür. Öte yandan, borçlanılan hizmetleri birleştirilmeyecek sigortalıların, zorunlu sigortalılar olduğu, isteğe bağlı sigortalıların kapsamı dışında tutulduğu maddede sözü geçen “borçlanılacak süreler diğer Sosyal Güvenlik Kanunlarına tabi bir işe girerek” sözcüklerinin içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır. Zira, isteğe bağlı sigortalılar, bir sosyal güvenlik kanununa tabi bir işe girerek eylemli olarak çalışan kimseler değildir. Anılan sigortalılar, aktif sigortalılar olmayıp pasif sigortalılardır. Ancak, tabi olduğu Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına bazı sigorta kollarından prim ödemektedirler ve bu nedenle Sosyal Sigortalar Kanununun 1.maddesinde öngörülen sosyal sigorta yardımlarının tümünden yararlanamazlar. Yasa koyucu bu nedenle, borçlanılacak hizmetler yönünden, isteğe bağlı sigortalılar; 2926 sayılı Yasanın geçici 1.maddesi kapsamı dışında tuttuğu, başka bir anlatımla, isteğe bağlı sigortalılar için borçlanılacak hizmetlerin, birleştirmede nazara alınması gerektiğini öngörmüştür.

Nitekim 2829 sayılı Yasanın geçici 3.maddesinde benzer nitelikteki bir borçlanmanın Bağ-Kur tarafından bağlanacak aylıklar yönünden değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Hal böyle olunca, isteğe bağlı sigortalı olarak 1479 sayılı Kanuna tabi kurumdan yaşlılık aylığına hak kazanan davacının, 2926 sayılı Yasanın geçici 1.maddesi gereğince borçlandığı 10 yıllık hizmetini 2829 sayılı Kanun hükümleri gereğince birleştirilecek hizmete dâhil edilmesi gerektiği ortadadır(...)"¹⁵⁴

Bu kararın Karşı Oy Yazısında ise; “aktif sigortalıya tanınmayan bir hakkın, isteğe bağlı sigortalıya hiç tanınmaması gerekir.” denmektedir.

Daire’nin anılan yorumu sonucunda şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Sigortalı, söz konusu maddeler uyarınca borçlanır ve sonradan başka bir kurumda isteğe bağlı sigortalı olursa; borçlandığı bu süreler, aylık bağlanmasında hesaba katılacaktır. Ancak bu kurumda fiilen çalışırsa bu süreler hesaba katılmayacaktır. Kanımızca; bu durum adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır ve maddenin sadece lafzına bakılarak yapılan bu yorum doğru değildir.

Bize göre; sigortalının söz konusu sürelerinin birleştirilmesi, ancak 2829 sayılı Kanunun geçici 3. maddesi çerçevesinde mümkündür. Bu maddede; “...Bağ-kur’dan bağlanacak aylıklar hariç...” denmektedir. Zaten; 2926 sayılı Kanun uyarınca da, aylıklar Bağ-Kur tarafından bağlandığından, bu hüküm gereğince hizmetlerin birleştirilmesi mümkündür ¹⁵⁵.

hh) 18 Yaşından Önceki Süreler

2829 sayılı Kanunun 6. maddesine göre; “Kurumlardan herhangi birinde sigortalı olunan tarih, sigortalılık süresinin başlama tarihidir”. Yani; sigortalılık süresi, sigortalının Sosyal Güvenlik Kurumlarından herhangi birine; emeklilik keseneği veya malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemek suretiyle kurumlarda sigortalı olduğu tarihte başlar¹⁵⁶.

¹⁵⁴ 21.HD, 4.6.2001 T., 2395/4374 (YKD, Nisan 2002, s.597-599).

¹⁵⁵ Ayrıca bkz. **Okur**, s.282–283 (2001 Karar değerlendirmeleri).

¹⁵⁶ 2829 sayılı Kanunun 6. maddesinin Gerekçesi, Danışma Meclisi, 19.11.1981 T., S.sa. 331, s.4.

Ancak, maddenin ikinci fıkrası ile sigortalılık süresinin başlangıç tarihine, 506 sayılı Kanunun 60. maddesinde yapılan değişiklik paralelinde yaş kısıtlaması getirilmiştir. Buna göre; emeklilik veya yaşlılık aylığına hak kazanılıp kazanılmadığının tespitinde, 18 yaşından önce Kurumlarda geçen süreler dikkate alınmaz. Bu kuralın iki istisnası vardır: Birincisi; 5434 sayılı Kanunun ek 7. maddesi kapsamına girip de bir meslek öğrenimi görerek, meslekleri ile ilgili görevlerde kazai rüşd kararı almak suretiyle 15 yaşını doldurduktan ve 1.12.1970 tarihinden sonra T.C. Emekli Sandığına tabi göreve girenlerdir. İkincisi ise, 1.4.1981 tarihinden önce sigortalı olarak tescil edilmiş bulunanlardır (Yön.m.4).

c) Aylığa Hak Kazanma

2829 sayılı Kanunun 4. maddesine göre; “ Kurumlara tabi çeşitli işlerde çalışmış olanların hizmet süreleri,...aylık bağlanmasına hak kazanıldığında birleştirilir.” Yani; eğer birleştirme sonucu sigortalı, emeklilik, malullük, yaşlılık veya ölüm aylığından birine hak kazanamıyorsa birleştirme yapılmaz¹⁵⁷. Bunun tespiti için, aylık bağlaması gereken Kurumun Kanununa göre aylık bağlanmasının mümkün olup olmadığına bakılmalıdır¹⁵⁸. Ayrıca, 2829 sayılı Kanuna göre, hizmetlerin birleştirilebilmesi için sigortalının veya onun ölümü halinde hak sahiplerinin, aylığı bağlayacak kurumdan birleşme yapılmasını istemeleri gerekmektedir.

Ayrıca özellikle belirtmek istediğimiz bir diğer konu da, yurt dışında geçen sürelerini borçlanan sigortalılar bakımından, gerek 2829 sayılı Kanun gerekse 5510 sayılı Kanunlar uyarınca hizmetlerin birleştirilmesi durumunda 3201 sayılı Kanunda belirtilen aylık bağlanması koşullarının da yerine getirilmesi gerekir. Yani yurt dışı hizmetlerini borçlanan sigortalı hem 3201 sayılı Kanunda belirtilen aylık bağlama

¹⁵⁷ Yargıtay kararına konu olayda sigortalı, faizsiz konut kredisi alabilmek için gerekli olan 10 yıllık sigortalılık süresini doldurmadığından kurum kredi talebini reddetmiş, mahkemenin talebi kabul eden kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur. Daire bozma kararında, 10 yıllık sigortalılık koşulunun gerçekleşmemiş olduğunu, diğer sosyal sigorta konularındaki sürelerin bu açıdan birleştirileceğine ilişkin bir kuralın, yasa ve yönetmelikte yer almadığını, 2829 sayılı Yasanın birleşme sonucu aylık bağlanabiliyorsa uygulanabileceğini, bunun dışında uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Karardaki karşı oy yazısında ise aksi görüş savunulmaktadır. 10.HD, 15.12.1989 T., 3282/9171 [**Güzel/Okur**, s.604(dipnot 15)].

¹⁵⁸ **Tunçomağ**, s.259.

koşullarını hem de aylığı bağlayacak Kurum mevzuatında yer alan koşulları yerine getirmek zorundadır¹⁵⁹.

d) Aylığı Bağlayacak Kurumun Tespiti

Hizmetlerin birleştirilmesinin en önemli sonucu, sigortalılara veya onların ölümü halinde hak sahiplerine (eş, çocuk, anne ve baba) aylık bağlanmasıdır. Böylece sigortalıların, hem değişik kurumlarda geçen hizmet süreleri değerlendirilmiş hem de kendilerinin ve ailelerinin gelecekleri güvence altına alınmış olmaktadır.

Aylığı bağlayacak Kurum, kural olarak 8. maddenin birinci fıkrasındaki yöntemlere göre tespit edilir. Ancak bazı özel durumlarda, aylığı bağlayacak Kurumun tespitinde farklı bir yöntem kabul edilmiştir (m.8/II). Biz de; konunun daha iyi anlaşılması bakımından, iki yöntemi ayrı başlıklar altında incelemeyi faydalı görüyoruz.

aa) Genel Kural

2829 sayılı Kanun, çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi 228 sayılı Kanundan farklı bir yöntem belirlemiş; aylığı bağlayacak Kurumun tespitinde, “son defa tabi olunan Kurum” esası yerine, “son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurum” esasını kabul etmiştir¹⁶⁰ ¹⁶¹. Buna göre; aylığı bağlayacak Kurum, sigortalının emeklilik tarihinden geriye doğru prim veya kesenek ödeyerek geçirdiği son yedi yıllık fiili hizmet süresinden (360x7=2520 günden), fazla olanının geçirildiği kurumdur (Yön.m.7, Genelge 12). Burada dikkat edilmesi gereken, son yedi yıllık fiili hizmet süresinin, takvim yılı olarak anlaşılması gerektiğidir.

¹⁵⁹ Bkz. s.101 vd.

¹⁶⁰ Meclis görüşmeleri sırasında; bu madde de yer alan “son yedi yıllık fiili hizmet süresi” kriteri üzerine çetin tartışmalar geçmiştir. Bir Danışma Meclisi Üyesinin; “Yedi yıllık sürenin tespitindeki kriter nedir? Bu süre sekiz veya altı yıl neden değildir?” sorusuna, Komisyon Sözcüsü şöyle cevap vermiştir: “Tabii, bunun için gerçekçi bir yıl bulmak güçtür; ancak muvazaayı önlemek bakımından 7 yıl orta yol olarak kabul edilmiştir. Bu, 9 da olabilir, 6 yıl olursa çok kısa olur kanısındayız... herhangi başka bir izahı yoktur.”(KMTD, B:87, O.1, 21.4.1983, S.594, 602–606).

¹⁶¹ Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında; 228 sayılı Kanunun yürürlük tarihinde kazanılan bir hakkın; 2829 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ve farklı hükümler öngörmesine karşın, ortadan kalkmayacağını kabul etmiştir. 10.HD., 6.5.1986 T., 2487/2907 (**Yalçınkaya**, s.580-581).

Yani sigortalının son yedi yılında 2520 gün sigortalı hizmeti yoksa, bu hizmet süresine ulaşıncaya kadar son yedi yıldan önceki yıllara da gidilebilmektedir. Belirlenen hizmet sürelerinin eşit olması halinde, eşit hizmetlerden sonuncusunun geçirildiği kurum tarafından aylık bağlanır.

Örneğin, sigortalının son 2520 gün fiili hizmet süresinin; 500 gününün SSK'ya, 1300 günün Bağ-Kur'a, 720 günün de Emekli Sandığı'na bağlı olarak geçmesi durumunda, sigortalı Bağ-Kur'dan emekli olur.

Nitekim, bu kuralın uygulanmasına ilişkin bir Yargıtay Kararı da şöyledir:

“Davacının 1.11.1973 ila 30.12.1983 tarihleri arasında T.C Emekli Sandığına tabi olarak çalıştığı ve 3660 gün prim ödediği, 1971 yılında 45 gün, 1972 yılında 360 gün, 1973 yılında 300 gün 1984 yılında 176 gün, 1989 yılında 180 gün, 1990 yılında 68 gün 1993 yılında 170 gün 1996 yılında da 150 gün olmak üzere toplam 1449 gün sigortalı olarak çalıştığı ve primlerini ödediği 31.5.1996 tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı, talebinde bulunduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık aylık bağlayacak kurumun belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı belirgin olarak 2829 sayılı Yasanın 8.maddesidir... maddede öngörülen yedi yıllık fiili hizmet süresinin tespitinde; ‘takvim yılı’ değil çalışılan ve primi ödenmiş fiili hizmet yılının esas olacağı tartışmasıdır.

Somut olayda, davacının son yedi yıllık fiili hizmet süresinin toplamı olan 2520 günün içinde fiili hizmet süresi fazla olan Kurumun T.C Emekli Sandığı olduğu, başka anlatımla davacının aylık bağlanmasını istediği 31.5.1996 tarihinden geriye doğru yedi yıllık fiili hizmet süresi 1260 günden fazla olan fiili hizmet süresinin T.C. Emekli Sandığına tabi olarak geçtiği, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde Kuruma(SSK) tabi olarak geçen sürenin ise, 744 gün olduğu açık-seçiktir....”¹⁶²

Uygulamada ortaya çıkan en önemi sorunlardan biri de; 2925 sayılı “Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa” bağlı geçen sürelerin, yukarıda anılan 8. madde

¹⁶² 21.HD, 3.2.1997 T., 254/511 (Yalçınkaya,s.567-568); aynı yönde bkz. 21.HD, 24.4.2001 T., 622/3230 (Ertürk, s.2104); 10.HD, 25.9.1990 T., 4127/7836 (Araslı, s.1709-1710).

uyarınca aylığı bağlayacak Kurumun tespitinde, 506 sayılı “Sosyal Sigortalar Kanununa” bağlı geçen sürelerle birlikte hesaplanıp hesaplanamayacağıdır. Yargıtay Daireleri bu konuda birbirleriyle çelişen Kararlar vermiştir.

Bunlardan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin Kararına konu davada uyuşmazlık; 2829 sayılı Kanunun uygulanmasında, 2925 sayılı Tarım Sigorta Kanuna göre geçen sürelerin, 506 sayılı Yasaya göre geçen sürelerle aynı tür hizmet olarak kabul edilip edilmeyeceği konusuna ilişkindir. Çünkü süreler aynı tür kabul edildiğinde son yedi yıllık fiili hizmet süresine bakıldığında; sigortalıya, Sosyal Sigortalar Kurumundan (SSK); farklı kabul edildiğinde ise Bağ-Kur’dan aylık bağlanacaktır. İlk derece Mahkemesi, her iki sürenin aynı tür sigortalılık olarak değerlendirileceği görüşü çerçevesinde, davacının SSK’dan yaşlılık aylığına hak kazandığına karar vermiştir.

Daire ise; Sosyal güvenlik sistemimizin, sigortalıları gösterdikleri müşterek özelliklere göre ayrı ayrı Sosyal Güvenlik Kanunlarına tabi kıldığını ve farklı statüde kabul ettiğini bildirmiştir. Ayrıca Daire, 506 sayılı Kanun ile 2925 sayılı Kanunların bağımsız olduğunu, bu nedenle de sürelerin birlikte değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu ve aşağıda belirtilen Gerekçelerle Yargıtay 21. Hukuk Dairesi sigortalıya Bağ-Kur’dan aylık bağlanması gerekirken, SSK tarafından aylık bağlanmasının kabulünü usul ve Kanuna aykırı bulmuştur:

“...Öte yandan, Tarım sektöründe bulunanlar, iki grup içerisinde ele alınmışlar Tarımda kendi adına çalışanlar ise 2926 sayılı Yasa çerçevesinde Tarım Bağ-Kur’lu kabul edilmişler, Tarımda süreksiz hizmet akdiyle çalışanlar ise, 2925 sayılı Yasaya göre Tarım sigortalısı biçiminde ele alınmışlardır. (...)Belirtilen bütün yasal sistemler, kendine özgü koşul ve statü kabul etmişler, birbirlerinden kesin sınırlarla ayrılmışlardır. Bu sistemlerde, getirilen sigorta kolları ve kapsamı da, benzer olmakla birlikte, birbirlerinin aynısı bulunmamaktadır. Ancak, kimi yasalarda, farklı sigortalılık esasları kabul edilmesine karşın, farklı sosyal güvenlik yasalarının uygulanması bir sosyal güvenlik kurumuna bırakılmıştır. Örneğin; 506 sayılı Yasaya tabi sigortalıların sosyal güvenlikleri ile 2925 sayılı Yasaya tabi Tarım sigortalılarının sigorta işlemleri aynı kurum sosyal sigortalar kurumunca yerine getirilmektedir. Ne var ki, bu durum, her iki yasaya tabi sigortalıların aralarındaki

farklılığın kaldırıldığı anlamında kabul edilmemelidir. Her iki yasanın bağımsız olarak, uygulanmaları sürdürülecek ve kabul ettikleri esaslar dahilinde uygulama yapılacaktır. Bu yönden, ayrı sistemlerin aynı kurumca yerine getirilmesi, her iki sistemin aynı olduğu yolunda yorumlanamaz. Nitekim, 2925 sayılı Yasanın 38.maddesi bu durumu açıkça benimseyip ifade etmiştir...”¹⁶³.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin Kararına konu olayda ise; davacı sigortalı son 7 yıllık fiili hizmet süresi içinde 1230 gün 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununa, 360 gün 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa ve 930 günde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasına bağlı olarak çalışmıştır. Dava konusu uyumsuzluk, sigortalıya hangi sosyal güvenlik kurumundan aylık bağlanacağı noktasında toplanmaktadır. Daire Kararında, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununun 38. maddesinin, bu Kanununa bağlı olarak geçen hizmet sürelerinin diğer Sosyal Güvenlik Kurumlarında geçen hizmetlerle 2829 sayılı Kanuna uygun bir biçimde birleştirilmesine olanak tanıdığını belirtmiştir. Ayrıca 2925 sayılı Kanunun 40. maddesiyle, bu Kanunun uygulanması görevi Sosyal Sigortalar Kurumuna verilmiştir. Bu bağlamda Kurul, 2829 sayılı Kanunda birleştirilecek sürelerin Kurumlarda geçen süreler olduğunu belirtmiş ve bizim de katıldığımız aşağıdaki şu sonuca ulaşmıştır:

“...Buna göre davacının Tarım işçileri sosyal sigortalar yasasına tabi geçen hizmetleri ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasına tabi geçen hizmetleri aynı kurumda geçmiş olmakla ve aralarında yasal açıdan bir fark bulunmamaktadır. Böylece 2829 sayılı Yasanın 8. Maddesi yönünden yapılacak değerlendirmede anılan her iki hizmet süresi ayrı ayrı değil birlikte göz önünde tutulmalı ve aylık bağlayacak kurum buna göre belirlenmelidir. Dava konusu olayda, davacının Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi hizmetleri Bağ-Kur’a göre daha fazla bulunduğundan yaşlılık aylığı bağlaması gereken kurumda Sosyal Sigortalar Kurumudur...”¹⁶⁴

Yukarıda yer verdiğimiz Kararlardan görüldüğü üzere, Daireler arasında sigortalıları açıkça etkileyecek bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. Kanımızca; Yargıtay Dairelerinin anılan Kararları arasındaki bu açık çelişkinin, 2829 sayılı Kanunun

¹⁶³ 21.HD, 28.9.1998 T., 3651/5867 (Araslı, s.1698-1699).

¹⁶⁴ 10.HD, 12.5.1992 T., 7869/5402 (Yalçınkaya, s.584).

yürürlükte bulunduğu dönemde İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmesi gerekmektedir. Ancak 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile bu sorun fiilen ortadan kalkacaktır. Bu görüşümüzün gerekçelerine aşağıda 5510 sayılı Kanun dönemini incelerken değineceğiz.

bb) Özel Durumlara İlişkin

Kanun, kişilerin iradesi dışında meydana gelen;

1- Malulen emeklilik,

2- Ölüm nedeniyle dul ve yetim aylığına hak kazanma,

3- 5434 sayılı T.C Emekli Sandığı Kanununa göre, kurumlarınca yaş haddi sebebiyle resen emekliye sevk edilme,

4- Sigortalıların bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumlarının kanunla değiştirilmesi,

Durumlarında, yukarıda anılan genel kuraldan ayrılarak, aylığın eskiden olduğu gibi son kurum tarafından bağlanmasını öngörmüştür (Yön.m.7, Genelge 12).

Ancak, sigortalının bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı geçen hizmet süresinin, diğer hizmetlerle birleştirilmeden aylık bağlanması için yeterli olması durumunda, ilginin iradesine öncelik verilecektir. Yani bu durumda sigortalı veya hak sahipleri, bağlı olunan son kurumdan değil, önceden bağlı bulunulan Kurumdan aylık bağlanmasını talep edebilirler.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, önüne gelen bir davada sigortalının hak sahipleri, sigortalının Bağ-Kur'a bağlı çalışırken ölmesine rağmen, SSK'ya bağlı çalışmalarının tek başına aylık bağlanmasına yetmesi nedeniyle bu Kurumdan aylık bağlanmasını talep etmişlerdir. İlk derece Mahkemesi bu talebi kabul etmesine rağmen, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararı bozmuştur. Mahkemenin direnmesi üzerine, Kurul, böyle bir durumda sigortalının veya hak sahiplerinin Kurumu seçme haklarının olduğunu kabul etmiştir. Kurul, Karar gerekçelerinde Kurumların sigortalılara sağladıkları sosyal güvenceleri karşılaştırmış ve Sosyal Sigortalar

Kurumunun en kapsamlı korumaya sahip kurum olduğunu; bu nedenle de sigortalının hak sahiplerinin bu Kurumu seçmelerinin de doğal olduğunu belirtmiştir¹⁶⁵.

Konuya ilişkin bir başka davaya konu olayda, sigortalının Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı geçen hizmetleri tek başına aylık bağlanmasına yetmektedir. Buna karşın SSK, sigortalının son yedi yılda en çok hizmetinin Bağ-kur'da bulunduğu gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Buna karşı sigortalının açtığı dava, ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Davalı kurumun temyizi üzerine Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, kanunun 8. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Kurumun temyiz itirazlarını yerinde görerek Kararı bozmuştur.

Ancak ilk derece Mahkemesinin Kararında direnmesi üzerine, dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir. Kurul, öncelikle SSK'dan bağlanacak aylığın Bağ-Kur aylığından yüksek olduğunu ve Dairenin bozma kararında dayandığı Kanundaki sözcükten hareket edildiğinde, sigortalıya Bağ-Kur kapsamına alındığı tarihten itibaren birikmiş prim ile gecikme zamları toplamını kuruma ödemesi külfetinin yüklenmiş olacağını belirtmiştir. Kurul'a göre, bu durum sosyal güvenlik sistemi ile yasanın amacına aykırıdır. Kurul, anılan ve aşağıda yer verdiğimiz gerekçeler ile ilk derece Mahkemesinin Kararını yerinde bulmuştur:

“(...) Özel Daire, söz ve deyimlerin lafzi anlamına sıkı sıkıya bağlanarak yasa maddesini yorumlayıp sonuca kavuşmuştur. Ne var ki, çoğu defa tek başına metinden hareket ederek yorum yoluyla başvurma sağlıklı sonuca kavuşmayı önleyebilir. Yasanın amacı sözle (lafızla) çelişiyorsa, söze değil öze önem vermek gerekir. Yorumda asıl olan, adalete uygun sonuca kavuşmak olmalıdır.

Bir kanun hükmünün, yasaya konuluş amacına aykırı sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve yasanın hem sözü ve hem de özü ile uygulanmasını ön gören MK'nın 1.maddesine uygun olmaz.

¹⁶⁵ YHGK, 5.11.1997 T., 698E./895K. (Aslanköylü, s.2616–2618).

...Esasen, 2829 sayılı Yasanın amacı hiçbir kurumdaki hizmeti aylık bağlamasına yeterli olmayan sigortalı ve hak sahiplerine aylık bağlanmasını sağlamak ve değişik kurumlardaki hizmetler birleştirilerek ziyan olmasını önlemektir. Yasa ile sosyal güvenlik sağlayarak kişileri yaşadıkları toplum içinde insan onuruna yaraşır şekilde onu başkalarına muhtaç etmeyecek asgari bir hayat standardı sağlanmak istenmiştir. Aksinin düşünülmesi Anayasanın “ sosyal güvenliğin bir insan hakkı olduğuna” ilişkin ilkesine de aykırılık oluşturur. Nitekim aynı ilkeden hareket edilerek kişilere askerlik hizmetinden veya yurt dışı hizmetlerinden, yaşlılık aylığı bağlanmasına yetecek kadar süreyi borçlanarak değerlendirme olanağı tanınmış, tüm süreyi borçlanma zorunluluğu konmamıştır.¹⁶⁶”

Bilindiği üzere, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile mevcut tüm sosyal güvenlik kurumları, Sosyal Güvenlik Kurumu adı altında birleştirilmiş; 5510 sayılı Kanunla da diğer Sosyal Güvenlik Kurumlarının uygulamasını şekillendiren Kanunlar tek bir Kanunda toplanmaya çalışılmıştır. Aşağıda 5510 sayılı Kanun uyarınca hizmetlerin birleştirilmesi konusu incelenecektir.

3) 5510 Sayılı Kanun Dönemi:

a) Genel Olarak:

5502 sayılı Kanun ile sosyal güvenlik kurumlarının birleştirilmesi ön görüldüğünden ve bunun sonucunda farklı kurumlar ortadan kalkacağından ileride hizmetlerin birleştirilmesine de gerek olmayacaktır. Bu nedenle de, 2829 sayılı Kanunun, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 106/5. maddesi ile yürürlükten kaldırılması öngörülmüştür. Ancak Kanunu yürürlükten kaldırmayı öngören bu madde, Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarih, 2006/111E. ve 2006/112 K. sayılı Kararı uyarınca memurlara ilişkin çeşitli maddelerin iptali üzerine uygulama olanağı kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dolayısıyla 2829 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanun ile yeni bir düzenleme yapılmadığı sürece yürürlükte kalacaktır.

¹⁶⁶ YHGK, 6.3.2002 T., 2002/21-132 E. ve 2002/139 K. (Yayınlanmamıştır).

Anayasa Mahkemesinin anılan iptal Kararına ilişkin genel gerekçesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin diğer sigortalılar ile aynı hukuksal durumda bulunmamalarına karşın aynı sisteme bağlı kılınmalarının Anayasaya aykırı olduğudur. Bu gerekçe Kararda şu şekilde dile getirilmektedir:

“(...)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 bulunsa da amacı ve özellikleri bakımından önemli farklılıklar gösterdiği bir gerçektir. Bu farklılıklarına karşın emekli maaşının hesaplanmasında da yaş, hizmet süresi ve emeklilik kesenekleri gibi hususların belirleyici olması doğaldır.

Yasa koyucunun, 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.”

Ancak bilindiği üzere, 5510 sayılı Kanunda Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararı doğrultusunda değişiklik yapma çalışmaları sürmektedir. Memurlar bakımından

sosyal güvenlik düzenlemesinin 5510 sayılı Kanun içerisinde mi, yoksa farklı bir Kanun biçiminde mi yapılacağı henüz netlik kazanmamıştır. Bu bağlamda iki farklı durum söz konusudur.

Bunlardan birincisi, memurların sosyal güvenliklerinin farklı bir kanunla düzenlenmesidir ki, bu durumda yine 2829 sayılı Hizmetlerin Birleştirilmesi Kanununa ihtiyaç bulunacaktır. Başka bir ifadeyle bu durumda, halen yürürlükte bulunan 2829 sayılı Kanunun kaldırılmasına gerek kalmayacak ve Kanun uygulamasını sürdürecektir.

İkincisi ise, 5510 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler sonrasında bu Kanunun yürürlüğe girmesidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, bu durumda 5502 ve 5510 sayılı Kanunların yürürlük tarihinden sonra farklı kurumlarda geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi sorunu kalmayacaktır. Ancak bu durumda da, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce değişik kurumlarda geçen sürelerin nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Özellikle belirtmek isteriz ki, 5510 sayılı Kanunun ayrıntılı düzenlemeler içeren 2829 sayılı Kanunu kaldırarak olmasına rağmen, geçiş hükümlerini sistemli bir biçimde düzenlememiştir. Bu durumun ileride bazı sorunlara yol açacağı kanaatindeyiz. Bu sorunlardan en önemlisi, Kanunun yürürlük tarihi olan 1.1.2008 tarihinden önceki süreler bakımından yürürlükten kaldırılrsa dahi 2829 sayılı Kanunun uygulanmasının mümkün olup olmadığıdır. 5510 sayılı Kanun maddelerde dağınık olarak geçiş hükümleri öngörmüşse de, yukarıdaki soruna tam olarak cevap vermemektedir.

5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde, sigortalının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen sürelerdeki prim ödeme gün sayılarına veya fiili hizmet süresine ait aylığın, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki kanun hükümlerine göre geçen toplam prim ödeme gün sayısı veya fiili hizmet süresi üzerinden hesaplanacağını belirtilmiştir. Bu bağlamda, Kanunun kendi yürürlük tarihinden önceki dönem için hizmetlerin geçtiği dönem Kanunlarının uygulanmasını kabul etmiş olduğu düşünülebilmektedir.

Öte yandan 5510 sayılı Kanunun “ 506, 1479, 5434, 2925, 2926 sayılı Kanunlara ilişkin ortak geçiş hükümleri” başlıklı geçici 7. maddesinde; bu Kanunlara bağlı olarak geçen hizmet sürelerinin, fiili hizmet zammı sürelerinin, itibari hizmet zammı sürelerinin, borçlandırılan sürelerin, sigortalılık sürelerinin ve sigortalılık başlangıçlarının 5510 sayılı Kanun kapsamında geçmiş sayılacağı belirtilmiştir. Yine Kanunun geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasında; bu Kanunun yürürlük döneminde aylık bağlanması talebinde bulunulduğunda, sigortalının emeklilik tarihinden geriye doğru son yedi yıllık fiili hizmet süresinden en fazla hizmetin geçtiği sigortalılık durumuna ilişkin yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının sigortalıya uygulanacağı belirtilmiştir. Bu ifadeden de geçmiş hizmetlerin birleştirilmesinin 5510 sayılı Kanun uyarınca yapılacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Şunu belirtmeliyiz ki, 2829 sayılı Kanunun bazı düzenlemeleri 5510 sayılı Kanun içerisinde de değişik maddelerde yer almaktadır. Ancak 5510 sayılı Kanun ile, 2829 sayılı Kanunda bulunmayan ve hizmetlerin birleştirilmesinde uygulanacak yeni bazı düzenlemeler de getirilmiştir.

Bu bağlamda zaman içerisindeki uygulama ve kanun değişiklikleri sonucunda geçmiş hizmetler yönünden 2829 sayılı Kanunun uygulanması gerekirse yukarıda yer verdiğimiz bu Kanuna ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar yürürlüğünü devam ettirecektir. Buna karşın hizmetlerin birleştirilmesinde 5510 sayılı Kanunun uygulanacak olması durumunda ise, her ne kadar 2829 sayılı Kanunun geçmiş uygulamasından yararlanılacaksa da, getirilen yeni düzenlemeler de olaylara uygulanacaktır. Bu bağlamda aşağıdaki bölümde, 5510 sayılı Kanunun bugünkü şekliyle hizmetlerin birleştirilmesinde uygulanması durumunda getireceği yenilikleri incelemeyi yararlı buluyoruz.

b) Fiili Hizmet Zammı Süreleri:

5510 sayılı Kanunda da fiili hizmet zammı süreleri ile itibari hizmet süreleri ayrımı bulunmaktadır. Ancak yukarıda belirttiğimiz karışıklıkları gidermek amacıyla; Kanun Koyucu 506 sayılı Kanunda bulunan itibari hizmet sürelerini de, fiili hizmet zammı süreleri olarak kabul eden bir düzenlemeye gitmiştir (5510 SK. m.40). Buna göre; maddede bazı işler ve bunun karşılığında sigortalıya tanınan fiili hizmet zammı süreleri gösterilmiş ve eklemelerin nasıl yapılacağı maddede açıklanmıştır. Buna

göre fiili hizmet zammı süresi, uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında prim gün sayısına eklenir. Ayrıca bu sürenin yarısı, toplamı üç yılı geçmemek kaydıyla emeklilik yaş hadlerinin indirilmesinde hesaba katılır.

Ancak hesaplanan fiili hizmet zammı süresi, 8 yılı geçemez. Bu kuralın da tek istisnası Maden işyerlerinde sürekli ve münavebeli çalışanlar yönünden 360 gün için öngörülen 180 günlük fiili hizmet zammı süresidir. Yani bu durumdaki çalışanların fiili hizmet zammı süresinin toplamında sınır bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, 5510 sayılı Kanunun anılan 40. maddesindeki düzenleme ile fiili hizmet zammı süresinin sigortalılık süresine eklenmesine ilişkin uygulamaya son verilmiş¹⁶⁷ ve bu sürelerin sadece prim ödeme gün sayısına eklenmesi esası kabul edilmiştir. Bu bağlamda 5510 sayılı Kanun uyarınca fiili hizmet zammı süreleri hizmetlerin birleştirilmesinde göz önüne alınmayacaktır.

c) İtibari Hizmet Süreleri:

Belirttiğimiz gibi, Kanun Koyucu 506 sayılı Kanunda bulunan itibari hizmet sürelerini de, fiili hizmet zammı süreleri olarak kabul eden bir düzenlemeye gitmiştir. Ancak 5510 sayılı Kanunun 49. maddesinde de, 5434 sayılı Kanunun hükümleri esas alınarak “itibari hizmet süreleri” ayrımı yer almaktadır. 5510 sayılı Kanuna göre, itibari hizmet süreleri sadece bağlanacak aylıkların ve yapılacak toptan ödemelerin hesabında fiili hizmet sürelerine eklenmek suretiyle göz önüne alınır. Yoksa bu süreler, malullük, yaşlılık ve ölüm aylığı bağlanması için gerekli prim gün sayısı, yaş ve emekli ikramiyesi hesabında dikkate alınmaz (m.49/3). Görüldüğü üzere, bu süreler 5510 sayılı Kanun uyarınca da ileride aylık bağlanacak sigortalılığın belirlenmesinin gerekeceği durumlarda dikkate alınmayacaktır. Bu durumda 5510 sayılı Kanunun da, itibari hizmet sürelerinin hizmetlerin birleştirilmesinde göz önüne alınmayacağını kabul etmiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Bkz. s.67-72.

¹⁶⁸ Karş. s.79-81.

d) Aynı Tarihe Rastlayan Süreler:

Bu konu 5510 sayılı Kanunun 53. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede; sigortalının Kanunun 4. maddesinde yer alan sigortalılık durumlarından birden fazlasına bağlı olarak çalışması halinde hangi sigortalılığa öncelik tanınacağı belirtilmektedir. Bu düzenlemenin geçmiş hizmetlere uygulanması durumunda ortaya şu sonuç çıkmaktadır:

- 1- Eğer sigortalının 5434 sayılı Kanun Kapsamında sigortalılığı varsa, bu sigortalılığa öncelik tanınır¹⁶⁹(53/1).
- 2- Eğer yukarıdaki durum söz konusu değilse, ilk önce başlayan sigortalılık esas alınır (53/1).

Sigortalının, bu maddeye göre tabi olacağı sigortalılık durumundan başka bir sigortalılık için prim ödemiş olması halinde, ödenen primler yukarıdaki yöntem uyarınca bulunacak sigortalılık durumu için ödenmiş ve burada geçmiş kabul edilir(m.53/3).

e) Aylığa Hak Kazanma

Bilindiği üzere, 2829 sayılı Kanun uyarınca hizmetlerin birleştirilmesi ancak aylık bağlanmasına hak kazanıldığında birleştirilmekteydi. Ancak 5510 sayılı Kanunda, hizmetlerin birleştirilmesinin aylığa hak kazanıldığında yapılacağına veya ilgilinin başvurusunun gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, kurumların birleştirilmesinin bir sonucu olarak hizmetlerin de birleştirilmesi gerekir. Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Kanunun yürürlük tarihi ile birlikte, hizmetlerin birleştirilmesi durumunda yukarıda Yargıtay Kararlarına da yansıyan birçok sorunun ortaya çıkması muhtemeldir.

¹⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 T., 2006/111E. ve 2006/112 sayılı Kararı ile 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin c bendi iptal edilmiştir. Her ne kadar Mahkeme tarafından 53. maddenin anılan fıkrası iptal edilmiş olmasa da, kanımızca maddenin birinci fıkrasının da iptali gerekirdi. Buna karşın 52. maddenin ikinci fıkrasının uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

f) Aylığı Bağlayacak Kurumun Tespiti

5510 sayılı Kanun, yürürlük tarihinden önce sigortalı olanları üç gruba ayırmıştır. Buna göre; Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce,

a) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa bağlı olanlar her türlü hak ve yükümlülükleri ile bu Kanunun 4'üncü maddesini birinci fıkrasının a bendi kapsamında,

b) 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu(Bağ-Kur) ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesaba Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanuna bağlı olanlar her türlü hak ve yükümlülükleri ile bu Kanunun 4. maddesini birinci fıkrasının b bendi kapsamında,

c) 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa bağlı olanlar her türlü hak ve yükümlülükleri ile bu Kanunun 4. maddesini birinci fıkrasının c bendi kapsamında¹⁷⁰,

Kabul edilirler (geçici 1'inci madde).

Anılan Madde de sigortalıların sigortalılık durumları bu şekilde tespit edildikten sonra; Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce geçen hizmetler ile sonra geçecek hizmetlerin nasıl birleştirileceği anlatılmıştır. Kanunun geçici 1.maddesinin ikinci fıkrasına göre;

“ Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce çalışmaya başlayıp bu tarihten sonra aylık bağlanması talebinde bulunanlardan birinci fıkrafta belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarından hangisinin uygulanacağı, en son sigortalı sayıldığı tarihten geriye doğru son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde en fazla hizmetin geçtiği sigortalılık hali, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise, son sigortalılık durumu esas alınarak belirlenir.”

Anılan bu düzenleme, aylığın bağlanacağı kurumun tespiti için 2829 sayılı Kanunda öngörülen genel kurala paralel bir düzenlemedir. Yani, 5510 sayılı Kanunun yürürlük döneminde aylık bağlanması talebinde bulunulduğunda, sigortalının emeklilik

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 T., 2006/111E. ve 2006/112 sayılı Kararı ile 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin c bendi iptal edilmiştir.

tarihinden geriye doğru son yedi yıllık fiili hizmet süresinden (360x7=2520 günden), en fazla hizmetin geçtiği sigortalılık durumuna ilişkin yaşlılık aylığına hak kazanma şartları sigortalıya uygulanacaktır. Bu Kanunda da son yedi yıllık fiili hizmet süresi, takvim yılı olarak değil; sigortalı olarak geçen süreler esas alınarak belirlenecektir. Dolayısıyla gerekirse son 7 takvim yılının öncesine de inilebilir¹⁷¹.

Ayrıca, Maddenin ikinci fıkrasında geçen sigortalılık durumu da, birinci fıkrada belirtilen sisteme göre belirlenecektir. Bu bağlamda yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay Dairelerinin, sigortalının 2925 sayılı “Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa” bağlı geçen sürelerin 506 sayılı “Sosyal Sigortalar Kanununa” bağlı geçen sürelerle birlikte hesaplanıp hesaplanamayacağı konusunda verdikleri çelişkili Kararlarına değinmek istiyoruz.

5510 sayılı Kanunu geçici 1. maddesi çerçevesinde, bu süreler Kanunun 4. maddesini birinci fıkrasının a bendi kapsamında geçen süreler olarak kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, süreler aynı sigortalılık durumu içerisine alınmıştır. Kanun bu durumda, özel bir düzenleme ile dolaylı da olsa geçmişe etkili olmaktadır. Şöyle ki, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra; geçmiş süreler ile bu Kanun döneminde geçen süreler arasındaki bağlantı Kanunun geçici 1. maddesi çerçevesinde kurulacağından, bu sürelerin sınıflandırılması yine 5510 sayılı Kanuna göre yapılmalıdır. Bu bağlamda da; 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce, 2925 sayılı Kanun ve 506 sayılı Kanuna bağlı geçen sürelerin, anılan geçici 1. madde uyarınca birlikte hesaba katılması gerektiği kanaatindeyiz.

5510 sayılı Kanunun getirdiği yeniliklerden bir diğeri de, geçici 2. maddesinin e bendindeki düzenlemesidir:

“...Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanuna göre yurt dışı hizmet borçlanması yapan sigortalıların bu sürelerinin, bu Kanuna göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına belirlenmesinde, şayet borçlanma yapılan sürelerden önce sigortalılıkları varsa en son sigortalılık

¹⁷¹ Karş. s. 86–90.

haline göre, şayet sigortalılıkları yoksa bu Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir.”

Bilindiği üzere, yurt dışı borçlanılarak değerlendirilmesi ile sigortalılık süreleri geriye yürüdüğünden, 5510 sayılı Kanun öncesinde geçen sigortalılık süreleri ortaya çıkacaktır. Kanun Koyucu işte bu sorunu gidermek amacıyla, yukarıdaki düzenlemeyi getirmiştir. Bu düzenleme de büyük oranda, 3201 sayılı Kanunun eski 3. maddesine paralel bir düzenlemedir. Ancak bu düzenlemede ev kadınları için ayrı bir hüküm getirilmemiştir. Bu bağlamda ev kadınları, 5510 sayılı Kanunun 4.maddesinin a bendi kapsamında “ Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan” sigortalılardan sayılmaktadırlar. Yani eskiden ev kadınları Bağ-Kur Kanunu bağlı iken, bu yeni düzenleme ile 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önceki süreler yönünden Sosyal Sigortalar Kanununa bağlı sigortalılar olarak kabul edileceklerdir.

5510 sayılı Kanundaki diğer bir düzenleme de, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk defa sigortalı sayılanlardan 4. maddede yer alan sigortalılık hallerinden birden fazlasına bağlı olarak çalışmış bulunan sigortalıların aylık bağlanma taleplerinde, en son sigortalı sayıldığı tarihten geriye doğru en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık halinin esas alınacağıdır (m.53/son).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yurt dışı hizmetlerini borçlanan sigortalı hem 3201 sayılı Kanunda belirtilen aylık bağlama koşullarını hem de aylığı bağlayacak Kurum mevzuatında yer alan koşulları yerine getirmek zorundadır. Bu bağlamda aşağıda 3201 sayılı Kanunda yer alan aylık bağlama koşullarını incelemeyi yararlı buluyoruz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Aylık Bağlanması ve Yurda Kesin Dönüş

I- Aylık Bağlanması

1- Genel Olarak:

3201 sayılı Kanunun sigortalıya aylık bağlanması koşullarını düzenleyen 6. maddesi de, 5510 sayılı Kanunun 105/E-6 maddesi ile değiştirilmiştir. Buna göre; 3201 sayılı Kanun uyarınca yurt dışı hizmetlerini borçlanarak değerlendiren sigortalıya aylık bağlanabilmesi için şu koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir:

- Yurda kesin dönülmüş olması,
- Kurum tarafından tahakkuk ettirilen döviz borcunun tamamının süresinde ödenmiş olması,
- Tahakkuk ettirilen borcun tamamının ödenmesinden sonra yazılı istekte bulunulması.

Tabii ki yukarıdaki koşulların yerine getirilmesinin yanında, aylığı bağlayacak olan kurum kanunun öngördüğü prim ve gün sayısı gibi koşulların da tamamlanması gerekmektedir. Tüm koşulları yerine getirenlerin aylıkları yazılı istek tarihini takip eden aybaşından itibaren başlatılmak üzere 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine göre bağlanır (m.6/A).

Değinmek istediğimiz bir diğer konu da, aylık bağlanması için Türk vatandaşlığının zorunlu olup olmadığıdır. Sosyal Sigortalar Kurumunun yayınladığı Genelgeye göre; yurt dışı hizmet borçlanması yapmış; fakat daha sonra Türk vatandaşlığından çıkarılmış veya vatandaşlık hakkını kaybetmiş olanlara, bu Kanun uyarınca borçlandıkları hizmetleri dikkate alınarak aylık bağlanmayacaktır. Ayrıca Genelgede sigortalının aylık bağlandıktan sonra Türk vatandaşlığından çıkması



durumunda da bağlanmış bulunan aylığının durdurulacağı belirtilmiştir (Genelge m.2)¹⁷².

Ancak Genelgedeki bu düzenlemeler, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle kanaatimizce geçerliliğini yitirecektir. Çünkü 5510 sayılı Kanunun geçici 7. maddesiyle şu yeni düzenleme getirilmiştir:

“ Türk vatandaşı olarak borçlanma talebinde bulunan ve kendilerine emekli aylığı bağlanan sigortalıların sonradan ıskat dışında başka bir devlet vatandaşlığını kazanmaları halinde de aylıkları ödenir”.

Görüldüğü üzere, bu düzenleme ile ıskat durumu dışında, yabancı ülke vatandaşlığına geçen sigortalılara aylıklarının ödenmeye devam edeceği öngörülmüştür. Böylece bu düzenleme ile vatandaşlık durumunun, aylık bağlanması ile ilgisi ortadan kaldırılmaktadır. Dolayısıyla kanımızca, vatandaşlıktan çıkarma ve vatandaşlığın kaybettirilmesi durumları(ıskat) dışında yabancı ülke vatandaşlığına geçen sigortalılara aylık bağlanmalıdır. Çünkü bu düzenleme bir Kanun maddesine dayanmaktadır. Bilindiği üzere Genelgeler, Kanunlara aykırı hüküm taşıyamazlar. Dolayısıyla, bu durumda 5510 sayılı Kanunun getirdiği düzenlemeye üstünlük tanımak gerekmektedir ¹⁷³.

Tezimizin bu bölümünde, 3201 sayılı Kanunun sigortalıya aylık bağlanması için öngördüğü özel koşulları ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. İlk olarak gerek 2147 sayılı Kanun gerekse 3201 sayılı Kanun dönemlerinde Yargıda ve Doktrinde sıkça tartışılan yurda kesin dönüş koşuluna değinmeyi faydalı buluyoruz. Bilindiği üzere borçlanma aşamasında yurda kesin dönüş koşulunu, daha önceki bölümlerde incelemiştik ¹⁷⁴. Aşağıda da, bu koşulun aylık bağlanması aşamasındaki rolüne değineceğiz.

¹⁷² Yurt dışı hizmet borçlanmaları hakkında genelge, No:8-17.

¹⁷³ 5510 sayılı Kanunun geçici 7. maddesi ile ilgili diğer yorumlarımız için bkz. s.34-35.

¹⁷⁴ Ayrıca bkz. s.40-45.

2- Yurda Kesin Dönüş Koşulu:

2147 ve 3201 sayılı Kanunların en önemli amacının; yıllarca yurt dışında çalışmasına veya ev kadını olarak bulunmasına rağmen hiçbir sosyal güvenceye hak kazanamayan vatandaşlarımıza ve ailelerine, anavatanlarına geldiklerinde sosyal güvenlik korumasından yararlanabilme olanağını tanımak olduğunu belirtmiştik.

Kanunların bir diğer amacı da, vatandaşlarımızın yurt dışında yaptıkları birikimlerini döviz olarak yurda getirmektir. Ancak 2147 sayılı Kanun döneminde, sigortalılara yurt dışında yaşarken de aylık alabilme hakkı tanınmıştır. Bu durumda anavatandan alınan aylıklar yurt dışına çıkarılmış ve ülkemiz ekonomisi zarar görmüştür. İşte Kanun Koyucu bir ölçüde de bu duruma tepki olarak, yaşlılık aylığı alabilmek için “yurda kesin dönüş yapma” koşulunu getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi de, 12.12.2002 tarihli 2000/36E. ve 2002/198K. sayılı Kararında, borçlanma başvurusunda bulunabilmek için aranan “yurda kesin dönüş koşulu”nu iptal etmesine rağmen, aylık bağlanması yönünden bu koşulu iptal etmemiştir. Anayasa Mahkemesi Kararında, yaşlılık aylığının bağlanması için Türkiye’de asıl koşulun işten ayrılmak olduğunu; yurt dışındaki vatandaşlar yönünden de bu koşulun, yurda kesin dönüş yapılarak aktif çalışma hayatının sona ermesiyle oluşacağını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, yurt dışındaki hizmetlerini borçlanmak isteyen vatandaşlarımız yönünden söz konusu olan bu durumun, Anayasa’nın 65. maddesi uyarınca sosyal güvenlik kurumlarının aktüeryal dengelerine daha uygun olduğu gerekçesiyle Anayasamızda yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir¹⁷⁵.

Öncelikle aşağıda; Sosyal Sigortalar Kurumunun, sigortalıların yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirip getirmediğini nasıl araştırdığına değinmek istiyoruz.

a) Yurda Kesin Dönüş Koşulunun Araştırılması Yöntemi:

Sosyal Sigortalar Kurumu, borçlanma ve yaşlılık aylığı bağlanması taleplerine ilişkin işlemler yaparken beyan usulünü esas almaktadır. Yani, sigortalı ne beyan

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesinin anılan kararı için bkz. s.40-44, ek-I.

ederse (örneğin yurda kesin dönüş yaptığını beyan etmişse), Kurum hiçbir araştırma yapmadan bu beyanı kabul etmekte ve diğer tüm koşullar yerine getirilmişse aylık bağlanması talebini izleyen aybaşından itibaren sigortalıya yaşlılık aylığı bağlamaktadır.

Ancak SSK, yaşlılık aylığını bağladıktan sonra sigortalının beyanlarının gerçeği yansıtıp yansıtmadığını araştırmaya başlamaktadır. İşte bu noktada, Türkiye ile yabancı ülkeler arasında imzalanmış olan sosyal güvenlik sözleşmeleri devreye girmektedir. Örneğin Federal Almanya ile Türkiye Cumhuriyeti arasında 30.4.1964 tarihinde Sosyal Güvenlik Sözleşmesi imzalanmıştır ¹⁷⁶. Bu Sözleşme ve İdari Anlaşmalar doğrultusunda; Almanya’da ve Türkiye’de bulunan sigortalılar hakkındaki bilgilerin, kurumlar arasındaki iletişiminin sağlanabilmesi için TR-1’den TR-8’e kadar ilgili yerleri boş bırakılan matbu formlar düzenlenmiştir. Bu formlar, akit ülkelerin yetkili kurumları tarafından doldurulduktan sonra karşılıklı olarak gönderilmektedir. Anılan TR formları şunlardır:

TR-1: Sigortalının/ hak sahibinin Alman Sosyal Güvenlik Kurumundan veya Türk Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık bağlanması talebinde bulunduğunu gösteren ve aylık bağlanması için aranan tüm belgelerin eklendiği matbu bir formdur.

TR-2: Sigortalının/ hak sahibinin Alman Sosyal Güvenlik Kurumundan veya Türk Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı ya da malullük aylığı bağlanması talebinde bulunduğunu göstermektedir.

TR-3: Sigortalının/ hak sahibinin Almanya’dan veya Türkiye’den dul ve yetim aylığı bağlanması talebinde bulunduğunu göstermektedir.

TR-4: Sigortalının Almanya’da veya Türkiye’de yardıma hak kazandıran sürelerinin bildirildiği matbu bir formdur ¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Ayrıca 2.11.1984 tarihinde” Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Arasında Sosyal Güvenlik Konusunda Sözleşmeye Ait Nihai Protokol” ve Sözleşmenin uygulanmasına ait Tatbikat anlaşması imzalanmıştır (RG: 14.1.1985, s.18635, Yürürlük Tarihi: 1.4.1987).

¹⁷⁷ TR-4 hizmet cetveli formu için bkz. ek-II.

TR-5: Sigortalının Almanya’da veya Türkiye’de yeraltı madenlerinde geçmiş çalışma sürelerini ve çalışma yerlerini göstermektedir.

TR-6: Sigortalının nerelerde, hangi tarihlerde, ne kadar süre ile çalıştığını gösteren formdur.

TR-7: Sigortalılara/ hak sahiplerine, Alman Sosyal Güvenlik Kurumundan veya Türk Sosyal Sigortalar Kurumundan hangi tarihlerde, ne miktarda ve ne sebeple aylık bağlandığını detaylı olarak gösteren matbu bir formdur.

TR-8: Sigortalının; evlenme, işten çıkma, yeniden işe girme, ölüm gibi her türlü durum değişikliğini gösteren her iki ülkeye de verilebilen matbu formdur ¹⁷⁸.

Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 46. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Akit taraflardan birinin mevzuatına göre yapılacak bir yardıma ilişkin dilekçenin, diğer akit taraftaki aynı mahiyetteki bir yardıma ilişkin dilekçeyi (kendisi için geçerli olan kanunları uyarınca)¹⁷⁹ almaya yetkisi olan bir merciye verilmiş olması halinde, dilekçe yetkili Sosyal Sigorta Merciiine verilmiş kabul edilir. Aynı husus diğer konulara ilişkin dilekçeler ile beyannameler ve itirazlar için de geçerlidir.” ¹⁸⁰.

Sözleşmenin 27.¹⁸¹ ve 46. maddeleri doğrultusunda; sigortalının akit taraflardan herhangi birinde aylık bağlanması için Kuruma başvurması üzerine, yukarıdaki matbu formlar doldurularak diğer akit ülkeye gönderilir. Bu yöntemle amaçlanan, diğer akit ülkeyi sigortalı hakkında bilgilendirmek ve karşı taraftan da sigortalı hakkında bilgi almaktır. Örneğin, sigortalı Türkiye’de yaşlılık aylığı için Kuruma başvurduğunda bu duruma ilişkin bilgi, Alman sosyal güvenlik Kurumuna gönderilir. Bu bilginin gönderilmesini takiben de Alman Sosyal Güvenlik

¹⁷⁸ Anılan formlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Çakmak**, s.2687–2691; ayrıca Almanya, Hollanda, Belçika, Avusturya, Fransa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Makedonya, Romanya ile aramızdaki sosyal güvenlik sözleşmesinin uygulanmasına yönelik kullanılan formüllerler ve mahiyetleri için bkz. **Çolak/ Öztürk**, s.175–187.

¹⁷⁹ Bu tercümeyle anılan ibarenin eklenmesi kanaatindeyim, zira kuruma verilecek dilekçenin şekil unsuru yönünden de, dilekçeyi alan kurumun bulunduğu ülkenin mevzuatına uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁸⁰ Sözleşmenin resmi tercümesi için bkz. Sosyal sigortalar kurumu resmi web sitesi, www.ssk.gov.tr

¹⁸¹ Maddenin tercümesi için bkz. s.60

Kurumundan TR-4 hizmet cetveli doldurularak Sosyal Sigortalar Kurumuna gönderilir. Anılan TR-4 hizmet cetvelinde; sigortalının Almanya’da çalıştığı süreler, sigortalı Almanya’da işsizlik yardımı alıyorsa buna ilişkin bilgiler veya sigortalıya aylık bağlanmışsa ne zaman, hangi aylığın bağlandığı ve benzeri tüm bilgiler yer almaktadır. Böylece SSK, sigortalı hakkındaki bilgilere kolayca erişmekte ve sigortalının Kuruma verdiği beyanların doğruluğunu, özellikle de yurda kesin dönüş koşulunu gerçekleştirip gerçekleştirmediğini tespit etme olanağına sahip olmaktadır.

Aşağıdaki bölümlerde de Yargıda ve Doktrinde, yurda kesin dönüş koşulunun tanımının nasıl yapıldığına ve bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin nasıl tespit edilmesi gerektiğine ilişkin görüşlere yer vereceğiz. Bu doğrultuda öncelikle Yargıtay Dairelerinin görüşlerini, verdikleri kararları örnek göstererek inceleyeceğiz.

b) Yargıtay Kararlarında “Yurda Kesin Dönüş” Koşulu:

3201 sayılı Kanunda yurda kesin dönüş koşuluna yer verilmesine rağmen; yurda kesin dönüşten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Bu nedenle de, yurda kesin dönüş koşulunun niteliği ve tespiti daha çok Yargı Kararları doğrultusunda belirginleşmiştir. Belirtmeliyiz ki, Yargı Kararları çoğunlukla yurt dışındaki sosyal güvenlik yardımlarından faydalanan sigortalılar hakkındadır. Bu bağlamda karşımıza en çok çıkan sorun; yurt dışından işsizlik sigortası yardımı alan sigortalıların, aynı zamanda yurda kesin dönüş yapmalarının mümkün olup olmadığıdır. Önemi nedeniyle yurt dışından işsizlik sigortası yardımı alınması durumunu, diğer sosyal güvenlik yardımlarından ayrı bir başlık altında incelemeyi faydalı buluyoruz.

aa) Yurt Dışından İşsizlik Sigortası Yardımı Alma Durumunda:

Sigortalının yurt dışından işsizlik sigortası yardımı alması durumunda, kuruma verdiği dilekçesindeki yurda kesin dönüş koşulunu gerçekleştirdiğine ilişkin beyanına itibar edilip edilmeyeceği sorunu Yargıda yıllarca tartışılmıştır. Bu tartışmanın en önemli nedenlerinden birisi de, yurt dışından işsizlik sigortası yardımı alınmasının yabancı ülkenin mevzuatına bağlı olması ve bu durumun mevzuatın çok

iyi bir biçimde incelenmesini zorunlu kılmasıdır. Her iki Yargıtay Dairesinin de bu konudaki farklı görüşlerini içeren kararları bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, gerek Yargıtay Daireleri arasında gerekse Dairelerin kendi içlerinde yorum farklılıkları ortaya çıkmış ve bu farklılıklar Kararlara da yansımıştır. Aşağıda; belirttiğimiz görüş ayrılıklarını, Daire kararlarını da sunarak yansıtmaya çalışacağız.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin (HD) önüne gelen bir davada sigortalı, yurda kesin dönüş yaptığını beyan ederek kendisine yaşlılık aylığı bağlamasını Sosyal Sigortalar Kurumundan talep etmiştir. Bunun üzerine Kurum, sigortalıya aylık bağlamıştır. Ancak daha sonra Kurum tarafından yapılan inceleme sonucunda, sigortalının yurt dışından işsizlik sigortası ile hastalık sigortasından yardım aldığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine de Kurum, sigortalının yurda kesin dönüş yapmadığı gerekçesiyle borçlanmasını ve aylık bağlama işlemini iptal etmiş; ayrıca fuzulen ödediği aylıkların tahsili için dava açmıştır. Bu davaya karşı da sigortalı yurda kesin dönüş yaptığını, sadece Almanya’da oturan çocuklarını ziyaret için yurt dışına çıktığını belirterek iptal edilen aylığının yeniden bağlanması talebiyle karşı dava açmıştır.

İlk derece Mahkemesi, yargılama sonunda borçlanmanın geçersiz olduğuna karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 10. HD’si dosyayı incelemiş ve Kararında; 3201 sayılı Kanunun 3. maddesine göre yurt dışında geçen çalışmaların borçlanılabilmesi için yurda kesin dönüş yapmanın şart olduğunu belirtmiştir. Ancak Daire, kesin dönüşün saptanması bakımından sigortalının pasaportunun aslının celbedilerek pasaport üzerinden yurda giriş ve çıkış tarihlerinin tespit edilip incelenmesi, hatta yurda giriş-çıkış tarihlerinin giriş yapılan gümrük kapılarından sorulması gerektiğini de ifade etmiştir.

Daireye göre; Alman mevzuatı uyarınca işsizlik sigortasından yararlanabilmek için o yerde oturma zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak, bu gerçeğin aksinin ne şekilde gerçekleştiği inandırıcı delillerle ispat edilmeli ve deliller hep birlikte değerlendirilip varılacak sonuç uyarınca karar verilmelidir. Çünkü Daireye göre; işsizlik sigortasından aylık almak her zaman sigortalının yurda kesin dönüş yapmadığı anlamına gelmediği gibi seyahat amacıyla yurt dışına çıkmak da

borçlanmanın iptalini gerektirmez. Bu doğrultuda 10. HD, ilk derece Mahkemesinin Kararını eksik inceleme nedeniyle bozmuştur. Ancak ilk derece Mahkemesinin Kararında direnmesi üzerine; dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir^{182 183}.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Yargıtay Dairelerinin ve ilk derece Mahkemelerinin görüşlerini etkileyen 22.10.1997, 1997/10-588E., 1997/857K Kararına önemi dolayısıyla bu kısımda değinmeyi yararlı bulmaktayız. Kurul, Kararında önce sosyal güvenlik sistemimizin yapısını ve amaçlarını anlatmıştır. Kurula göre; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun sistemi, temelde hizmet akdi uyarınca yurt içinde çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliğini sağlamayı amaç edinmiştir. Bu doğrultuda, sigortalıların ancak çalışarak primini ödedikleri süreler sigortalılık süresinden sayılır ve böylece sigortalı yaşlılık sigortasından yararlanma hakkı kazanır. Bir başka ifadeyle; “Primli Rejim” olarak adlandırılan bu sistemde, çalışan ve işverenlerin katkılarıyla oluşturulan finansman sigortalıların sosyal güvenliklerini sağlamaktadır. Kurula göre; bu sistemde çalışan aktif sigortalılar, çalışmayan pasif sigortalıları finanse etmekte ve bu sayede zaman içinde adeta dengeli bir “paylaşım” modeli uygulanmaktadır. En önemlisi de, bu sistemde belirli miktar paranın önceden ve toptan ödenmesi yoluyla sosyal güvencenin sağlanması öngörülmemiştir. Gerçekten aksinin kabulü, sosyal güvenlik sisteminin sağlıklı işlemesini engelleyeceği gibi, kuruluşu da çalışmaz hale getirecektir.

Kurula göre, 3201 sayılı Kanun ile getirilen sistemde sigortalı tarafından bir defada verilen belirli bir para, bir yıl veya daha kısa zamanda ödeyen kişiye aylık olarak geri verilmekte ve Kurum ağır bir ekonomik yük altına girmektedir. Sosyal sigortalar kurumlarının, külfet– nimet dengesi üzerine kurulan kurumlar olmasına

¹⁸² 10.HD, 28.04.1997 T., 1997/117E., 1997/3024K.; YHGK, 22.10.1997 T., 1997/10-588E., 1997/857K. (YKD, C. 24, Sa.1, Ocak 1998, s.9–15).

¹⁸³ 10. Hukuk Dairesinin incelediği başka bir davaya konu olay da, sigortalının yurda kesin dönüş yaptığını kanıtlamak için sunduğu pasaportunda tahrifat yaptığının kurum tarafından tespit edilmesi üzerine kurumca aylığının kesilmesi işlemidir. Buna rağmen açılan iptal işleminin kaldırılmasına ilişkin dava, ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve kurumun temyizi üzerine dosya Yargıtaya gelmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, sigortalının ceza dosyasında pasaportunda tahrifat yapıldığını kabul etmesi ve geçekten yurda kesin dönüş yapmadığını belirtmesi üzerine, kurumun borçlanmanın iptaline ilişkin kararının doğru olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. 10.HD, 27.3.1995 T., 2779E./3084K.(**Aslanköylü**, s.2685-2686).

karşın, zaman içerisinde külfeti kaldıran uygulamalar söz konusu olmuştur. Borçlanma düzenlemeleri de bunların başında gelenlerdendir.

Kurul, Kararında yurda kesin dönüşün de tanımını yapmıştır. Buna göre; yurda kesin dönüşten maksat, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma hayatına yönelik tüm ilişkilerini, gerek çalıştığı işyerleri ve gerekse ilgili olduğu tüm sosyal güvenlik kurumları yönünden sona erdirerek yerleşmek ve sosyal güvenliklerinin de burada sağlanması amacıyla, anavatana dönüş yapmalarıdır. Kurul, bu tanımlı yaptıktan sonra yurt dışındaki işçi sıfatıyla çalışma hayatıyla ilgili tüm bağlarını ve ilişkisini bitirmeden geçici sürelerle yurda giriş yapmanın Kanunun amacına uygun kesin dönüş olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca Kararda, yurt dışı iş hayatı ile ilgili gerçek dışı bilgiler temin edip, Türk makamlarına kesin dönüş yaptığını bildiren tek taraflı beyanlara itibar edilemeyeceği de belirtilmektedir.

Kurul işsizlik sigortasından yardım almanın mahiyetini ve kesin dönüşün saptanması noktasındaki etkisini Kararında şu şekilde açıklamaktadır:

“Gerçekten, Alman sistemine göre, işsizlik yardımı, kendine özgü bir sosyal yardım olarak öngörülmüştür. Belirli koşulların mevcut olması durumunda, Federal Almanya Cumhuriyeti işsiz kalanlara iş ve işçi bulma kurumu aracılığı ile işsizlik parası ödemektedir. Bu tür bir yardımdan yararlanabilmek için ilgilinin işsiz kaldığını şahsen bildirmesi ve bunu yazılı bir dilekçe ile yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca, başvurudan önceki yedi yıllık çalışma sürelerini gösteren, işveren tarafından düzenlenen bir belge ile Almanya’da ikamet edildiğini kanıtlayan ikamet kayıt belgesi, ücret vergi kartı ve sigorta kimlik kartının ibrazı zorunludur. İşsizlik yardımı alabilmek için öngörülen koşullardan birisi de; Almanya Cumhuriyeti’nde çalışma hakkı veren geçerli bir çalışma iznine sahip olunmasıdır. Bu koşulları taşıyan ve yardıma hak kazanan kimsenin yükümlülüklerine gelince; bu kimseler yardım süresince, İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından kendilerine teklif edilen işleri kabul etmek ve işe başlamak zorunda oldukları gibi, bu süre zarfında; yaşamlarında meydana gelen değişiklikleri de ilgili makamlara bildirmek zorundadırlar. Yurda dönme istemi, Almanya’da adres değişiklikleri, yeni işe

başlama durumu, Federal Almanya Cumhuriyeti Yasal Rant Sigortası'ndan rant aylığı veya Anavatandan alınan sigorta aylığı gibi durumların derhal ilgili makamlara bildirilmek zorunluluğu bulunmaktadır. Kısaca, belirtilen nedenler sonucu; Alman işsizlik yardımından yararlanan bir kişinin, Almanya'da ikamet ettiği ve iş ilişkisinin devam ede geldiğinin kabulü zorunludur.

Hal böyle olunca, Almanya'da işsizlik sigortasından yardım görmek, kişinin Almanya'da oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturur. Ancak bu karinenin aksi belirecek somut olayın özellikleri de göz önünde tutularak aynı güçte delillerle kanıtlanabilir.

Dava konusu olayda; davacı sigortalının 3201 Sayılı Yasa uyarınca borçlanmasını yaptığı sırada, Alman Cumhuriyeti'nden işsizlik yardımı aldığı, dosyadaki belgelerden açıkça ortaya çıktığına ve bu durumda bulunan kişinin yurda kesin dönüş yapmış sayılamayacağına ve aksine, başkaca bu karineyi çürütücü kanıtlar getirilememesine göre; sözü edilen Yasa'nın 3. maddesi uyarınca borçlanma koşulları gerçekleşmediğinden Sosyal Sigortalar Kurumu'nun bu borçlanmaya yönelik işlemi iptal etmesi ve bu iptal durumunu onaylayan mahkeme kararı Usul ve Yasa'ya uygun bulunmaktadır”¹⁸⁴.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 30.6.1997 tarihli Kararına konu olayda; davacı sigortalı, 13 yıllık yurt dışı hizmetini 2147 sayılı Kanuna, 8 yıllık hizmetini de 3201 sayılı Kanuna göre borçlanmış ve yurda kesin dönüş yaptığını beyan ederek Kurumdan aylık başvurusunda bulunmuştur. Kurum tarafından sigortalıya önce aylık bağlanmışsa da, sigortalının aylık bağlandığı dönem de dâhil olmak üzere yurt dışından işsizlik sigortası yardımı alması nedeniyle borçlanma işlemi iptal edilmiştir. Bunun üzerine sigortalının iptal işleminin kaldırılması için açtığı dava, ilk derece Mahkemesi tarafından yurda kesin dönüş yapılmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Davanın temyiz incelemesi sonucunda ise 10.HD, sigortalının yurt dışına zaman zaman çocuklarını görmek amacıyla çıktığını ve bu arızı çıkışların kesin dönüş olmadığını göstermeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca Daire, sigortalının 1990 yılında

¹⁸⁴ YHGK, 22.10.1997 T., 1997/10-588E., 1997/857K. (YKD, C.24, Sa.1, Ocak 1998, s.9-15), aynı yönde YHGK kararı için bkz. 26.11.1997T., 775E/986K. (Aslanköylü, s.2674-2675).

Çalışma gücünü %100 oranında kaybetmiş olmasının onun yurt dışında artık çalışamayacağına karine teşkil ettiğini ve işsizlik yardımını almasının onun çalışmakta olduğu anlamına gelmeyeceğini de ifade etmiştir ¹⁸⁵.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 22.10.1997 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararından sonra görüşünü değiştirmiş ve yurt dışından işsizlik sigortasından aylık alanların aylık aldıkları ülkede ikamet etme zorunluluğu olduğunu kabul etmiştir. Bu doğrultuda da Daire; işsizlik sigortasından aylık almanın, yurda kesin dönüş yapmamanın ve yurt dışında oturmaının karinesini teşkil ettiğini belirterek, ilk derece Mahkemesinin bu görüşe uymayan Kararını bozmuştur. Daire Kararında, belirttiğimiz görüş değişikliğini ve Daireler arasındaki görüş ayrılıklarını açıkça kabul etmiştir. Bu Kararda ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna 14.2.2001 tarihli 105E./139K. sayılı Kararı nedeniyle ciddi eleştiriler de yöneltilmektedir. nemi nedeniyle Dairenin, 13.12.2001 tarihli ve 7800E./8848K sayılı Kararının bir kısmına yer vermeyi faydalı görüyoruz:

“...Kesin dönüşün şart olup olmadığı konusu Hukuk Genel Kurulu'nda tartişılmış ve 3201 Sayılı Yasaya göre borçlanmak isteyenlerin yurda kesin dönüş yapmalarının şart olduğuna karar verilmiştir. (Bkz. HGK. 22.10.1997 T, 588 E. 857 K, 26.11.1997 T, 775 E. 986 K, 22.4.1988 T, 284 E. 300 K, 22.4.1998 T, 281 E. 298 K.)

Bu güne kadar aynı doğrultuda verilmiş, onlarca Hukuk Genel Kurulu Kararı ile 10.Hukuk Dairesi ve 21. Hukuk Dairesi'nce verilmiş çok sayıda kararlar mevcuttur. 1997 yılına kadar, gerek 10. Hukuk Dairesi'nce gerekse 21. Hukuk Dairesi 'nce verilmiş çelişkili kararlar mevcut idiyse de, 1997 yılında Hukuk Genel Kurulu'nun kesin dönüşün şart olduğuna ilişkin karar vermesi üzerine hem 10.Hukuk Dairesi hem de 21. Hukuk Dairesi Hukuk Genel Kurulu Kararına uymuş ve yaklaşık 4 seneden bu yana kesin dönüşe ilişkin Yargıtay görüşü oturmuş ve yerleşmiştir.

¹⁸⁵ 10.HD, 30.06.1997 T., 1997/5098E., 1997/5006 K. (Szer, s.266).

Mahkemece, 3201 Sayılı Yasaya göre, borçlanılabilmesi için kesin dönüşün şart olmadığına karar verilmiş ve Yargıtay görüşüne yollamada bulunulmuştur. Karar yerinde dayanan Yargıtay Kararı, Hukuk Genel Kurulu'nun 14.2.2001 tarih, 105 Esas 139 Karar sayılı ilamıdır. Hukuk Genel Kurulu'nda görüşülen direnme kararında ortaya çıkan uyuşmazlık, kesin dönüş yapmaması nedeniyle borçlanması iptal edilen sigortalının Kurumdan borçlanma parasıyla birlikte yasal faizini de isteyebilip isteyemeyeceği noktasındadır. Sigortalı, kesin dönüş yapmaması nedeniyle borçlanmasının Kurumca iptal edilmesinin doğru olduğunu kabul etmekte ve borçlanma bedeliyle birlikte faizinin de ödenmesini istemektedir. Kesin dönüşün şart olup olmadığı konusunda herhangi bir direnme kararı ve uyuşmazlık bulunmadığı halde, anılan Hukuk Genel Kurulu Kararında, borçlanmanın geçerliliği için kesin dönüşün şart olmadığına, ancak aylığın iptal edilebileceğine karar verilmiştir ki, Hukuk Genel Kurulu'nun uyuşmazlık konusu olmayan ve direnme kararı dışında kalan bir konuyu kararında tartışmış olması usul ve yasaya aykırıdır. Kesin dönüşün şart olduğu konusunda Hukuk Genel Kurulu'nun görüşü yerleşmiş ve oturmuş iken aksine çıkan tek karara itibar edilemez. Kaldı ki anılan Hukuk Genel Kurulu Kararında kesin dönüş koşulu, yasal ve hukuksal dayanakları gösterilmek suretiyle inandırıcı biçimde irdelenmiş de değildir. Yargıtay'ımız da, özellikle geniş bir kitleyi ilgilendiren çok önemli bir içtihadın, içtihadı birleştirme yoluna gidilmeksizin değiştirilmesi, ülke genelinde içtihat birliğini sağlamak ilkesini zedelediği gibi, yargıya olan güveni de sarsar...”¹⁸⁶.

Ancak, 10. HD.'nin bu Kararına karşı, İlk derece Mahkemesinin direnmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Dairenin bozma Kararına uymayan Mahkemenin Kararını bozmuştur¹⁸⁷.

¹⁸⁶ 10.HD, 13.12.2001 T., 7800E./8848K. (Aslanköylü, s.2677–2679); Dairenin aynı yöndeki kararı için bkz. 10.HD., 8.2.2000, 840/999 (Akin, s.969); Hukuk Genel Kurulunun., 14.2.2001 T., 2001/21-105E., 2001/139K sayı Kararı için bkz. s.137 (dipn. 226).

¹⁸⁷ Kurul Kararında şu gerekçelere yer vermiştir: “...Uyuşmazlığın yasal dayanağı, 3201 Sayılı Yasanın 3.maddesinin birinci fıkrasıdır. Anılan fıkra göre, yurtdışında geçen çalışmaların borçlanılabilmesi için yurda kesin dönüş yapmak şarttır. (...)Sözü edilen maddenin amacının ne olduğuna gelince; borçlanma, bireylere tanınan bir atıfet olduğu için yasa koyucu, yurda kesin dönüş yapmayanların geçimlerini ve bir ölçüde sosyal güvenliklerini yurt dışında sağlamış olmaları nedeniyle, yurt içindeki sigortalılara ve hak sahiplerine yeteri kadar yardım yapamayan Kurumun aktüryel dengesini bozmamak amacıyla yurda kesin dönüş yapmayanlara borçlanma olanağı sağlamak istememiştir. Yurda kesin dönüş yapanları, sosyal güvenlikten yoksun bırakmamak ve yoksulluğa düşmelerini önlemek amacıyla kendilerine borçlanma ve buna bağlı olarak da aylık bağlama imkanı

Bilindiği üzere 10.Hukuk Dairesi yukarıda yer verdiğimiz 13.12.2001 tarihli Kararında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1997 yılında verdiği Karardan sonra Dairelerin, bu Karara uyduğunu belirtmiştir. Ayrıca Daire, yaklaşık 4 yıldan bu yana “yurda kesin dönüş” ilişkin Yargıtay görüşünün yerleşmiş olduğunu ifade etmiştir. Ancak Daire, bu bilgileri verirken; kanımızca 30.4.1998 tarihli 2988E./3211K. sayılı Kararını gözden kaçırmıştır. Çünkü Daire, bu Kararı ile ikinci kez görüş değiştirmiştir.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesi; bu Kararında Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanmış olan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 4/a maddesi uyarınca sigortalının Alman Sigorta Kurumundan işsizlik sigortası yardımı almasına (yurda kesin dönüşten önce veya sonra) diğer akit taraf ülkesinde ikamet edenler için yasal engel olmadığını belirtmiştir. Ayrıca Daire, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda 29.4.1986 tarihinde yapılan değişiklikle sosyal güvenlik destek primi ödemek şartıyla tekrar işte çalışma yasağının kaldırıldığını ve bunun 3201 sayılı Kanunun işten ayrılma şartına paralel konulan 6/A (a) maddesindeki kesin dönüş fıkrasını da ilga ettiğini ileri sürmüştür. Hatta Daire, bu yorumun aksinin kabulünün; Anayasanın 10. maddesine, sosyal güvenlik hakkı ile ilgili 60. ve 62. maddelerine aykırılık teşkil edeceğini ve ayrıca bu durumda Kanunların; amaçlarına, lafızlarına ve ruhlarına göre yorumlanmamış, Kanun maddelerinin dar kalıpları içerisinde kalınmış olunacağını ifade etmiştir.

Bunların yanı sıra Daire, işten ayrılma yasağının 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu ile 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanununda da bulunmadığını göz önüne alarak, sigortalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazlarını kabul etmiştir. Ancak ilk derece

tanınmıştır. Yasanın amacının da açıklanan doğrultuda bulunduğu açık-seçik ortadadır. Zira, borçlanma sonucunda tahsil edilen dövizin Türk lirası karşılığı hiçbir zaman bağlanan aylıkları karşılayamaz. Hatta bağlanan aylıkların, sigortalının ölümünden sonra hak sahiplerine intikal edeceği dikkate alındığında, borçlanma primlerinin aylıkları karşılaması mümkün değildir. Yapılan hesaplara göre, borçlanan kimse, 4-5 yılda, ödediklerini geri almaktadır. (...)Yargıtay'ın ve Dairemizin yerleşmiş görüşlerine göre, yurt dışında işsizlik sigortasından aylık alanların aylık aldıkları ülkede ikamet etme zorunluluğu vardır. İşsizlik sigortasından aylık almak, yurda kesin dönüş yapmamanın ve yurt dışında oturmanın karinesini teşkil eder. Bu karinenin aynı güç ve nitelikteki delillerle kanıtlanması gerekir. Davacı, açıklanan doğrultuda yurda kesin dönüş yaptığını kanıtlamadığına göre, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı düşüncelerle kabulü yolunda hüküm kurulmuş olması usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. YHGK, 3.7.2002 T., 2002/10-586 E., 2002/579 K.(Yayınlanmamıştır).

Mahkemesinin Kararında direnmesi üzerine Kararı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Dairenin bu görüşlerini hukuka uygun bulmamıştır¹⁸⁸.

Daire, bu Karardan sonra yine 22.10.1997 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararından sonraki görüşlerine geri dönmüştür. Buna göre 10.HD, yabancı ülkede işsizlik sigortasından yardım alıyor olmanın kişinin yurt dışında oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir karine teşkil ettiğini kabul etmiş ve bu görüşünü sonraki kararlarında istikrarlı bir biçimde uygulamıştır¹⁸⁹.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi de, 10. Hukuk Dairesi gibi önceleri yurt dışından işsizlik sigortası yardımı almanın, yurda kesin dönüş yapılmadığı anlamına gelmeyeceğine karar vermekteydi. Örneğin Dairenin 3.12.1996 tarihli Kararına konu olayda; sigortalıya yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, Kurum tarafından sigortalının yurt dışından işsizlik sigortası yardımı aldığı belirlenmiş ve borçlanma işlemi iptal edilmiştir. Sigortalı da; Kurumun bu işlemine karşı, borçlanma işleminin geçerli olduğunun ve aylığın kesildiği tarihten itibaren ödenmesine devam olunması gerektiğinin tespitiyle, ödenmiş aylık tutarlarının geri alınamayacağına ve satışının önlenmesine karar verilmesi talepleriyle dava açmıştır. İlk derece Mahkemesinin kısmen kabul Kararının temyizi üzerine dosyayı inceleyen 21.HD, sigortalının 3201 sayılı Kanuna uygun borçlanma yapıp kendisine yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, zaman zaman yurt dışına çıkmasının veya işsizlik yardımından yararlanmasının sigortalı işçinin aleyhine yorumlanamayacağını belirtmiştir. Bu nedenlerle de Daire, yaşlılık aylığı kesilmesi işlemini usul ve Kanuna aykırı bulmuş ve bu hususları içermeyen ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur¹⁹⁰.

Belirtmek isteriz ki; 21.Hukuk Dairesi de, 22.10.1997 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı sonrasında konu hakkındaki görüşünü değiştirmiştir. Daire,

¹⁸⁸ 10.HD, 30.4.1998 T., 2988/3211; YHGK, 28.4.1999T., 10-645/237 (**Kılıçoğlu**, s.97-105); aynı yöndeki Daire kararı ve YHGK kararı için bkz. 10.HD, 30.6.1998 T., 1998/3552E., 1998/4996K.; YHGK, 28.4.1998 T., 1998/10-805E., 1998/252K. (**Çakmak**, s.2740-2746).

¹⁸⁹ Bkz. 10.HD, 20.11.1997 T., 1997/ 8333E., 1997/ 8154 (**Baştur**, s.277-278), 10.HD, 8.6.1999 T., 7884./3890. (**Kılıçoğlu**, s.112-113); 10.HD, 29.9.2000 T., 5345/5757 (**Kılıçoğlu**, s.120-121); 10.HD, 18.11.1999T., 7884E./3890K. (**Aslanköylü**, s.2682), 10.HD, 17.3.2003T., 2002/7323E., 2003/1974K. (**Aslanköylü**,s.2737-2738).

¹⁹⁰ 21.HD, 3.12.1996 T., 1996/6625E., 1996/6714K.(YKD.,C.24, Sa.4, Nisan 1998,s.574-575), aynı yönde 21.HD., 26.6.1997T., 1997/4377E., 1997/4500K.(YKD., C.24, Sa.3., Mart 1998, s.419).

27.11.1997 tarihinde konuya ilişkin verdiği bir Kararında; işçinin, borçlanma yaptığı tarihte yurtdışındaki işyerinden veya sosyal güvenlik kurumundan aktif veya pasif sigortalı olarak yardım almamasının asıl olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Daire, Federal Almanya sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde işsizlik yardımı almak için Almanya’da ikamet etmenin gerekli olduğu gerekçesiyle de, bu yardımı alan sigortalının yurda kesin dönüş yapmamış kabul edileceğine karar vermiştir ¹⁹¹.

Yeni tarihli kararlarından birinde de 21.Hukuk Dairesi; sigortalının işsizlik sigortasından yardım aldığı dönemde yurt dışında olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu tespitten sonra Daire, sigortalının işsizlik yardımının kesilmiş olmasının yurda kesin dönüş yaptığına karine teşkil ettiğine, bu nedenle de işçiye işsizlik yardımının kesildiği tarihi takip eden aybaşından başlamak üzere yaşlılık aylığının bağlanması gerektiğine karar vermiştir ¹⁹².

Yukarıda örneklerini verdiğimiz Kararlardan da görüldüğü üzere; Yargıtay Daireleri önceleri yurt dışından işsizlik sigortası yardımı almanın, yurda kesin dönüş yapılmasını engellemediği yönünde kararlar vermiştir. Ancak Daireler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1997 yılında verdiği Kararı sonrası görüşlerini büyük oranda değiştirmişlerdir. Böylece Daireler, işsizlik sigortasından yardım alan sigortalının, aksini aynı güçte başka bir delille ispatlamadığı sürece yurda kesin dönüş yapmadığı görüşünü özellikle son yıllarda istikrarlı bir biçimde Kararlarına yansıtmışlardır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu dönemde Yargıtay Dairelerinin verdikleri birbiriyle örtüşmeyen kararlarından birini dayanak alarak sonuca giden ilk derece Mahkemeleri, kararlarının farklı görüşteki Daireye giderek bozulması üzerine direnme kararları vermiş ve konu birçok kez Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir.

Ayrıca, Yargıtay Daireleri arasındaki söz konusu görüş ayrılıklarının İçtihadı Birleştirme yoluyla çözümlenmesi istenmiş; ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme

¹⁹¹ 21.HD, 27.11.1997T. 1997/6896E., 1997/7857K.(YKD. C.24., Sa.6,Haziran 1998, s.897-898), aynı yönde karar için bkz. 30.01.2005 T., 2005/1050E. 2006/399K.(YKD. C.32, Sa.9, Eylül 2006, 1478–1480).

¹⁹² 21. HD, 30.01.2006 T., 2005/10510E., 2006/399K.(YKD, C.32, Sa.9, Eylül 2006, s.1478-1480).

Kurulu tarafından bu talep kabul edilmemiştir ¹⁹³. Bu bağlamda, davasının görüldüğü ilk derece Mahkemesi tarafından direnme Kararı verilmemesi üzerine hükmün kesinleşmesi sonucunda birçok sigortalının hak kaybına uğradığına veya Dairelerin son görüşleri çerçevesinde baktığımızda bazı sigortalılara geçmişte fazladan aylık ödenmesi sonucunun ortaya çıktığına özellikle dikkat çekmek isteriz.

Yargıtay Kararlarında geniş bir yer tutan yurt dışından işsizlik yardımı alınmasının yanında, bazı ülkelerde sigortalılara farklı birçok sosyal güvenlik yardımı hakkı da tanınmıştır. Aşağıda Yargıtay Dairelerinin, 3201 sayılı Kanun uyarınca yurda kesin dönüş koşulunu, bu sosyal güvenlik yardımları bağlamında nasıl değerlendirdiğini inceleyeceğiz.

bb) Yurt Dışından Diğer Sosyal Güvenlik Yardımlarını Alma Durumunda:

Bilindiği üzere, özellikle sosyal güvenlik sisteminin gelişmiş olduğu Almanya, İsviçre gibi ülkelerde sigortalılara, toplum içerisinde eşitsizliğin giderilmesi, herkese en azından hayatını devam ettirebileceği olanakların sağlanması amacıyla ve gerçek anlamda Sosyal Devlet olmanın gereği olarak birçok sosyal güvenlik yardımı olanakları sağlanmaktadır. Bu yardımların bazılarının yararlanmak için o ülkede sürekli ikamet etmek şartı aranırken, bazı yardımlar için bu koşul aranmamaktadır. İşte bu ayrım noktası, ülkemizi de ilgilendirmektedir. Çünkü 3201 sayılı Kanunda yer alan yurda kesin dönüş koşulunun tespiti çerçevesinde yabancı ülke mevzuatları bizim açımızdan da önem taşımaktadır.

Yukarıdaki bölümde Yargıtayın, yurt dışından alınan işsizlik yardımını yurda kesin dönüş koşulu çerçevesinde değerlendirmesini ve bu doğrultudaki kararlarını yansıtmaya çalıştık. Bu bölümde ise, yabancı ülkeler tarafından sağlanan malullük yardımı, geçici iş göremezlik yardımı, ön emeklilik aylığı ve emeklilik aylığı

¹⁹³ Aslanköylü' ye göre; 10. Hukuk Dairesi 3201 sayılı yasaya göre borçlanabilmek için yurda kesin dönüş yapmanın şart olduğu görüşündedir. Buna karşın 21. Hukuk Dairesinin de zıt görüşte olduğu bilinmektedir. Bu nedenle, 10. Hukuk Dairesi 3201 sayılı yasaya göre borçlanmak isteyenlerin kesin dönüş yapmalarının şart olup olmadığı konusunda kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesi için İçtihadı birleştirme istemiş, ancak istem Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından reddedilmiştir. Birinci Başkanlık Kurulu 8.4.1999 T., 28 sayılı Kararı (Aslanköylü, s.2649).

kapsamında; Yargıtayın yurda kesin dönüşün saptanmasına ilişkin görüşlerine değinmek istiyoruz.

10.Hukuk Dairesinin önüne gelen bir davaya konu olayda; sigortalı Federal Almanya’da geçen çalışmasını 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanmış ve sigortalıya talebi üzerine yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Ancak sigortalının, kesin dönüş yaptığını beyan ettiği süre içerisinde Almanya’dan sağlık yardımı aldığının Kurum tarafından tespiti üzerine, yaşlılık aylığı kesilmiş ve borçlanması iptal edilmiştir. Sigortalı da bu işlemin iptali için dava açmıştır. Davanın temyiz incelemesi sonucunda 10.HD, yurt dışından sağlık sigortası yardımı alan sigortalının o ülkede oturmak zorunda olduğunu, çünkü sigortalının ülkeden ayrılması durumunda yardımın kesileceğini ifade etmiştir. Daire bu nedenle de, Federal Almanya’da sağlık sigortasından yardım almanın, kişinin Almanya’da oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturduğuna karar vermiştir ¹⁹⁴.

10.Hukuk Dairesi başka bir Kararında, Almanya’da hastalık yardımı alan sigortalının da kesin dönüş koşulunu gerçekleştirmediğine karar vermiştir. Daire Karar gerekçelerinde; hastalık yardımı alınması halinde sigortalının iş akdi feshedilemediğinden ve Alman Sigorta Kurumunun ülkeyi terk eden yabancı işçiye hastalık yardımı yapması beklenemeyeceğinden, kişinin bu dönemde Almanya’da oturuyor olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüne yer vermiştir ¹⁹⁵.

Yurt dışından ön emeklilik aylığı alınması durumuna ilişkin olarak Yargıtay 10.Hukuk Dairesi verdiği bir Kararında öncelikle bu aylığın bağlanma koşullarından bahsetmiştir. Buna göre ön emeklilik aylığı;

1- Toplu iş sözleşmesi, işletme içi sözleşme ya da işveren ile özel olarak imzalanan anlaşmada öngörülmesi,

2- Yaş, işletmede asgari çalışma süresi ve sigortalılık süresine ilişkin koşulların gerçekleşmesi,

¹⁹⁴ 10.HD, 2.3.1998T., 1350E./1362K. (Aslanköylü, s.2683).

¹⁹⁵ 10.HD, 24.4.2000 T., 2641/2788 Ayrıca karş. Şemsettin Abik karşı oy yazısı (Kılıçoğlu, s.105-108).

3- Sigortalının Alman Sosyal Sigortalar Kurumundan yasal yaşlılık aylığına hak kazanmadan önce işten ayrılması durumlarında,

Sigortalının işten ayrıldığı tarih ile Alman sigorta mevzuatı kapsamında yasal yaşlılık aylığına hak kazanılan tarih arasındaki dönem ile sınırlı olmak kaydıyla bağlanmaktadır. Ayrıca sigortalılara ön emeklilik statüsünde bulunduğu bu dönemde brüt ücretinin belirli bir bölümünden oluşan ve işverenin yükümünde bulunan erken emeklilik sosyal yardımı yapılmaktadır. Yine bu dönem için hastalık, yaşlılık, malullük ve ölüm sigortaları primini ödeme yükümü de, bir kısmını sigortalı aylığından kesmek üzere işverene ait bulunmaktadır.

Daire, karar verirken ön emeklilik statüsünün kazanılması koşullarını, işverenin ön emeklilik parası ve sigorta primi ödeme yükümlülüğünü göz önüne almıştır. Ayrıca Daire, Alman Mevzuatında ön emekliliğin ikamet koşuluyla ilişkisi konusunda da herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığını belirtmiş ve bu çerçevede erken emekli edilen sigortalıların Almanya’da ikamet etmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Yani, Daireye göre; sigortalının işten ayrılarak Almanya’dan ön emeklilik aylığı alması durumunda, sigortalının beyanına itibar edilmeli ve yurda kesin dönüş yaptığı kabul edilmelidir ¹⁹⁶.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi ise bir Kararında, yurt dışından malullük yardımı alan bir sigortalının yurda kesin dönüş yapmış kabul edilip edilemeyeceği sorununu tartışmıştır. Dava konusu olay şöyledir: Sigortalı çalışma gücünün 2/3’ünü yitirmiş ve malul hale gelmiştir. Bu nedenle de, kendisine yurt dışından malullük aylığı bağlanmıştır. Sigortalı bu aylığı alırken, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından da kendisine yurt dışı hizmet borçlanmalarının yardımıyla yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Ancak Kurum tarafından, sigortalının yurt dışından malullük aylığı aldığının belirlenmesi üzerine, aylığı kesilmiş ve borçlanma işlemi iptal edilmiştir. Buna karşı sigortalı, Kurum işleminin iptali talebiyle dava açmış; fakat Mahkeme davayı reddetmiştir.

¹⁹⁶ 10.HD, 24.1.2001 T., 7034E./150K. (Aslanköylü, s.2680).

Davacı tarafından Kararın temyizi üzerine Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, davacının çalışma gücünün 2/3' ünü kaybetmesi ve tedavi amacıyla yurt dışına çıkması nedeniyle; bu durumdaki bir kişinin herhangi bir işte sürekli çalışmasının mümkün olamayacağını belirtmiş ve bu hususları gözetmeyen ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur. İlk derece Mahkemesi, Kararında direnmiştir. Bunun üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Dairenin gerekçelerini haklı bulmuş ve özellikle de malulen emeklilik durumunda iş akdi feshedileceğinden, başkaca bir koşul aranmaksızın 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin özü ve sözüne uygun kesin dönüş koşulunun yerine geldiğini belirtmiştir ¹⁹⁷.

Bazı durumlarda ise sigortalının yurt dışından hangi sosyal sigorta yardımını aldığı anlaşılamamaktadır. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.4.1998 tarihli başka bir Kararına konu olay da şu şekilde gerçekleşmiştir: Sigortalıya yurt dışı hizmet borçlanması sonrasında, talebi üzerine yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Daha sonra Kurum tarafından sigortalının, yurt dışından işsizlik yardımı aldığı gerekçesiyle yaşlılık aylığı kesilmiş ve borçlanması iptal edilmiştir. Bunun üzerine sigortalının açtığı tespit ve kurum işleminin iptali davası ilk derece Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Kurumun Kararı temyiz etmesi sonucunda; dosyayı inceleyen Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, sigortalının işsizlik sigortasından yardım aldığının dosya içeriğinden saptandığını ve bu durumdaki sigortalının yurda kesin dönüş yapmış sayılamayacağını belirterek ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuşsa da, Mahkeme Kararında direnmiştir.

Mahkemenin direnme Kararı üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, dosyadaki belgelerde sigortalının işsizlik sigortasından yardım aldığına ilişkin belgelerin bulunmadığını ifade etmiştir. Dosyadaki belgelerden, örneğin TR 4 cetvelinden sigortalının hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği aldığı, TR 7 cetvelinden aynı dönem içinde malullük aylığı aldığı ve son olarak da sigortalının sunduğu belgeden emekli aylığı aldığı gibi birbiriyle çelişen bilgiler tespit edilmiştir. Bunun üzerine Kurul, anılan aylıklardan hangisinin

¹⁹⁷21.HD, 24.1.2000T., 1999/8285., 2000/30K., YHGK 2000/21-1144E., 2000/1192K (**Çakmak**, s.2753-2754); Tuncay'a göre, kişinin 3201 sayılı yasanın getirdiği borçlanma hakkından yararlanmasını o kişiye yurt dışında bağlanan aylığın türüne göre tanımak ya da tanımamak yasa koyucunun amacına uygun bir yorum olamaz. Bkz. **Tuncay**, s.237.

alındığının yurda kesin dönüş koşulunun tespitinde önemli olduğu belirtmiştir. Bu bağlamda Kararda; mahkemece yapılacak işin, davacı işçi ile ilgili olarak düzenlenen TR 4, TR 2, TR 7 belgeler ile davacının sunduğu belgelerde yer alan bilgilerin doğruluğunun tespiti için Alman Sigorta Kurumuna başvurulması olduğu ifade edilmiştir. Kurul, Alman Sigorta Kurumundan gelen cevap ile iş bu Kararda yapılan tanımlar ve yöntemler doğrultusunda Mahkemenin karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.

Kurulun Kararındaki söz konusu tanımları; işsizlik sigorta yardımı, geçici iş göremezlik yardımı ve malulen emeklilik kavramlarına ilişkindir. Genel Kurulun bu Kararında yer verdiği kavram tanımları ile Kararın ihtiva ettiği bilgiler ve görüşler zaman içerisinde ilk derece Mahkemelerine ve Yargıtay Dairelerine örnek olmuştur. Bu nedenlerle Kararın ilgili bazı kısımlarını yansıtmayı faydalı buluyoruz:

"(...)Yurda kesin dönüş yapma" yurtdışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma hayatına yönelik tüm ilişkilerini, gerek çalıştığı işyerleri ve gerekse ilgili olduğu tüm sosyal güvenlik kuruluşları yönünden sona erdirerek yerleşmek ve sosyal güvenliklerini de burada sağlamak üzere anavatana dönüş yaptığını ifade eder. Yurtdışındaki işçi sıfatıyla, çalışma hayatıyla ilgili tüm bağlarını ve ilişkisini bitirmeden, geçici sürelerle yurda giriş yapmak ve Alman Sosyal Güvenlik Kuruluşları'ndan yardım almak "kesin dönüş" yapıldığı anlamında kabul edilemez. Bu genel açıklamadan sonra yurtdışında çalışan Türk vatandaşlarının yurtdışındaki çalışma hayatına özellikle sosyal güvenlik kuruluşlarıyla olan bağlantıları ile sonuçta hâsıl olan hukuki statüleri üzerinde durmaya sıra gelmiştir. Bunları üç ana noktada toplamak mümkündür.

a) Geçici iş göremezlik yardımı: Bu durum iş akdi feshedilmeksizin, aktif sigortalılığın devam ettiği zaman kesitinde, sigortalının hastalanması halinde istirahatlı kaldığı sürelerle ilişkindir.

b) İşsizlik sigorta yardımı: Gerçekten özellikle Alman sistemine göre işsizlik yardımı kendine özgü bir sosyal yardım olarak öngörülmüştür. Belirli koşulların varlığı halinde, Federal Almanya Cumhuriyeti işsiz kalanlara İş ve İşçi Bulma

Kurumu aracılığı ile işsizlik parası ödemektedir. Bu yardımdan yararlanan kimseler, yardım süresince, İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından kendilerine teklif edilen işleri kabul ve işe başlama zorunluluğu altındadırlar.

c) Malûlen emeklilik durumu: Bu ahvalde, sigortalı fiziksel çalışma gücünü belli bir oranda yitirmiş ve iş akdi feshedilerek malûllük aylığına hak kazanmış ve malûlen emekli olmuştur.

Az yukarıda (a) ve (b) bentlerinde açıklanan hukuki statü içinde bulunan işçinin yurtdışında (olayımızda Almanya'da) ikamet ettiği ve iş ilişkisinin devam ede geldiğinin kabulü kaçınılmazdır. Diğer bir anlatımla bu iki durum kişinin yurtdışında oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturur. Ancak bu karinenin aksi somut olayın özellikleri içinde belirlenecek aynı güçte delillerle kanıtlanabilir.

Ne var ki, yukarıda belirtilen "malûlen emeklilik" durumunda ise (a) ve (b) bentlerinde izahı yapılan ve belirtilen sonuç kabul edilemez. Zira "malûlen emeklilikte belirtildiği üzere, iş akdi feshedileceği için başkaca bir koşul aranmaksızın 3201 sayılı yasanın (3.) maddesinin özü ve sözüne uygun kesin dönüş koşulunun yerine geldiği, bunun tabii bir sonucu olarak da işçinin borçlanma talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir" ¹⁹⁸.

Yukarıda Yargıtay Kararları ışığında “yurda kesin dönüş” koşulunu incelemeye çalıştık. Aşağıda da bu koşula ilişkin doktrinde öne sürülen görüşlere değinmek istiyoruz.

c) Doktrinde “ Yurda Kesin Dönüş” Koşulu:

Doktrinde de, “Yurda kesin dönüş” koşulunun anlamı ve nasıl tespit edileceği konusunda ciddi görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Yargıtay Daireleri arasında olduğu

¹⁹⁸ YHGK, 22.4.1998 T., 21-284/300 (Kılıçoğlu, s.90-95).

gibi; Doktrinde de yurt dışından işsizlik yardımı alınmasının, yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmesine etkileri sıkça tartışılmıştır.

Sözer'e göre kesin dönüş; ikametgâhın, yaşamın ağırlıklı alanının tek bir ülkeye taşınması olarak nitelendirilebilir. Yurt dışında çalışan işçilerimizin büyük bir kısmı, ileri yaşlarda yılın yarısını Türkiye'de; diğer yarısını ise yurt dışında geçirmektedirler. Yazar bu durumu üç temel nedene bağlamaktadır. Birincisi, işçilerimizin yurt dışında kalan aile fertleri ile bağlarını koparmamak istemeleridir. İkincisi, işçilerimizin çalıştıkları dönemde kazandıkları bazı haklarını koruma çabalarıdır. Üçüncüsü ise, işçilerimizin yıllarca yurt dışında yaşamaları nedeniyle edindikleri alışkanlıklarını sürdürmek istemeleridir. Bu nedenleri göz önüne alan Yazar, kesin dönüş kavramını sosyolojik gerçeklere ve işçilerimizin menfaatlerine uygun bulmamaktadır. Ayrıca Yazar'a göre, istihdam sorunu bulunan ülkemizde yurda dönüşün teşviki de akılcı değildir.

Sözer, kesin dönüş koşulunu sosyal güvenlikle teklik ilkesi açısından da değerlendirmiştir. Yazar'a göre sosyal güvenlikle teklik ilkesi, aktif döneminde kişinin zorunlu sigorta kurumlarından sadece birine bağlı olması; pasif döneminde de sadece birinden edime hak kazanması anlamına gelmektedir. Ancak anılan teklik ilkesi, uluslararası hukukumuzda geçerli değildir. Çünkü tüm primlerini alarak ülkemize dönen sigortalılar yanında; sosyal güvenlik sözleşmelerine göre kısmi aylığa hak kazanan sigortalılar ve hatta çalıştıkları yerde aylığa hak kazanmış olan sigortalılar da yurt içinde borçlanma talebinde bulunabilmektedirler. Örneğin Almanya'dan malullük aylığı alan bir Türk vatandaşı, borçlanma yoluyla ülkemizde de ayrıca yaşlılık aylığı alabilir. Yazar bu tespitin doğal sonucunun, yurt dışında sunulan işsizlik sigortası edimlerinin, yaşlılık aylığı bağlanmasına engel teşkil etmemesi olduğunu ifade etmektedir ¹⁹⁹.

Tuncay'a göre; yurda kesin dönüş, gerek bir kimsenin yıllarca yaşadığı ve çalıştığı yabancı ülke ile gerekse o ülkede yaşayan ailesi ile her türlü ilişkilerini koparması anlamına gelmez. Yine bu koşul, yararlanacak kişiye yurda çıkış yaşağı

¹⁹⁹ Sözer, s.269–271.

konulduğunu da göstermez. Yazar; 3201 sayılı Kanunun, devletlerin ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinin dışında kalan bir alanı düzenlediğini ve amacının, sigortalının yurt dışından yardım alıp almadığına bakmaksızın sigortalılara borçlanma suretiyle yurt içinde sosyal güvenlik yardımı sağlamak olduğunu belirtmektedir. Yazar'a göre; yurda kesin dönüş yapan bir kişiye yurt dışından aylık veya yardım veriliyor olması, o kişiyi ve yabancı ülke mevzuatını ilgilendiren bir konudur. Bu durum kendisine aylık bağlayan Türk sosyal güvenlik kurumunun malvarlığında sebepsiz bir eksilmeye yol açmamaktadır²⁰⁰.

Kılıçoğlu da, 3201 sayılı Kanunda kesin dönüşün açık tanımı yapılmadığından, katı bir yoruma gidilmemesi gerektiği görüşündedir. Yazar'a göre, kesin dönüşün tespitinde gerçek ölçüt çalışma olgusudur. Yani kişinin, yabancı ülkede eylemli bir çalışması yoksa Türkiye'ye dönüş iradesi beyana bağlı olmalıdır. Bu durumun takibi de, her iki ülke arasında düzenlenecek bir sistemle sağlanabilir. Yazar, sigortalıyı sosyal güvenlik sistemlerinden birinden vazgeçmeye zorlamanın, sosyal güvenlik hukukunun amacı ile bağdaşmayacağını ve ayrıca sosyal güvenlik sistemlerinin amacının daha az güvence olamayacağını belirtmektedir²⁰¹.

Buna karşılık Arıcı'ya göre; yurda kesin dönüş, ikametgâhını Türkiye'ye nakletmek, hayat akışını Türkiye'de devam ettirmek kastının ve iradesinin varlığını gerekli kılar. Bu bağlamda Arıcı, Hukuk Genel Kurulunun 22.10.1997 tarih 10–588/857 sayılı Kararında yer alan yurda kesin dönüş koşulunun tanımını yerinde bulmuştur. Yazar; işçinin, yurt dışında işsizlik sigortası edimlerinden yararlanabilmek için sigorta kurumunun iş teklifini beklemek ve teklif edilen işi kabul etmek yükümlülüklerinin bulunduğunu ve bu durumda yurda kesin dönüş yapmış sayılamayacağını kabul etmektedir²⁰².

Araslı; 2147 sayılı Kanunda yer almayan yurda kesin dönüş koşulunun, 3201 sayılı Kanuna özellikle konulduğu görüşündedir. Yazar'a göre bu koşulun 3201 sayılı Kanun ile getirilmiş olması; Sosyal Sigortalar Kurumunun içerisine sürüklendiği

²⁰⁰ Tuncay, s.235–237.

²⁰¹ Kılıçoğlu, s.88–89.

²⁰² Arıcı, s.306–307.

olumsuz duruma, pasif sigortalıların aktif sigortalılara göre aşırı oranda artmasına ve kurum kaynaklarının kısa sürede tükenmesine bir tepkidir. Bunun yanında, yeni borçlanma sistemimiz kişinin hem çalışma hayatına devam etmesini hem de yaşlılık aylığı almasını arzu etmemiştir. Yazar; yurt içinde çalışanlar yönünden yaşlılık aylığı bağlanılabilmesi için öngörülen “işten ayılma” koşulunun, 3201 sayılı Kanunla yurt dışında çalışanlar yönünden yurt dışı ilişkisinin bitirilmesi ve yurda kesin dönüş biçiminde düzenlenerek sigortalılar arasında bir paralellik sağlanmak istendiğini belirtmiştir.

Ayrıca Araslı, sigortalının yurt dışında işsizlik sigortasından yardım almasının yurda kesin dönüş yapmadığına karine teşkil ettiği görüşündedir. Buna karşın Yazar, sigortalının yurt dışında maluliyet sigortasından aylık alması durumunda, fizyolojik açıdan çalışması söz konusu olamayacağından kesin dönüş koşulunun katı bir biçimde uygulanmaması gerektiği görüşündedir. Bunun yanında Araslı, kesin dönüş kavramının bir tarih olarak değil, bir dönem olarak algılanması gerektiğini belirtmektedir. Çünkü kişinin yıllarca süren yurt dışındaki kültürel, ekonomik ve sosyal tüm ilişkilerini kesmesinin bir anda mümkün olamayacağı açıktır. Bu nedenle de Yazar’a göre, intikal dönemi olarak birkaç haftalık veya aylık bir süreç öngörülerek sonuca ulaşılması gerekmektedir²⁰³.

Başterzi ise; kesin dönüş koşuluna, lafzı dışında geniş bir yorumla farklı anlamlar yüklenmemesi gerektiği görüşündedir. Buna dayanarak Yazar, yurda kesin dönüşten maksadın; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun görüşüne uygun olarak, yabancı ülkedeki çalışma ilişkilerinin her yönüyle sona erdirilerek yerleşmek niyeti ile yurda dönülmesi olduğunu ifade etmiştir. Yazar’a göre, yurt dışından işsizlik sigortası yardımı alınması; o ülkede bulunmayı zorunlu kılması ve işçinin o ülkede çalışma arzusunun devam ettiğini göstermesi nedeniyle, kişinin Türkiye’ye dönme iradesini taşımadığını ortaya koymaktadır²⁰⁴.

Laçiner; işsizlik sigortası yardımı almanın, Alman mevzuatı uyarınca Almanya’da ikamet etmekle mümkün olacağını belirtmiştir. Bu nedenle de Yazar’a

²⁰³ Araslı, s. 1720–1722.

²⁰⁴ Başterzi, s.284–292.

göre; işsizlik sigortasından yardım alan kişinin yurda kesin dönüş yapmamış kabul edilmesi gerekmektedir²⁰⁵.

Çakmak ise, kesin dönüşü; kişinin yurt dışındaki işini ve çalışmasını terk etmesi, bir daha yurt dışında çalışmaması ve yurt dışına dönmemesi; Türkiye’de kalması olarak tanımlamıştır. Ayrıca Yazar, Sosyal Sigortalar Kurumunun yalnızca sigortalının beyanını kabul eden yöntemini terk ederek, sigortalının kesin dönüş yapıp yapmadığının aylık bağlanmadan önce araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle Yazar, Kurumun Almanya ve diğer ülkelerle yapılan sözleşmeler çerçevesinde elde edeceği hizmet cetvelleri ile sigortalının yurda kesin dönüş yapıp yapmadığını tespit ettikten sonra, aylık bağlama talebini değerlendirmesi durumunda uygulamadaki istirdat ve kurum işleminin iptali davalarının önlenebileceğini savunmaktadır²⁰⁶.

Konuya ilişkin Aslanköylü, önce Kanunların yorumunun nasıl yapılması gerektiğine değinmiştir. Yazar’a göre, yorum yapılırken kanunun lafzından amacı açıkça anlaşılıyor ise, başkaca bir yoruma gidilmemesi gerekmektedir. Çünkü Yazar, bu kurala uyulmaması durumunda yargının kendini yasama erki yerine koyarak yeni bir hüküm getirmiş olacağını ve bunun kuvvetler ayrılığı ilkesini benimseyen Anayasa’ya aykırılık oluşturacağını belirtmektedir. Aslanköylü, yurt dışından döviz geliyor düşüncesiyle kesin dönüş koşulunun göz ardı edilmesinin yasanın lafzına ve amacına aykırılık teşkil edeceği gibi, yasama erkinin yetkisine tecavüz teşkil edeceğini de ileri sürmektedir.

Aslanköylü, yurda kesin dönüşün tespitinin nasıl yapılması gerektiği konusuna da değinmiştir. Buna göre; sigortalının yurt dışında işsizlik sigortasından aylık aldığı belirlenmiş ise, kesin dönüşün ikametgâh ilmühaberi, kira kontratı, elektrik ve su abone belgesi ile kanıtlanması mümkün değildir. Bunun için sigortalının ancak yurt dışında bulunma zorunluluğunu ortadan kaldıracak güçlü bir delil getirmesi gerekmektedir. Örneğin sigortalı, yurda kesin dönüş yaptığına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı getirirse elbette bu karara itibar edilecektir. Ayrıca Yazar,

²⁰⁵ Laçiner, s.624–628.

²⁰⁶ Çakmak, s.2687–2690.

sigortalının yurt dışından ön emeklilik aylığı alması durumunda Almanya’da ikamet etme zorunluluğu bulunmadığından; bu aylığı almanın yurda kesin dönüş yapmamanın karinesini teşkil etmeyeceğini belirtmektedir²⁰⁷.

Akın’a göre; sigortalının borçlanma sırasında yurda kesin dönüş yapmamış olması, borçlanmasının iptal edilmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü Yazar, uzun yıllar yurt dışında çalışıp Türkiye’ye çeşitli şekillerde katkı sağlamış olan kişilere anayurtlarında sosyal güvence sağlamayı amaçlayan bir düzenlemenin, onları tümüyle sosyal güvenlik sisteminin dışına itecek şekilde yorumlanmaması gerektiği görüşündedir²⁰⁸.

d) Konu Hakkındaki Görüşlerimiz:

3201 sayılı Kanun kapsamında yurda kesin dönüş koşulunu, genel olarak sigortalının hayatının bundan sonraki büyük bir kısmını Türkiye’de geçirmek iradesiyle anavatanına dönmesi şeklinde tanımlayabiliriz. Yurda kesin dönüş kavramının uygulamada ve doktrinde ortaya çıkardığı görüş ayrılıklarının en önemli nedeni, kavramın büyük oranda sigortalının iradesine bağlı olmasıdır. Buradaki zorluk da, kişinin sübjektif iradesinin doğrudan tespitinin mümkün olmaması ve iradenin ancak yansıdığı maddi vakıaların değerlendirmesi ile ortaya çıkarılmaya çalışılmasıdır. Başka bir ifadeyle, eğer sigortalının yurt dışında çalışmaya devam ettiği veya çalışmasa dahi yurt dışında ikamet ettiği tespit edilebiliyorsa, yurda kesin dönüş yapma iradesinin gerçek olmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir. İşte sigortalının yurt dışında çalışması, işsizlik veya diğer sosyal güvenlik yardımlarını alması durumları; anılan kesin dönüş iradesinin gerçekliğinin tespiti noktasında önem taşımaktadır.

Bu bağlamda sigortalının, yurt dışından ikamet şartına bağlı olmayan bir yardım alması durumunda, beyanına güvenmek dışında ülkemizin bugünkü ikametgâh kayıt sistemi çerçevesinde başka bir yol bulunmamaktadır. Çünkü ülkemiz, yurt dışındaki (özellikle de Almanya’daki) gibi sürekli kontrol edilen ve

²⁰⁷ Aslanköylü, s.2651–2652.

²⁰⁸ Akın, s.966.

düzenli tutulan bir ikametgâh kayıt sistemini oluşturmamıştır. Bilindiği üzere ülkemizde herkesin bu belgelere kolayca sahip olma olanağı bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da, bu belgelere dayanarak kişinin yurda kesin dönüş yapıp yapmadığına dair sağlıklı karar verebilmek mümkün değildir. Bunların yanında, sigortalının yurt dışına çıkması Anayasal çerçevede de engellenemeyeceğinden, beyanına itibar etmekten başka fiili anlamda gerçekçi bir yol bulunmamaktadır. Ancak tabii ki, zaman içerisinde uygulamada sigortalının yurda kesin dönüş yapmadığı güvenilir farklı bir yoldan tespit edilebilirse; sigortalı daha güçlü bir delil getirmedikçe beyanına itibar edilmeyecektir.

Yurda kesin dönüş koşulunun, 2147 sayılı ve 3201 sayılı Kanunlar kapsamında gerekli olup olmadığına ilişkin görüşlerimizi, koşulun borçlanma ve aylık bağlanması bakımından gerekliliği başlıkları altında ikiye ayırarak açıklamakta fayda görüyoruz.

aa) Yurda Kesin Dönüş Koşulunun Borçlanma Bakımından Gerekliliği:

Bilindiği üzere, 2147 sayılı ve 3201 sayılı Kanunlar çerçevesinde yurt dışı hizmetlerinin borçlanması için yapılması gereken temel işlemler, başvuru yapmak ve tahakkuk ettirilen meblağı Kuruma ödemektir. Bu durumda Kurum; sigortalılar tarafından ödenen meblağı, aylık bağlamadan önce almakta ve sigortalı yurda kesin dönüş yapıp aylık bağlanması için başvurana kadar rahatça kullanabilmektedir. Görüldüğü üzere; bu uygulamanın Kuruma hiçbir zararı olmadığı gibi, finansal bağlamda birçok faydası da bulunmaktadır. Aynı şekilde bu uygulama; ileride anavatanına dönmek arzusunda olan sigortalı bakımından da, tamamen veya isterse kısmi borçlanmalar şeklinde elindeki parasını tasarruf etme ve ileride de şartlarını gerçekleştirdiğinde sosyal güvenceye sahip olma olanağı sağladığından birçok faydası bulunmaktadır. Bu nedenlerle kanımızca, hizmetlerin borçlanılabilmesi için yurda kesin dönüş koşulunun aranmasının hiçbir geçerli nedeni yoktur. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesinin borçlanma için yurda kesin dönüş koşulunu iptal etmesini de olumlu bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

bb) Yurda Kesin Dönüş Koşulunun Aylık Bağlanması Bakımından Gerekliliği:

Yaşlılık aylığı bağlanması için de aranan “yurda kesin dönüş” koşuluna ilişkin yorum yaparken ise, öncelikle Türkiye’deki sosyal güvenlik kurumlarının işleyişini incelemek gerekmektedir. Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun özellikle 22.10.1997, 1997/10-588E., 1997/857K sayılı Kararında yer verdiği sosyal güvenlik sistemimize ilişkin bilgilere biz de katılıyoruz. Ülkemizdeki sosyal güvenlik kurumları esas olarak, çalışma hayatı içerisinde fiilen bulunan işçi ve işverenlerden aldığı primleri, çalışmayan pasif sigortalılar için kullanmakta; böylece zaman içerisinde birbirini dengeleyen bir “Paylaşım Modeli” oluşturmaktadır. Bu temel sistemde sosyal güvencenin; belirli bir miktar paranın, önceden ve toptan ödenmesi yoluyla sağlanması olanağı öngörülmemiştir. Çünkü toptan ödeme ile sosyal güvenceden yararlanılması, özellikle de başvurunun ne zaman yapılacağının kanunda düzenlenmemesi durumunda buna hazırlıklı olmayan Kurumun finansal dengesini bozmaktadır. Örneğin; 3201 sayılı Kanun ile getirilen sistemde sigortalı tarafından aylık talebi için ne zaman başvurulacağı bilinmemektedir. Sigortalı, borçlanma işlemlerini tamamladığı gün aylık bağlanması talebinde bulunabilir ve bu durumda Kurumun sigortalıya diğer koşullar yerine getirilmişse talebi takip eden aybaşından itibaren aylık bağlaması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, mevcut durum kurumların kendi finansal dengelerini düzenlemelerini ve ileriye yönelik programlar yapmalarını engellemektedir. Ayrıca geçmişte bu Kanun uyarınca bir defada verilen belirli meblağın, üç dört yıl veya daha kısa zamanda ödeyen kişiye aylık olarak geri verildiği ve Kurumun ağır bir ekonomik yük altına girdiği de gerçektir.

Bu gerçeğe rağmen Kurumun ve dolayısıyla devletin böyle bir yük altına sokulmasının temel nedeni, yıllarca yurt dışında çalıştıktan sonra anavatanına dönüp çeşitli nedenlerle sosyal güvencesiz kalan vatandaşlarımıza, Anayasanın 2., 60. ve 62. maddeleri çerçevesinde Sosyal Devletin yardım etme yükümlülüğünün bulunmasıdır. Ancak ülkemizin ve sosyal güvenlik kurumlarımızın finansal zorluklar içerisinde bulunduğu açıktır. Bu bağlamda, Kurumun aldığı primlerle ödediği aylıkları hiçbir zaman finanse etme olanağının bulunmadığı 3201 sayılı Kanunla öngörülen bu sistemde; kurumları, faiz dağıtan banka gibi gören bir yapıya sürüklemek ve paranın

yurt dışına gitmesine neden olacak düzenlemeler ve yorumlar yapmak kanımızca uygun değildir. Bu noktada; yurt dışındaki vatandaşlarımızın da, kanunların kendilerine tanıdığı bu olanağı suiistimal etmemeleri bir vatandaşlık ödevidir. Belirttiğimiz nedenlerle ve Kanunun 6. maddesinin açık lafzı uyarınca, yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için sigortalının yurda kesin dönüş yapmasının zorunlu ve gerekli olduğu görüşündeyiz.

Yurda kesin dönüş koşulunun tanımı ve niteliğine ilişkin görüşlerimizi belirttikten sonra, aşağıda Almanya'dan işsizlik sigortası yardımı alınmasının bu koşulun gerçekleşmesine etkilerini incelemek istiyoruz.

cc) Almanya'dan İşsizlik Yardımı Alınması Durumunda Yurda Kesin Dönüş:

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere uygulamada Sosyal Sigortalar Kurumu, sigortalının yurda kesin dönüş yapıp yapmadığını, Federal Almanya ile Türkiye Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi çerçevesinde düzenlenen Kurumlar arası işbirliği sayesinde tespit etmeye çalışmaktadır²⁰⁹.

Bilindiği üzere Yargıtay Daireleri arasında ve doktrinde sigortalının yurt dışından özellikle de Almanya'dan işsizlik sigortası yardımı alması durumunda, yurda kesin dönüş yapıp yapmadığı konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu konudaki çözüme katkıda bulunmak amacıyla Alman mevzuatı çerçevesinde işsizlik sigortasına değinmeyi faydalı buluyoruz.

İşsizlik kavramı ve yardımı, Alman Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatının üçüncü kitabında yer alan “Çalışmayı Teşvik Kanunu (Arbeitsförderungsgesetz)” nun ikinci bölümünde, İşsizlik parası(yardımları) adı altında düzenlenmiştir (m.117 vd.)²¹⁰
²¹¹.

²⁰⁹ Bkz. s.103–106.

²¹⁰ Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III)-Arbeitsförderung, zweiter Unterabschnitt Arbeitslosengeld.

²¹¹ Karş. Laçiner, s.626.

Alman Çalışmayı Teşvik Kanununun 119. maddesine göre, işsizlikten söz edebilmek için;

- 1- İşçinin bir iş ilişkisi içerisinde bulunmaması,
- 2- İşçinin işsizlik halini sonlandırmak için gerekli çabayı göstermesi,
- 3-İşçinin, iş bulmak için aracılık yapan acentenin(kurumun) çabaları karşısında da hazır bulunması gerekmektedir.

Bermig/ Van Doorn' a göre; işsizlik, işçinin geçici olarak bir işte çalışamaması durumudur. Ancak işçinin, iş bulmak için gerekli şahsi çabayı göstermesi ve yine bu süreçte iş bulmak için aracılık yapan kurumun önerilerine uyması ve görevlendirilme olasılığına karşı da hazır bulunması gerekmektedir.

Yazarlar'a göre, şahsi çabadan maksat; işsiz durumda bulunan kişinin, işe girmek (entegre) olmak için tüm olanakları kullanmasıdır. Şahsi çaba kavramının içerisine, üçüncü kişilerin aracılık yardımlarına ve iş bulma kurumunda yer alan bilgilerden kendine uygun olanını tespit ederek deneme kurallarına (anlaşmasına) uyması da girmektedir.

İşsiz durumda bulunan kişi, kendi niteliklerine uygun olan ve objektif olarak yerine getirebileceği işi kabule mecburdur. Ayrıca kişi, tedbir olarak verilen mesleki eğitime ve mesleki rehabilitasyon programlarına katılmak için ulaşılabilir durumda ve hazır bulunmak da zorundadır.

Yardım hakkına sahip olan kişinin, 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren 15 saatten az kısmi çalışma yapması halinde, kişinin ulaşılabilir olma durumunun ortadan kalkmayacağı Kanunda düzenlenmiştir. Yazarlara göre; bu yeni düzenlemenin amacı, kısmi süreli de olsa işçilerin çalışma yaşamından kopmalarını önlemektir. Böylece, işsiz durumda bulunanlar sadece tam süreli bir iş için beklemek durumunda kalmayacaklardır^{212 213}.

²¹² Bermig / Van Doorn, s.67-79.

²¹³ Ayrıca Almanya'da bulunduğum süreçte, Alman yetkili makamlarının uygulamada işsiz durumda bulunan kişileri her gün bir kaç saat için de olsa, sabahın erken saatlerinde kuruma çağırdıklarını ve sembolik sayılabilecek düşük ücretlerle birkaç saat ağır işlerde çalıştırdıklarını bizzat işçilerimizden duyduğumu da belirtmek isterim.

Bu konuya ilişkin olarak Sosyal Sigortalar Kurumunun 22.11.1995 günlü yazısı ile bilgi sorması üzerine, Almanya Federal Cumhuriyeti Büyükelçiliği 8.1.1996 tarihinde cevaben aşağıdaki şu yazıyı göndermiştir ²¹⁴:

“ 1) Almanya’da işsiz olan, iş piyasasında çalışabilecek durumda olan, en uygun sigorta zamanlarını kanıtlayan bir kişi, işsizlik parası alır. İşsizlik parasının verilme süresi daha önceki sigortalılık zamanlarına ve hak sahibinin yaşına bağlıdır. Bununla ilgili ayrıntılar Çalışmayı Teşvik yasasının AF(1) 10/6.maddesinde düzenlenmiştir.

2) İşsizlik parası alacak kişinin Almanya’da ikamet etmesi gerekmektedir. Zira aksi takdirde Alman iş piyasasına tabi olmayacaktır. Alman iş piyasasına tabi olmayan bir kişi işsizlik parası alamaz. Çalışma Kurumunun, işsizlik parası alan kişinin Almanya dışında olduğunu tespit etmesi halinde, verilen para derhal kesilir.

3) İşsizlik parası alan bir kişi, Çalışma Kurumuna önceden bildirmek ve izin için bu kurumun onayını almak kaydıyla, örneğin 15 gün veya bir ay Türkiye’de kalabilir. İlgili kişinin, örneğin yaşlı olması ve iş bulmasının güç olması durumlarında da bu seyahat süresinin 2-3 ay sürmesi de mümkün olabilir. İşsizlik parasının verilmesine aralıksız devam edilmesi anlamına gelen bu durum ise istisnai bir nitelik taşır.

4) İşsiz kişinin öncelikle Çalışma Kurumunun kendisine uygun olarak bulduğu her işi kabul etmesi ve Çalışma Kurumunun kendisi için uygun göreceği eğitim faaliyetlerine katılmayı kabul etmesi gerekmektedir. İşsizlik parası alan kişinin ayrıca talep tarihinde danışmak üzere Çalışma Kurumuna gelmesi gerekmektedir. Ayrıca işsizlik ‘blomolik’ olarak değil, talep üzerine verilmektedir.

5) İşsiz bir kişinin önceden Çalışma Kurumuna başvurarak işsizlik parası ödenmesinin durdurulmasını sağladıktan sonra belli bir süre Türkiye’ye gitmesi ve

²¹⁴ Bu yazıda yer alan Kanun maddeleri sonradan yapılan düzenlemeler ile değiştirilmiştir. Günümüzde geçerli olan maddeler yukarıda belirtilmiştir.

Almanya'ya döndükten sonra işsizlik parası için Çalışma Kurumuna tekrar başvurarak, ödemelere yeniden başlanmasını sağlaması mümkündür.”²¹⁵

Görüldüğü üzere Alman mevzuatı çerçevesinde, sigortalının işsizlik yardımından faydalanabilmesi için Almanya'da sürekli olarak ikamet etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu yardımdan faydalanmak sigortalının yurda kesin dönüş yapmadığına güçlü bir karine teşkil eder. Kanımızca, sigortalının daha güçlü bir delil (örneğin kesinleşmiş mahkeme kararı) ile bu karineyi çürütmesi mümkündür. Bu durumda sigortalının yurda kesin dönüş yaptığına ilişkin beyanına itibar etmek gerekmektedir ²¹⁶.

3- Kurum Tarafından İptal Edilmiş olan Borçlanmanın Geçerliliği ve Kesin Dönüşün Gerçekleşmediğinin Anlaşılması Halinde Yapılacak İşlem:

Uygulamada bazı sigortalıların yurda kesin dönüş yaptıklarını beyan etmelerine rağmen, halen yurt dışında yaşamaya devam ettikleri veya aylığın bağlanmasından kısa süre sonra tekrar yurt dışına çıkarak çalışmaya, ikamete dayalı ödenek almaya devam ettikleri sıkça görülmektedir.

Kanunda, her ne kadar aylık bağlandıktan sonra yurt dışında çalışmaya başlayanlar veya ikamete dayalı ödenek alanlar için aylığın kesileceği belirtilmişse de, borçlanma veya aylık bağlanması için başvuru yaparken yalan beyanda bulunanlar için nasıl bir uygulama yapılması gerektiği belirtilmemiştir. Bunun sonucu olarak da, uygulamada Sosyal Sigortalar Kurumu olayı ve kuralları kendi lehine yorumlayarak bazı işlemler yapmaktadır:

²¹⁵ **Aslanköylü**, s.2652 (dnp. 13).

²¹⁶ Yargıtay'ın bu doğrultudaki bir kararı da şöyledir: “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebepler ve özellikle, davalının Federal Almanya'dan işsizlik sigortasından yardım almasına, bu şekilde yardım görmesinin Almanya'da oturmanın ve yurda kesin dönüş yapmanın (yapmamanın olmalı) karinesi olmasına ancak, davalı tarafından Kurum aleyhine açılan davada verilen ve kesinleşen kararda, davalının yurtdışından kesin dönüş yaptığına kesinleşmiş bulunmasına göre, yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına..” 10.HD, 22.12.1997 T., 9159E./9071K. (**Aslanköylü**, s.2683–2684).

- a) Sigortalının borçlanması ve bağlanan yaşlılık aylığı iptal edilmekte,
- b) İptal tarihine kadar Sigortalıya ödenen aylıklar faiziyle birlikte geri alınmakta,
- c) Borçlanma için döviz bozdurularak ödenen bedeller, Türk Lirası üzerinden ve dövizdeki artışlar dikkate alınmadan yıllar öncesindeki düşük değerden sigortalıya iade edilmekte,
- d) İade edilen bedele faiz dahi uygulanmamakta,
- e) Sigortalının Kanundaki hak düşürücü süreyi kaybedip kaybetmediği dikkate alınmamakta,
- f) Ayrıca Sigortalının, yurt dışındaki sosyal güvenlik kurumlarından primlerini alıp almadığı ve o ülkedeki sosyal güvenlik haklarını kaybedip etmedikleri gözetilmemekte; kısaca sigortalı, sosyal güvencesiz bir şekilde ortada bırakılmaktadır²¹⁷.

Ayrıca Sosyal Sigortalar Kurumunun borçlanmaları iptal etmesiyle bu kişiler, yeniden borçlanmak zorunda bırakılmaktadır. Konuya ilişkin Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından yeni tarihli iki genelge çıkarılmıştır. Bunlardan 29.3.2006 tarih ve 8–32 Ek sayılı Genelgede şu ifadeler yer almaktadır:

“(...)Anayasa Mahkemesinin gerekçeli Kararının yayımlandığı 25.04.2003 tarihinden önce yurda kesin dönüş yaptıklarını beyan ettikleri halde yurda kesin dönüş yapmadıklarının tespit edilmesi sonucunda borçlanmaları iptal edilenlerin yeniden yazılı olarak başvurmaları halinde borçlanmalarının geçerli sayılması, bunlardan yurda kesin dönüş yapmış olanlardan aylık bağlanması için başvuruda bulunacaklardan aylık bağlanmasına hak kazananların aylıklarının bağlanması uygun görülmüştür.”

²¹⁷ Bkz. YHGK, 14.2.2001 T., 2001/21-105E., 2001/139K. (Kılıçoğlu, s.115–120; Aslanköylü, s.2671–2674); ayrıca bkz.137 (dipn. 226).

Ancak Kurum tarafından 1.11.2006 tarih ve 8-35 Ek sayılı Genelge ile yukarıda yer verdiğimiz 8-32 sayılı Genelgedeki talimatın uygulanmasında sorunlar yaşandığı belirtilmiş ve şu açıklama yapılmıştır:

“(...) Söz konusu talimatımız; içerik itibariyle yurda kesin dönüş yapmadıkları gerekçesiyle 25.04.2003 tarihinden önce borçlanmaları iptal edilenleri ile bu konuda Kurumumuz aleyhine açılan davalardan Kurumumuz lehine sonuçlanan veya yargı süreci halen devam eden vatandaşlarımızın borçlanmak için yazılı olarak yeniden başvurmaları halinde, borçlanmalarının yeniden başvuruda bulundukları tarihteki Bakanlar Kurulu kararı ile her bir gün için belirlenen miktar üzerinden hesaplanacağını ifade etmektedir.”

Görüldüğü üzere; bu Genelge ile de Kurumun sigortalılığın iptali işlemlerine ilişkin herhangi bir değişiklik ön görülmemiş, sadece sigortalıların yürürlükteki mevzuat çerçevesinde yeniden borçlanmasına olanak tanınmıştır. Ancak belirtmeliyiz ki; bu düzenlemeler, sigortalıların günümüzde yürürlükte bulunan gündolar sisteminde bir gün için ödenmesi gereken dolar meblağının artırılmasından, dövizdeki artışlardan veya borçlanma sisteminin 5510 sayılı Kanunla yapılacağı gibi büyük oranda değiştirilmesinden dolayı olumsuz şekilde etkilenmelerini önlememektedir. Örneğin 5510 sayılı Kanunla getirilmesi öngörülen yeni sistemde de SSK'nın bu uygulamasını devam ettirmesi durumunda, iptal edilen sigortalılıklarının geçerliliğinin tespiti için dava açmayan sigortalılar, borç tahakkukunda öngörülen aylık alt sınırın artması nedeniyle zarara uğrayacaklardır²¹⁸. Bu bağlamda, konuyu Yargı kararları ışığında incelemek istiyoruz.

a) Konuya İlişkin Yargı Kararları:

Sosyal Sigortalar Kurumunun sigortalının borçlanmasını tamamen iptal eden işlemleri uygulamada yıllardır sorunlara neden olmaktadır. Bu konuda Yargıtay Daireleri arasında da görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli 2000/36 E. ve 2002/198 K. sayılı iptal Kararı, sorunun çözümüne

²¹⁸ Bkz. 50-53.

büyük oranda katkı sağlamıştır. Bu nedenle konuyu Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı öncesi ve sonrası durum şeklinde ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

aa) Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli İptal Kararı Öncesi Durum:

Bu dönemde Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, Sosyal Sigortalar Kurumunun yurda kesin dönüş koşulu gerçekleşmediği gerekçesiyle sigortalının borçlanmasını iptal eden işlemlerini genellikle yerinde bulmuştur. Ayrıca Daire, aylıkların kesilmesine ve ödenen aylıkların geri alınmasına dair verilen ilk derece mahkemesi kararlarını da onamıştır. Bu dönemde ortaya çıkan en önemli sorun, borçlanması iptal edilen sigortalılara ödedikleri primlerin nasıl iade edileceği noktasında toplanmıştır.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, 13.6.1991 tarihli Kararında; sigortalının borçlanma işlemini iptal eden Sosyal Sigortalar Kurumunun işlemlerini hukuka uygun bulmuştur. Bunun üzerine Daire; borçlanma bedelinin, dövizin Türk parasına çevrilerek kurum hesabına transfer edildiği tarihteki döviz kurunun esas alınarak iade edileceğini belirtmiştir ²¹⁹.

Ancak Daire, daha sonra görüş değiştirmiş ve borçlanma bedelinin, borçlanma işleminin iptal edildiği tarihteki döviz kuru üzerinden iade edilmesine; ayrıca faiz de verilmesine karar vermiştir ²²⁰.

Daire, 8.6.1999 tarihli Kararında da borçlanma tarihinde yurda kesin dönüş yapmadığı tespit edilen sigortalının borçlanma işlemini iptal eden, bağlanan aylığını kesen ve sigortalıya ödenmiş aylıkların da geri alınmasını öngören Sosyal Sigortalar Kurumunun işlemlerini hukuka uygun bulmuştur ²²¹.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 25.5.2004 tarihli, 2004/3102 E., 2004/4681 K. sayılı Kararı, Dairenin borçlanma bedeli iadesinin nasıl yapılacağına ilişkin son

²¹⁹ 10.HD., 13.6.1991 T., 4212/6206 (bkz. Güzel/Okur, s. 382; Laçiner, s.637).

²²⁰ 10.HD., 10.02.1992, 1991/9219E., 1992/1248 K.(YKD., C.18, Sa.:6, Haziran 1992, s.886-888), ayrıntılı bilgi için bkz. Laçiner, s. 638.

²²¹ 10.HD., 8.6.1999T., 7884/3890 (Kılıçoğlu, s.112-113).

görüşünü yansıtan yeni tarihli kararlarından olması nedeniyle önemlidir. Bu Karar, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı sonrasına ait olmasına rağmen; Daire, istisnai bir durum olan kesin hüküm nedeniyle borçlanma bedelinin iadesine karar vermiştir²²². Bu bölümde borçlanma bedelinin iadesinin nasıl yapılacağına ilişkin Yargıtay kararlarına yer verdiğimizden, söz konusu Kararı da burada incelemeyi yararlı buluyoruz. Davaya konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir:

Sigortalı, Kurum tarafından yaşlılık aylığının kesilmesi ve borçlanmasının iptal edilmesi üzerine dava açmıştır. Sigortalı davasında; iptal edilmiş olan borçlanmasının geçerli sayılmasını, borçlanılan süre gözetilerek bağlanmış olan yaşlılık aylığının ödenmesine devam edilmesi gerektiğinin tespitini; bunun kabul edilmemesi halinde de ödediği dolar miktarına tahsil tarihindeki kur üzerinden yasal faiz işletilerek iadesine karar verilmesini talep etmiştir. İlk derece Mahkemesi, sigortalının daha önce başka bir mahkemede açtığı sigortalılığın geçerliliğinin tespiti davasının reddedilerek kesinleşmesi nedeniyle, bu yöndeki talebini kabul etmemiştir. Alacak yönünden ise; dolar miktarının Kurum hesabına Türk Lirası olarak yatırıldığı gerekçesiyle, Türk Lirasına ödeme tarihinden itibaren faiz uygulanmıştır. Kararın taraflarca temyizi üzerine dosya 10.HD'nin önüne gelmiştir.

Daire, sigortalılığın tespit talebinin kesin hüküm nedeniyle reddini hukuka uygun bulmuştur. Ancak Daireye göre; 3201 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca tahakkuk ettirilen döviz borcu, istek sahiplerinden yabancı para olarak tahsil edildiğinden; iadenin de iade anındaki yabancı para karşılığı üzerinden yapılması gerekmektedir. Bu nedenle de Daire, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazlarını kabul etmiş ve ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur²²³.

Yargıtay 21.HD'nin önüne gelen bir davaya konu olayda ise, kurum tarafından borçlanması iptal edilen ve iptal tarihine kadar kendisine ödenen aylıklar mahsup edildikten sonra kalan kısmı iade edilen sigortalı, faiz istemine ilişkin olarak dava açmıştır. Ancak, bu dava ilk derece Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine dosyayı inceleyen 21.HD, davacının Türk Lirası olarak Kurum

²²² Anayasa Mahkemesinin anılan iptal Kararının kesin hükümlere etkisi için. bkz. s.156-167.

²²³ 10.HD, 25.5.2004 T., 2004/3102E., 2004/4681K., (YKD, C.31, Sa.5, Mayıs 2005, s.705-707).

hesabına geçen borçlanma bedeline, bedelin ödendiği tarihten iptal tarihine kadar yasal faiz uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Daire, borçlanma bedeli ile faizinden sigortalıya ödenen yaşlılık aylıkları tutarının indirilmesi ve bundan sonra iadesi gereken miktar kalmışsa, bu miktarın davacıya ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Davalı Kurumun, davacının faiz hakkını saklı tutmadığı yönündeki iddialarına ilişkin olarak da Daire, iadenin kurumca doğrudan sigortalıya yapılmayıp davacıya ödenen aylıklar karşılığı mahsup işlemine tabi tutulduğunu, dolayısıyla sigortalının herhangi bir ihtirazı kayıt koymasının mümkün olmadığını belirtmiştir ²²⁴

Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.10.1997 tarihli 1997/10-588 E., 1997/857 K. sayılı Kararında, davacı sigortalının borçlanmasını yaptığı sırada yurt dışından işsizlik yardımı aldığını ve bu nedenle yurda kesin dönüş yapmış sayılamayacağını belirtmiştir. Kurul, bu durumda 3201 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca borçlanma koşulları gerçekleşmemiş olduğundan, Sosyal Sigortalar Kurumunun borçlanmaya yönelik iptal işlemini ve bu iptal işlemini onaylayan Mahkeme Kararını usul ve yasaya uygun bulmuştur ²²⁵.

Faiz konusunda ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.2.2001 tarihli Kararında; Sosyal Sigortalar Kurumunun borçlanma bedelini iadesi durumunda faiz ödemesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir ²²⁶.

²²⁴ 21.HD., 19.6.2000T., 2000/4860 E., 2000/4853K.(YKD, C.27, Sa.2., Şubat 2001, s.250-251).

²²⁵ Karar için bkz. s.40-44, ek-I.

²²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu anılan 14.2.2001 tarihli 2001/21-105E., 2001/139K Kararında şu görüşlere yer vermiştir: “Gerçekten, bu konuda sözü edilen 3201 sayılı Yasanın 6. madde (B) fıkrası, sistemi doğrudan olmasa bile, dolaylı biçimde ortaya koymuş, yurt dışından kesin dönüş yapılmasına ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanmasına karşın, yurt dışında çalışmak isteyenler yönünden Kurumca yapılması gereken işlemleri belirlemiştir. Buna göre; yurt dışından kesin dönüş yapan bir kimsenin yeniden yurt dışında çalışması halinde; çalıştığı süre kadar yaşlılık aylığı kesilecek bu kişinin yurda dönüşünde; isterse çalıştığı süre kadar borçlanmak suretiyle; yaşlılık aylığı oran ve miktarı artırılacak, isterse, eski aylık olduğu gibi ödenmeye devam edecektir. Böylece denilebilir ki, 3201 sayılı Yasa sisteminde yeniden yurt dışında çalışma söz konusu olduğunda, yaşlılık sigortasından bağlanan aylıklar ödenmemekte ve sosyal güvenlik askıya alınmaktadır. Bu durumun sonucu olarak, yaşlılık aylığı bağlanması sırasında, yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmediği anlaşılırsa, yapılacak işlem veya uygulanacak yaptırım; yaşlılık aylığının bağlanmaması ve kesin dönüş tarihine kadar işlemlerin hukuken askıya alınması, istek olduğunda yatırılan borçlanma bedelinin iadesidir. Yaşlılık aylığı bağlanmış olması halinde ise bağlanan aylığın kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınmasıdır. YHGK, 14.2.2001 T., 2001/21-105E., 2001/139K. (Kılıçoğlu, s.115–120; Aslanköylü, s.2671–2674). Karar hakkındaki eleştiri için bkz. 10.HD., 13.12.2001 T., 7800E./8848K, s.113-114.

bb) Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli İptal Kararı Sonrası Durum:

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli 2000/36 E. ve 2002/198 K. sayılı iptal Kararı ile borçlanmak için yurda kesin dönüş koşulu kaldırılmıştır. Bu Karar sonucunda, borçlanma sırasında yurda kesin dönüş yapmadığı tespit edilen sigortalıların borçlanmalarını iptal eden SSK işlemlerinin hukuki dayanak noktaları da ortadan kalkmıştır. Anılan Karar öncesinde de, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu tarafından borçlanma sırasında yurda kesin dönüş koşulunun yerine getirilmemesi halinde borçlanmanın iptal edilmeyeceğine ilişkin bazı kararlar verilmiştir²²⁷. Ancak bu görüşün tam olarak yasal dayanak bulması, Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararı ve 29.7.2003 tarihli 4958 sayılı Kanunun 56. maddesiyle 3201 sayılı Kanunun 3.maddesinde yapılan değişiklikler sonucunda gerçekleşmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun özellikle 5.2.2003 tarih 2002/21-790E. ve 2003/61K. sayılı Kararı, uygulamada Yargıtay Dairelerinin ve ilk derece Mahkemelerinin dayanak aldıkları karar olması nedeniyle önemlidir. Karara konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir:

3201 sayılı Kanun uyarınca yurt dışı hizmetlerini borçlanan ve buna bağlı olarak kendisine talebi üzerine 1.1.1993 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanan sigortalının, 28.2.1994 tarihine kadar yurt dışından işsizlik yardımı aldığı kurum tarafından tespit edilmiştir. Bunun üzerine Kurum, yurda kesin dönüş yapmadığı gerekçesiyle sigortalının borçlanmasını ve yaşlılık aylığını 28.11.2001 tarihinde iptal etmiştir. Sigortalı da, 3201 sayılı Kanuna göre yaptığı bu borçlanma işleminin geçerli sayılması ve aylığın kesildiği tarihten itibaren ödenmesine devam edilmesi gerektiğinin tespiti talepleriyle dava açmıştır.

İlk derece Mahkemesi, Kurum işlemlerinin yerinde olduğunu kabul etmiş ve davacının isteminin reddine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 21.

²²⁷ 10.HD, 30.4.1998 T., 2988/3211, karar için bkz. s.124 ; YHGK, 14.2.2001 T., 2001/21-105E., 2001/139K. (Kılıçoğlu, s.115–120; Aslanköylü, s.2671–2674) karar için bkz. dipn.226.

Hukuk Dairesi, 19.04.2002 tarih 2002/1881E., 2002/ 3567.K. sayılı Kararında; 3201 sayılı Kanun çerçevesinde sigorta kapsamına girmek isteyen Türk vatandaşları ile yurt içinde çalışıp 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu kapsamında bulunan Türk vatandaşlarının yaşlılık aylığından yararlanma koşullarının zorunlu bir farklılık dışında birbirine uyumlu hale getirildiğini belirtmiştir. Bilindiği üzere 506 sayılı Kanunun 60. maddesinde yaşlılık aylığından yararlanma koşulları olarak; "yaş", "sigortalılık süresi", "prim ödeme gün sayısı", "işten ayrılma" ve "yazılı istekte bulunmak" koşulları öngörülmüştür. Daireye göre, bu koşullar 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinde de aynen kabul edilmiş; sadece Türkiye'de çalışanların "işten ayrılma koşulu", burada "yurt dışındaki ülkeden ayrılıp Türkiye'ye dönüş" biçiminde belirlenmiştir. Bu bağlamda Daire, 506 sayılı Kanun kapsamında işten ayrılma koşuluna uygulanan yaptırımın, yani aylığın kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınmasının, yurda kesin dönüş yapmayan 3201 sayılı Kanun kapsamındakilere de uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Zaten "işten ayrılma" veya "yurt dışından dönüş" koşulunun yokluğu, kişinin sosyal güvenlik haklarını tamamen ortadan kaldıracı bir neden olarak Kanunlarda öngörülmemiştir.

Ayrıca Daire Kararında, bu davada olduğu gibi Sosyal Sigortalar Kurumunun benzer durumlarda uyguladığı hukuki statünün, Anayasanın sosyal güvenlik ilkelerine ve kanunların öngördüğü sosyal sigortalar sistemine uygun olmadığını belirtmiştir.

Dairenin anılan gerekçelere ilişkin bozma Kararına karşı, ilk derece Mahkemesi direnme Kararı vermiş ve dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir. Kurul, öncelikle Anayasa Mahkemesinin borçlanma için aranan yurda kesin dönüş koşulunu iptal eden Kararının sosyal güvenlik hukuku prensipleri çerçevesinde eldeki davalara uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu Kararı uyarınca da Kurul, davacı işçinin borçlanmasının iptaline yönelik Kurum işlemini hukuka aykırı bulmuş ve işlemin tüm hukuki sonuçları ile birlikte iptaline karar vermiştir.

Kurul, Kurumun iptali istenen aylık bağlama işlemi hakkında ise, öncelikle Anayasa Mahkemesinin aylık bağlama talebinde bulunulması ve aylığın bağlanması

konularında anılan maddede yer alan "kesin dönüş" koşulunu iptal etmediğini ve koşulun varlığını koruduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda Kurul, sorunun çözümünde 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin B fıkrasından yararlanmıştır. Bu maddeye göre; 3201 sayılı Kanun uyarınca yaşlılık aylığı bağlanan sigortalının yeniden yurt dışında çalışmaya başlaması durumunda, sigortalıya yaşlılık sigortasından bağlanan aylıklar ödenmeyecek, sosyal güvenlik askıya alınacak ve ödenen aylıklar geri istenecektir.

Kurula göre, Kanunun 6. maddesine paralel olarak yaşlılık aylığının bağlanması sırasında yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmediğinin anlaşılması durumunda ise, yapılacak işlem veya uygulanacak yaptırım; yaşlılık aylığının bağlanmaması, kesin dönüş tarihine kadar işlemlerin hukuken askıya alınması ve istek olduğunda yatırılan borçlanma bedelinin iade edilmesidir.

Ayrıca Kurul, sigortalının sonradan kesin dönüş şartını gerçekleştirmesi durumunda; bu şartın gerçekleştiği tarihten itibaren aylık bağlama işleminin "askı" durumundan çıkarılması ve kanunun aradığı diğer unsurlar gözetilerek sigortalıya yeniden aylık bağlanması gerektiğini belirtmiştir.

Bu nedenlerle de Kurul, ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur. Kurul Kararındaki bazı ifadelere önemi nedeniyle aşağıda yer vermeyi yararlı buluyoruz:

"(...)Öncelikle, belirtmekte yarar vardır ki, 3201 sayılı Yasa, kendisinden önce yürürlükte bulunan 2147 sayılı yasa ile birlikte; yurt dışında çalışan Türk Vatandaşlarına; yurt dışında çalıştıkları süreleri, döviz karşılığı borçlanma ve buna bağlı yaşlılık sigortasından yararlanma hakkı vermiş ve bu kişilerin, yurt dışındaki ülke sosyal güvenlik kuruluşları kapsamında sosyal güvenliklerine gerek kalmaksızın Anayurt Türkiye'de sosyal güvenceye kavuşma hakkı tanımıştır. Böylece Türkiye'de çalışıp, belli bir sosyal güvenlik kurumu kapsamında bulunan Türk Vatandaşları ile yurt dışında çalışanların sosyal güvenceleri açısından bir farklılık kalmamıştır.

...Hemen belirtelim ki, 3201 sayılı Yasa sistemi, yaşlılık aylığından yararlanabilmek için yurda kesin dönüş koşulunu 1985 yılında getirmesine karşılık,

yakın tarihe kadar, bu koşul Yargıtay uygulamasında, farklı değerlendirilmiş, kimi kararlarda "yurda kesin dönüş yapmadığı anlaşılan ve yurt dışı ilişkilerinin bir süre daha devam ettiği hallerde, bu kişilerin borçlanmalarının iptali ile Kurumun yaşlılık aylıklarını kesme işlemlerine geçerlilik tanınmamışken" kimi kararlarda ise "yurt dışında çalışanların yaşlılık aylığından yararlanabilmesi yönünden, yurda kesin dönüş koşulunun varlığı zorunlu görülmüştür (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.10.1997 gün, 1997/10–588 C, 857 K.sayılı ve 22.04.1999 günlü, 1999/21–284 E, 300 K. sayılı ve daha sonra aynı doğrultudaki kararlar). Bu aykırı görüş ve içtihatlar nedeniyle içtihadı birleştirme talebinde bulunulmuş, ancak Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 12/12/2002 gün ve 108 Sayılı Kararı ile Anayasa Mahkemesinin 12/12/2002 gün ve 2000/36–2002/198 sayılı kararı nedeniyle istem konusuz kaldığından, içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmemiştir.

...Buna karşın; görülmekte olan bu davada olduğu gibi 3201 sayılı Yasa yönünden de, Kurumun benzeri durumlardaki borçlanmanın ve aylık bağlama işleminin iptali yönündeki uygulaması, yasanın özüne olduğu kadar "Anayasal Sosyal Güvenlik" İlkelerine ve yasaların öngördüğü "Sosyal Sigortalar" sistemine aykırıdır.

...Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan kararı ile 3201 sayılı Yasanın 3. maddesinde yer alan borçlanma koşullarından "yurda kesin dönüş koşulu"nın iptal edilmiş olması karşısında, "davacı işçinin borçlanma işleminin iptaline yönelik kurum işleminin tüm hukuki sonuçları ile birlikte iptaline", aylık bağlama işlemi açısından da "davacı işçinin yurda kesin dönüşünün gerçekleştiği tarihe kadar bu hakkının askıda olduğu kabul edilerek işlem yapılması gereğini gözetmeyen kurum işleminin iptaline" karar vermek gerekirken, davanın reddi yönündeki önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır”²²⁸.

²²⁸ YHGK, 5.2.2003 T., 2003/21-790E., 2003/61K., (Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Sa.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.610-17; Çakmak, s.2769-2776), aynı yönde YHGK, 5.2.2003 T., 21-78/59 (Akın, s.973-975).

Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin önüne gelen bir davada sigortalı, 14.9.1996 tarihinde yurda kesin dönüş yaptığını beyan ederek 3201 sayılı Kanun uyarınca yurt dışında geçen hizmetlerini borçlanmış ve talebi üzerine 1.6.1997 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Ancak Kurum, sigortalının 1.1.1972–16.12.1995 tarihleri arasında yurt dışında fiilen çalıştığının ve 17.12.1995–31.12.2000 tarihleri arasında da işsizlik yardımı aldığını tespit etmiştir. Bunun üzerine de Kurum tarafından, sigortalının borçlanması baştan itibaren iptal edilmiş; yaşlılık aylığı bağlandığı tarihten itibaren kesilmiş ve 1.6.1997–22.2.2002 tarihleri arasında ödenen yaşlılık aylıkları da geri istenmiştir. Bu işlemlere karşı sigortalı da, yaşlılık aylığının iptaline ilişkin kurum işleminin iptali, borçlanmanın geçerli olduğunun ve yaşlılık aylığının bağlandığı tarihten itibaren ödenmeye devam edilmesi gerektiğinin tespiti talepleriyle dava açmıştır. Kurum da, fuzulen ödediğini iddia etikleri aylıklarının istirdadı için dava açmış ve bu iki dava birleştirilerek görülmüştür. Yargılama sonunda ilk derece Mahkemesi, dava tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenleme ve borçlanmanın geçerliliği için yurda kesin dönüşü zorunu kabul eden Yargıtay Kararları çerçevesinde, davacının anılan koşulu yerine getirmediği gerekçesiyle sigortalının taleplerini reddetmiş; Kurumun talebini ise kabul etmiştir.

Davanın temyizi üzerine 10.HD Kararında, Anayasa Mahkemesinin borçlanmanın geçerliliği için aranan yurda kesin dönüş koşulunu iptal etmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun borçlanmanın geçerliliği için yurda kesin dönüşün zorunlu olmadığına ve yurda kesin dönüş yapılmaksızın yapılan borçlanmanın geçerli olduğuna ilişkin 5.2.2003 tarihli 2002/21-790E. ve 2003/61K. sayılı Kararını dayanak almıştır. Bu doğrultuda Daire, borçlanmanın geçerli olduğunu, ancak yurda kesin dönüş yapıncaya kadar askıya alınması gerektiğini ve bu süreçte aylık bağlanmışsa fuzulen aylıkların geri istenebileceğini; yurda kesin dönüşün gerçekleştiği tarihi takip eden aybaşından itibaren de aylıkların yeniden ödenmeye devam edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Daire, davacı sigortalının temyiz itirazlarını kabul etmiş ve bu hususları gözetmeyen, dava tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata göre karar veren ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur²²⁹.

²²⁹ 10.HD, 18.3.2003 T., 2002/792E., 2003/2222K. (YKD, C.30, Sa.2, Şubat 2004, s.221–223).

Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin önüne gelen başka bir olayda da, sigortalı 12.10.1996 tarihinde yurda kesin dönüş yaptığını belirterek 3201 sayılı Kanuna göre yurt dışında geçen hizmetlerini borçlanmış ve 21.10.1996 tarihinde kendisine aylık bağlanmasını talep etmiştir. Bunun üzerine Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından sigortalıya 1.11.1996 tarihi itibarıyla aylık bağlanmıştır. Ancak Kurum, 9.1.1997 tarihli TR-4 hizmet cetvelinden sigortalının 31.12.1996 tarihine kadar işsizlik yardımı aldığını tespit etmiş ve borçlanma işlemi ile bağlanan yaşlılık aylığını iptal etmiştir. Sigortalı, hizmet borçlanmasını iptal eden anılan kurum işleminin ortadan kaldırılması, borçlanmanın geçerli olduğunun tespiti, Alman Sigorta Kurumundan emekli olduğu 1.3.2001 tarihinden itibaren geçerli borçlanmasına dayanarak yaşlılık aylığı ödenmesine devam edilmesi talepleriyle 27.7.2003 tarihinde dava açmıştır.

İlk derece Mahkemesi, yargılama sonunda sigortalının taleplerinin kabulüne karar vermiştir. Bu Karar, Yargıtay 10. HD'si tarafından da onanmıştır²³⁰.

Konuya ilişkin bir başka davada, sigortalı 9.7.1995 tarihinde yurt dışı hizmetlerini borçlanmış ve 27.7.1995 tarihinde yaşlılık aylığı bağlanmasını talep etmiştir. Bunun üzerine Kurum tarafından sigortalıya, 1.8.1995 tarihi itibarıyla aylık bağlanmıştır. Kurum, sigortalının 22.9.1971–31.12.2001 tarihleri arasında yurt dışında çalıştığını 1.1.2002–31.8.2004 tarihleri arasında işsizlik yardımı aldığını tespit etmiş ve 17.5.2005 tarihinde sigortalının borçlanma işlemi ile aylık bağlama işlemini baştan itibaren iptal etmiştir. Ayrıca Kurum, sigortalıya 1.8.1995–17.5.2005 tarihleri arasında ödenen yaşlılık aylıklarını faiziyle birlikte geri istemektedir. Bunun üzerine sigortalı, iptal edilen borçlanmasının geçerli olduğunun tespiti, bu borçlanmaya dayanılarak bağlanan yaşlılık aylığının kesilmesine ilişkin Kurum işleminin iptali ve kendisine ödenen aylıklar nedeniyle Kuruma borçlu bulunmadığının tespiti talepleriyle dava açmıştır. Ancak ilk derece Mahkemesi, davayı reddetmiştir.

Davacı sigortalının temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, sigortalının yurda kesin dönüş yapmadığı gerekçesiyle yaşlılık aylığını

²³⁰ 10.HD, 27.9.2004 T., 2004/8643E., 2004/8082K. (Yayınlanmamıştır).

baştan itibaren iptal eden Kurum işlemini yerinde bulmuş; ancak 31.8.2004 tarihinde işsizlik sigortası yardımının kesilmiş olmasının sigortalının yurda kesin dönüş yaptığıın karinesini teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Daire, sigortalının borçlanması geçerli olduğunu ve sigortalıya önceki talebi gözetilerek 31.8.2004 tarihini takip eden aybaşından (1.9.2004) itibaren resen yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Daireye göre; sigortalı 1.8.1995–31.8.2004 tarihleri arasında yersiz ödenen aylıklar yönünden borçlu olmakla birlikte, 1.9.2004–17.5.2005 tarihleri arasında ödenen yaşlılık aylıkları nedeniyle borcu bulunmamaktadır. Bu nedenlerle Daire, ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur²³¹.

Hukuk Genel Kurulunun yukarıdaki Kararından sonra Daireler ve ilk derece Mahkemeleri, istikrarlı bir biçimde yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirmediği gerekçesiyle sigortalının borçlanmasını iptal eden Kurum işlemlerinin geçersizliğinin tespiti ve yurda kesin dönüş tarihinden itibaren aylık bağlanması talebiyle açılan davaları kabul etmektedirler. Ayrıca sigortalının, yurda kesin dönüş yapmamasına karşın, dönüş yaptığı yönünde beyanda bulunması durumunda kendisine bağlanan yaşlılık aylıklarını faiziyle birlikte Kuruma geri ödemesinin gerekliliği de Yargıtayın istikrar kazanan diğer bir görüşü haline gelmiştir²³². Ancak belirtmekte fayda var ki, sigortalının borçlanması geçerliliğine ilişkin daha önce dava açıp davasının reddedilerek kesinleşmiş olmaması, bu davalar bakımından son derece önemlidir²³³.

Yargıtay Dairelerinin ve ilk derece Mahkemelerinin anılan istikrarlı Kararlarına rağmen; Sosyal Sigortalar Kurumu hukuka aykırı uygulamalarını halen sürdürmektedir. Konuya ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlere de değinmek istiyoruz.

²³¹ 21. HD, 30.01.2006 T., 2005/10510E., 2006/399K.(YKD., C.32, Sa.9, Eylül 2006, s.1478-1480).

²³² Yargıtayın bu yönde yayınlanmış ve yayınlanmamış birçok kararı mevcuttur.; 10.HD, 12.2.2004 T., 2003/9695E., 2004/805K. (YKD, C.30, Sa:10, Ekim 2004, s. 1545-1546); 21. HD, 8.6.2004 T., 2004/1968E., 2004/5572 K. (Yayınlanmamıştır).

²³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. bkz. s.156-167.

b) Doktrinde Konuya İlişkin Görüşler

Yargıda olduğu gibi Doktrinde de konu tartışılmış ve farklı görüşler öne sürülmüştür. Güzel ve Okur'un bizim de katıldığımız ortak görüşüne göre; 3201 sayılı Kanun uyarınca kesin dönüş koşulunun yokluğu veya sigortalının tekrar yurt dışına çıkması, sosyal güvenlik hakkının tümüyle ortadan kalkmasına neden olmamaktadır. Bu durum, sadece aylığın başlatılmaması, başladıysa kesilmesi ve ödenenlerin geri alınması biçiminde yaptırıma bağlanmış bulunmaktadır. Bu ortak yoruma karşın Güzel ve Okur; borçlanılan primlerin iadesinin gerektiği durumlarda iadenin nasıl yapılacağı konusunda farklı görüşler öne sürmektedirler.

Güzel, primlerin iadesinde “ödeme tarihindeki kurun”, yani paranın Kurum kasasına girdiği tarihteki kurun esas alınması gerektiği yönündeki Yargıtay kararlarına katılmaktadır. Bu bağlamda Yazar'a göre iade edilecek tutar; borçlanma bedeli ile bu bedele iade anına kadar yürütülecek faiz miktarının toplamından, ödenen yaşlılık aylıklarının düşülmesiyle bulunan miktardır²³⁴.

Okur ise, borçlanma bedelini ödemek için 3201 sayılı Kanunun eski 4. maddesinde döviz bozdurma koşulu bulunduğunu belirtmektedir. Bu nedenle Yazar; primlerin iadesinin de döviz kuru göz önüne alınarak yapılması gerektiğini öne sürmektedir. Bunun için de Yazar'a göre; dövizin, borçlanılan Türk Lirası(TL)'nin Kurum vizesine girdiği tarihteki kurunun değil, iadenin yapılacağı tarihteki kurunun esas alınması gerekmektedir²³⁵.

Tuncay, iyiniyetle sebepsiz zenginleşen Kurumun iade ile yükümlü olduğu tutarın, kazanma anında malvarlığına dâhil olan borçlanma bedeli ile buna iade anına kadar yürütülecek yasal faizden oluşan toplam tutar olduğunu belirten Yargıtay Kararını hukuka ve adalete uygun bulmuştur. Tuncay'a göre de, bulunan bu toplam tutardan önceden ödenmiş olan yaşlılık aylıklarının düşülmesi gerekmektedir.

²³⁴ Bkz. **Güzel/Okur**, s. 383 dipn.139, s.384.

²³⁵ **Okur**, s.199–201.

Yazar, iade edilecek miktarın Türk Lirasını yoksa yabancı para cinsinden mi olması gerektiği konusunda ise; Kurum kasasına primlerin TL olarak girdiği ve aylıkların da TL olarak ödendiğinin göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir. Yani Yazar’a göre; enflasyonist ortamda sonuç her ne kadar borçlu işçinin aleyhine ise de, iade TL üzerinden yapılmalıdır²³⁶.

Laçiner, sorunu öncelikle 3201 sayılı Kanunun 4.maddesini değerlendirerek çözmeye çalışmıştır. Buna göre; maddede döviz ile değerlendirmeden bahsedilmektedir. Ancak maddede Kuruma karşı ödemenin dövizle değil, Türk parası ile yapılacağı da belirtilmiştir. Söz konusu TL değer ise, ilgilinin sahip bulunduğu dövizin Merkez Bankası veya yetkili bankalara satılarak temin edilmesi gerekmektedir. Bu durumda sigortalının, borçlanma bedelinin kurum hesabına transferini gerçekleştirdiği tarihteki kur ile primlerin iadesi tarihindeki kur arasındaki fark kadar değer kaybı bulunmaktadır. Yazar’ a göre; Kurumun zenginleşme üst sınır olmak üzere paranın faizini sigortalıya ödemesi gerekir, fakat talep tarihindeki Kur üzerinden ödemenin yapılması mümkün değildir²³⁷.

Araslı’ya göre, sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda aranan koşullar ile 3201 sayılı Kanunda aranan koşullar arasında bir paralellik ve ayniyet bulunmalıdır. Bilindiği üzere, 506 sayılı Kanun uyarınca işten ayrılma koşulunu gerçekleştirmeden yaşlılık aylığı bağlanması için Kuruma başvuranlar bakımından bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Bu durumda yaşlılık aylığı işlemleri askıya alınmakta; eğer aylık bağlanmışsa bağlanan aylık kesilmekte ve sigortalıya ödenmiş aylıklar geri alınmaktadır. Ancak hiçbir zaman, sigortalının o güne kadar ödediği tüm primler yok sayılmamakta veya iptal edilmemekte; sigortalı sosyal güvenceden yoksun bırakılmamaktadır. Yazar bu nedenlerle, yurda kesin dönüş koşulunun bulunmadığının anlaşılması halinde, uygulanacak yaptırımın 506 sayılı Kanun ile aynı olması gerektiğini savunmaktadır. Yani böyle bir durumda, aylıklar kesilmeli ve ödenmiş aylıklar faiziyle birlikte geri alınmalıdır. Ancak borçlanma iptal edilmemelidir²³⁸.

²³⁶ Tuncay, 237–239.

²³⁷ Laçiner, s.627, 637–638.

²³⁸ Araslı, s. 1724–1726.

Aslanköylü, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli iptal Kararı öncesinde, borçlanma ve aylık bağlanması için yurda kesin dönüş koşulunun yerine getirilmesi gerektiğini; buna uyulmamasının sigortalılığın iptali sonucunu doğuracağını belirtmiştir. Yazar, sigortalının kesin dönüş yapmadığı halde aksi yönde beyanda bulunarak Kurumu yanıltması nedeniyle Borçlar Kanununun 63. maddesi uyarınca iyiniyetli sayılamayacağı görüşündedir. Böyle bir durumda sigortalının, almış olduğu aylığı faizi ile birlikte Kuruma iade etmesi gerekmektedir. Ancak Kurumun da borçlanma bedeline, bedelin Kuruma yatırıldığı tarihten iade edildiği tarihe kadar faiz uygulaması gerekmektedir²³⁹.

Aslanköylü, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı ve Kanunun 3. maddesinde 29.7.2003 tarihli 4958 sayılı Kanunun 56. maddesiyle yapılan değişiklik sonrasında konuya ilişkin yukarıdaki görüşlerini değiştirmiştir. Yazar, borçlanmanın iptalinin salt yurda kesin dönüş koşulunun yerine getirilmemesinden kaynaklandığı durumlarda, sigortalının Kurum işleminin iptali için süreye bağlı olmaksızın mahkemeye başvurabileceğini ve mahkemenin de Kanunun 3. maddesi uyarınca bu talebi kabul etmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak Aslanköylü, geniş kitlelere sık sık ve hatta sürekli olarak borçlanma olanağının verilmesi halinde ülkenin ekonomik istikrarı bozulacaksa, borçlanma hakkının tanınmayabileceğini ve bu durumun Anayasaya aykırılık oluşturmayacağını ifade etmektedir. Yazar, bu gerekçeler ile Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarih 2000/36E. ve 2002/198K. sayılı iptal Kararına da katılmamaktadır²⁴⁰.

c) Konuya İlişkin Görüşlerimiz

3201 sayılı Kanun uyarınca, yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için sigortalının yurda kesin dönüş yapmasının zorunlu ve gerekli olduğunu belirtmiştik²⁴¹. Bilindiği üzere sigortalının yurda kesin dönüş yapmamasına rağmen, Kuruma bu koşulu gerçekleştirdiği yönünde yanıltıcı beyanda bulunduğunun tespit edilmesi halinde Sosyal Sigortalar Kurumu, borçlanmayı tamamen iptal etmektedir. Kanımızca bu

²³⁹ Aslanköylü, s.2648–1651.

²⁴⁰ Aslanköylü, s.2758–2759.

²⁴¹ Bkz. s. 128–129.

durumda; Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli iptal Kararı ve 4958 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler sonrasında yapılması gereken işlem Kanunun 6. maddesine paralel bir biçimde; aylığın kesilmesi ve ödenen aylıkların faizi ile birlikte geri alınmasıdır. Bu bağlamda, Sosyal Sigortalar Kurumunun borçlanmayı tamamen iptal eden işlemlerinin hukuka aykırı olduğu görüşündeyiz. Bu nedenle de sigortalıların, Kurumun iptal işlemlerinin geçersizliğine ilişkin dava açmaları gerekmektedir. Bunun sonucunda koşullar oluşmuşsa, Kurumun borçlanmanın iptaline ilişkin işlemi ortadan kaldırılacak ve borçlanmalar kurum tarafından hiç iptal edilmemiş gibi baştan itibaren geçerli olacaktır. Dolayısıyla sigortalı, bu süreçte yurda kesin dönüş yapmışsa ve aylık bağlanması talebinde bulunmuşsa, kendisine bu talep tarihini izleyen aybaşından itibaren yaşlılık aylığı bağlanmalıdır ve borçlanmasının iptali nedeniyle ödenmemiş aylıkları da faiziyle birlikte ödenmelidir.

Buna karşın bazı sigortalılar, Kurumun iptal işlemine karşı dava açmamış veya açtıkları davalar çeşitli nedenlerle (örneğin kesin hüküm) reddedilmiş olabilir. Bu durumdaki sigortalılar yönünden ise; borçlanma bedelinin Kurum kasasına girdiği tarihteki Türk Lirasına, bu tarihten bedelin iadesi tarihine kadar yasal faiz uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü iade tarihindeki kur üzerinden Kurumun deme yapması halinde; Kurum döviz kurunda meydana gelen büyük orandaki artışlardan olumsuz etkilenecek ve zenginleştiği meblağdan fazlasını ödemek zorunda kalacaktır. Çünkü bilindiği üzere bedel, kurumun kasasına Türk Lirası olarak girmektedir. Yani Kurum, bedeli döviz olarak kullanmamaktadır. Ayrıca aylıklarda yine Türk Lirası olarak ödenmektedir.

İadenin bu şekilde yapılmasını savunmamızın bir diğer nedeni de; bu sorunun ortaya çıkmasına sigortalının yanıltıcı beyanının ve kusurunun neden olduğu, dolayısıyla bu konuda sigortalının iyiniyetli sayılamayacağı gerçeğidir. Bu nedenle de Kurumu zenginleştiği miktarın da üzerinde, bir tür tazminat ödemeye mahkûm etmek hakkaniyete uygun değildir.

Konuya ilişkin olarak değinmek istediğimiz önemli bir konuda, 3201 sayılı Kanunda meydana gelen anılan değişiklikler öncesindeki düzenlemeler uyarınca

yerinde olan yurda kesin dönüş yapılmaması nedeniyle borçlanmanın iptali işlemine ilişkin Yargıtay görüşleridir. Yargıtay, Kurumun iptal işlemini, işlem tarihindeki mevzuat uyarınca yerinde bulmakla beraber, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli iptal Kararı ve 4958 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde geçmişe etkili olarak işlemin baştan itibaren sonuç doğuracak biçimde iptaline ve borçlanmanın da yine baştan itibaren geçerli olduğuna karar vermektedir. Bu doğrultudaki Yargıtay Kararları, Anayasa Mahkemesi kararlarının ve Kanunların geriye yürümezliği ilkeleri çerçevesinde bakıldığında kanımızca tartışmalıdır ²⁴². Çünkü anılan Kararlar ile işlemin yapıldığı tarihteki mevzuat uyarınca yerinde olan Kurumun iptal işleminin, ortadan kaldırdığı borçlanmalar yeniden canlandırılmaktadır. Ancak kanımızca, Yargıtayın anılan görüşleri sosyal güvenlik ilkelerine, Anayasanın 60. ve 62. maddelerine uygundur²⁴³. Sosyal güvenlik hakkı Anayasamız ile de güvenceye alınmış; vazgeçilemez ve devredilemez bir haktır. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkının, bir Kanun maddesine dayanarak da olsa ortadan kaldırılmasına yönelik işlemlerin kabulü mümkün değildir.

Ayrıca belirtmeliyiz ki, sigortalılığın yıllar öncesinde yurda kesin dönüş yapılmaması nedeniyle iptal edilmesine ilişkin işlemlere karşı, dava açmak için Kanunumuzda herhangi bir süre kısıtlamasına yer verilmemiştir. Başka bir ifadeyle, konu İdare hukukuna ait olmadığı için, burada öngörülen 30 veya 60 günlük dava açma süreleri olayımızda uygulanamaz. Böyle bir durumda da sigortalıların, iyiniyet kurallarına aykırı düşmeyecek ileri bir tarihte de dava açmalarını engelleyecek herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda da, Anayasa Mahkemesinin kararlarının eldeki ve sonra açılacak davalara uygulanmasının zorunluluğu ilkesi ile 3201 sayılı Kanunun 3.maddesinde 4958 sayılı Kanunla yapılan değişikliği göz önüne aldığımızda, sigortalıların açtığı Kurum işleminin iptali davalarına bu değişikliklerin uygulanması gerekmektedir. Böylece, Kurumun sigortalılığı iptal eden işleminin ortadan kaldırılması ve sigortalılığın baştan itibaren geçerli olacak biçimde sonuç doğurması hukuki bir gereklilik haline gelmektedir. Zaten Anayasaya aykırı

²⁴² Karş. 156-167.

²⁴³ Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar (AY. m.60). Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır (AY.m.62).

düzenleme yapan Kanun Koyucunun bu hatasından kaynaklanan olumsuzlukları, sigortalılara yüklemek de hakkaniyete uygun düşmemektedir.

Yukarıda günümüzde yürürlükte bulunan mevzuat çerçevesinde sigortalının gerek borçlanma gerekse yaşlılık aylığı bağlanması aşamasında veya sonrasında yurda kesin dönüş yapmadığının tespit edilmesi durumlarında yapılacak işlemleri inceledik. Aşağıda da 2008 yılında yürürlüğe girmesi beklenen 5510 sayılı Kanun uyarınca sigortalının aylık bağlandıktan sonra, tekrar yurt dışında yaşamasının sonuçlarını inceleyeceğiz.

4) 5510 sayılı Kanun Döneminde Sigortalının Yaşlılık Aylığı Bağlandıktan Sonra Yurt Dışında Yaşamaya Başlaması:

Yukarıdaki bölümde de kısmen değindiğimiz bu durum, 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin B fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan bu maddede, 5510 sayılı Kanunun 105/E-6 maddesi ile bazı değişiklikler yapılmıştır. Maddenin yeni hali şöyledir:

“Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tâbi çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanlar ile Türkiye’de sigortalı çalışmaya başlayanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun sosyal güvenlik destek primi hakkındaki hükümleri, bu Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlar için uygulanmaz.”²⁴⁴

Maddenin eski halinde, bu Kanun uyarınca yaşlılık aylığı bağlanan sigortalıların sonradan tekrar yurt dışında çalışmaya başlaması durumunda yapılacak işlemler belirtilmekteydi. Görüldüğü üzere bu maddede yer alan “tekrar yurt dışında

²⁴⁴ Maddenin değişiklik öncesi metni şöyleydi: “Bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden aybaşından itibaren aylıkları kesilir. Bunlardan yeniden kesin dönüş yapanların, bu hizmetlerini 4’üncü madde hükümleri gereğince borçlanmaları şartıyla aylıkları bu süreler de dikkate alınarak yeniden hesaplanır. Bu borçlanmayı yapmayanların eski aylıkları yurda kesin dönüş tarihini takip eden aybaşından itibaren müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanır.”.

çalışmak” unsuru; yurda kesin dönüş koşuluna ilişkin uygulamada çıkan sorunlar ve ülkemiz sosyal güvenlik mevzuatı da göz önüne alınarak genişletilmiştir. Buna göre;

1- Yabancı ülke mevzuatına bağlı olarak çalışanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları tarihten itibaren,

2- İkamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği (işsizlik yardımı gibi) alanların aylıkları, ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren,

3- Türkiye’de sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıkları, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren kesilir²⁴⁵.

Anılan bu durumlarda sigortalıya ödenen yaşlılık aylığı kesilerek, aylık bağlama işlemi askıya alınacaktır. Sigortalının yurda tekrar kesin dönüş yaptığı tarihten itibaren de, talep üzerine aylıklar ödenmeye devam edecektir.

Bu bölümde değinmek istediğimiz diğer bir konuda, değişiklik ile sosyal güvenlik destek primine ilişkin getirilen düzenlemedir.

a) Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma ve Yaşlılık Aylığı Alma:

3201 sayılı Kanunun 6. maddesinde 5510 sayılı Kanunla yapılması öngörülen değişiklik ile bu Kanundan yararlanarak yaşlılık aylığı bağlananlara, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primi hakkındaki maddelerinin uygulanmayacağı düzenlemesi eklenmiştir. Söz konusu sosyal güvenlik destek primine ilişkin düzenlemeler, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 30. maddesinde yer almaktadır²⁴⁶.

Bilindiği üzere sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma sistemi uyarınca sigortalılara, hem yaşlılık aylığını almak hem de sigortalı işte çalışmak olanağı tanınmıştır. Çünkü kendisine yaşlılık aylığı bağlanan sigortalının, herhangi

²⁴⁵ Tabii ki sigortasız çalışmanın tespiti durumunda da bağlanan aylıklar kesilir.

²⁴⁶ Bu madde de yer alan memurlara ilişkin bazı hükümler Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarihli 2006/111E. ve 2006/112 K. sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Bu madde, Kanun Koyucu tarafından yeniden düzenlenecektir.

bir prim ödemeden sigortasız işçi olarak çalıştırılması mümkün değildir. Sigortalı çalışmaya başlayınca da iki seçenek ortaya çıkmaktadır. Birincisi, sigortalının yaşlılık aylığının kesilmesi ve tüm primlerinin diğer sigortalılar gibi ödenmeye devam edilmesidir. Sigortalının bu çalışma süreleri de ileride aylığının hesaplamasında göz önüne alınacaktır. İkincisi ise, sigortalının sosyal güvenlik destek primi ödeyerek hem yaşlılık aylığını, hem de çalışmasının karşılığı olan ücretini almasıdır. Ancak bu süreler ileride yaşlılık aylığının hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır ²⁴⁷. İşte 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin B fıkrası ile bu Kanundan yararlanarak yaşlılık aylığı bağlanan sigortalıların, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma ve aynı zamanda yaşlılık aylığı alma olanakları ortadan kaldırılmıştır. Aşağıda bu düzenlemeye ilişkin görüşlerimizi ve düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyeceğiz.

b) Sosyal Güvenlik Destek Primine İlişkin Düzenlemenin Anayasa'ya Uygunluğu:

Anılan yeni düzenlemeyi değişik görüşler çerçevesinde değerlendirdiğimizde iki farklı sonuç ile karşılaşmaktayız. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 506 sayılı Kanun uyarınca Türkiye'deki çalışmaları ile sigortalılığa hak kazananlar bakımından, sosyal güvenlik destek primi ödemek koşuluyla çalışırken de aylık alma olanağı tanınmıştır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 506 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanun arasında paralellik ve ayniyet bulunduğu yönündeki görüşleri ²⁴⁸ doğrultusunda olaya baktığımızda, bu olanağın 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanma yaparak aylığa hak kazananlar için de tanınması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

Kanımızca, 3201 sayılı Kanunda açıkça atıf yapılan hususlar dışında Kanunun, 506 sayılı Kanundan veya yeni yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Kanundan ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü 3201 sayılı Kanun, sosyal güvenlik sistemimizdeki temel yapıdan büyük ölçüde farklılıklar içeren kurallara bağlanmıştır. Bu farklılıklar, sosyal güvenlik bakımından

²⁴⁷ Güzel/Okur, s.399-403.

²⁴⁸ 21.HD, 19.4.2002 T., 2002/1881 E., 2002/3567 K. bkz. s.138-141; ayrıca bkz. 21.HD, 5.2.2002, 671/691 (Akın, s.964).

değerlendirilebilecek süreler, ödenecek primler, ödeme süreleri, aylık bağlama koşulları gibi birçok noktada belirginleşmektedir. Bilindiği üzere; sigortalıya aylık bağlanabilmesi için sadece 506 sayılı veya yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Kanunlarda yer alan koşulların yerine getirilmesi yeterli değildir; aynı zamanda 3201 sayılı Kanundaki farklı koşullarında yerine getirilmesi de bir zorunluluktur. Eğer 3201 sayılı Kanun diğer Kanunlara tamamen paralel olsaydı, sadece 506 veya 5510 sayılı Kanunlardaki koşulların yerine getirilmesi aylık bağlanması için yeterli olurdu.

Ancak belirtmeliyiz ki; sosyal güvenlik sistemi içerisinde de, Anayasamız uyarınca hiçbir zümre için ayrıcalıklar tanınamayacağından, Kanunlar arasında belirli noktalarda paralellik olması da doğaldır. Bunlara rağmen Kanunların, tamamen paralel olduğu noktasından hareketle yorum yapılırsa, farklı hukuki durumdaki kişiler aynı kanunlara tabi kılınmış olur ki, bu durum uygulamada sorunlara yol açabilir. Örneğin bu yorumda 3201 sayılı Kanun uyarınca yaşlılık aylığı bağlananların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma hakkından yararlandırılmamalarını açıklamak mümkün değildir. Başka bir ifadeyle bu hakkın tanınmaması Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 49. maddesindeki çalışma hakkına aykırılık teşkil eder.

Bize göre ise, bu yeni düzenleme farklı hukuki durumda bulunanların farklı kurallara tabi kılınabilmesinin bir sonucudur. Çünkü ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil geçerli kılar. Başka bir ifade ile durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Bu nedenle aynı hukuksal durumda olanların aynı, ayrı hukuksal durumda olanların da ayrı kurallara bağlı tutulmaları Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesini zedelemes ²⁴⁹. Eğer kural haklı bir nedene dayanmaktaysa ve kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuşsa, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez. Ancak bu bağlamda, bazı kişilere ve zümrelere ayrıcalıklar tanınmaması gerektiği de göz önüne alınmalıdır.

²⁴⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli 2000/36 E. ve 2002/198 K. sayılı İptal Kararı, ek-I; ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesinin 2.5.1991 T. 1990/28E.,1991/11K. (RG: 16 Ekim 1991, s. 21023).

Kanımızca 3201 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen bu düzenleme olmasaydı, yaşlılık aylığı bağlanması koşulları bakımından 5510 sayılı Kanun da uygulanacağından sigortalıların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma ve aynı zamanda aylık alma hakkından yararlanmaları mümkün olacaktı. Ancak bu durumda dahi sigortalılar yalnız yurt içinde bir işte çalışabileceklerdi, başka bir ifadeyle sosyal güvenlik destek primi ödeseler de 3201 sayılı ve 5510 sayılı Kanunlar çerçevesinde yurt dışında çalışma olanakları bulunmayacaktı. Çünkü 5510 sayılı Kanunun 30.maddesinde de, açıkça bu Kanuna bağlı çalışanlara anılan hakkın tanındığından söz edilmektedir. Yani yurt dışında 5510 sayılı Kanuna bağlı çalışmayanlar bu haktan yararlanamazlar.

Bilindiği üzere, yurt dışı hizmet borçlanması, istisnai bir olanak olup sosyal güvenlik sistemimizin temelini oluşturan “Paylaşım Modeli” ne uygun değildir. Bu hak, yurt dışında yaşayan ve anavatanlarına dönüş yapan vatandaşlarımız ile ailelerine sosyal güvenceye kavuşmaları için tanınmıştır. Bu bağlamda ülkemizde çalışmaya başlayan sigortalıların zaten belirli konularda sosyal güvenceye kavuşacakları göz önüne alındığında, bu kişilere bir de 3201 sayılı Kanun uyarınca aylık da bağlanarak sosyal güvence sağlanması gerekli görülmeyebilir. Ayrıca işten ayrılan vatandaşlarımızın 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlandıkları süreleri ve Türkiye’de çalışarak geçirdikleri sürelerini birleştirerek sosyal güvenceye kavuşma olanakları bulunmaktadır. Ayrıca bu düzenleme Kanun Koyucu tarafından, ülkemizin sınırlı olan iş sahalarının daha da azalmasını önlemek bakımından da getirilmiş olabilir. Ancak belirtmeliyiz ki, 5510 sayılı Kanunun geneli dikkate alındığında bu düzenlemeyle yurt dışından yıllarca birikim yaparak dönen ve ülkemizde işletme açarak iş istihdamına katkı sağlamak isteyen vatandaşlarımız da caydırılmaktadır.

Görüldüğü üzere, bu düzenlemeyle yurt dışı hizmet borçlanması yapmış sigortalılar bakımından önemli bir olanağın kullanılması engellenmiştir. Anılan nedenlerle konunun daha uzun yıllar tartışılacağı ve sonucunda Anayasa Mahkemesinin önüne gideceği görüşündeyiz.

5) Aylık Bağlandıktan Sonra Yurt Dışında Çalışılan Sürelerin Yeniden Borçlanılması:

3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin yürürlükteki metnine göre; yurt dışında tekrar çalıştıkları için aylıkları kesilen sigortalılar, daha sonra yurda kesin dönüş yaptıklarında bu sürelerini de borçlanabilme hakkına sahiptirler. Ayrıca borçlanılan bu süreler aylık hesabında göz önüne alınmaktadır. Ancak son değişiklik ile düzenlenen maddede bu konuya ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.

Buna karşın Kanun Koyucu, 5510 sayılı Kanunun 30. maddesinin üçüncü fıkrasında yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya veya ikamete dayalı sosyal yardım almaya başlayanların yaşlılık aylıklarının kesileceği; bu kişilerin işten ayrılıp istekte bulunmaları durumunda da, aylıklarının yeniden hesaplanarak bağlanacağı belirtilmiştir. Ayrıca maddeye göre; bu durumda olanların yeniden hesaplanan yaşlılık aylığı, 55. maddenin ikinci fıkrasına göre yeni talep tarihine kadar yükseltilecek eski aylıklarının altında da olamaz.

Bilindiği üzere, 3201 sayılı Kanunun 6/A maddesinin son fıkrasında; bu Kanun uyarınca koşulları yerine getirenlerin aylıklarının Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre bağlanacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, 5510 sayılı Kanunun 30. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeyi göz önünde bulundurduğumuzda; sigortalıların sonradan yurt dışında geçen sürelerini borçlanarak, bu sürenin de aylık hesabında dikkate alınmasını sağlama olanaklarının değişiklikler sonrasında da bulunduğu kanaatindeyiz

Yukarıda 3201 sayılı Kanun uyarınca yurda kesin dönüş koşulunu, Sosyal Sigortalar Kurumunun uygulamalarını ve bu uygulamalara karşı sigortalıların açtıkları davalarda verilen kararları inceledik. Aşağıda gerek bu Kararlar gerekse Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli Kararı sonucunda uygulamada ortaya çıkan yeni bir tartışmaya değinmek istiyoruz.

II) Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Kesin Hükümlere Etkisi:

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli Kararı ve bunu takiben 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde 4958 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleştirilmemesi nedeniyle sigortalının borçlanması iptal edilemeyeceği yönünde Kararlar vermiştir. Ancak bu durumun ortaya çıkardığı önemli bir sorun da; Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı öncesinde aynı konuda dava açmış; fakat o dönemdeki mevzuat çerçevesinde talepleri mahkemece reddedilmiş ve bu ret kararı kesinleşmiş olan sigortalıların yeniden dava açma haklarının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmıştır. Öncelikle konuya ilişkin Yargıtay Dairelerinin görüşlerine yer vermek istiyoruz.

1) Konuya İlişkin Yargı kararları:

Yargıtay Dairelerinin, sigortalılığın iptaline ilişkin Kurum işlemlerinin geçersizliğine karar vermeye başlaması üzerine, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı öncesinde açtıkları davaları reddedilen birçok kişi yeniden dava açmaya başlamıştır. Ancak davaların kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi konusunda, Daireler ve ilk derece Mahkemeleri arasında yaşanan uyuşmazlıklar sonucunda konu birçok kez Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir.

Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, ilk derece Mahkemeleri ve Yargıtay Daireleri tarafından dayanak kabul edilen ayrıntılı Kararlarından biri, 31.3.2004 tarih ve 2004/21-156E., 2004/194K. sayılı Kararıdır. Dava konusu olay şu şekilde gerçekleşmiştir:

Davacı sigortalı, 3201 sayılı Kanun uyarınca yurt dışında geçen 31.7.1972–31.12.1995 döneminde bir kısım (4900 gün) hizmetini 11.5.1996 tarihinde yurda kesin dönüş yaptığını bildirerek davalı kuruma borçlanmıştır. Ayrıca davacının 865 gün de yurt içi sigortalılığı bulunmaktadır. Sigortalı, 15.7.1996 tarihinde yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunmuş, 1.8.1996 tarihinden geçerli olmak üzere de davacıya aylık bağlanmıştır. Sonradan SSK tarafından Alman sigorta Kurumundan

getirilen hizmet cetveli aracılığıyla davacının borçlanma ve aylık bağlanması talep tarihi ile devamında 31.10.1998 tarihine kadar yurt dışında işsizlik yardımı aldığı tespit edilmiştir. Kurum buna dayanarak sigortalının "yurda kesin dönüş yapmadığı" gerekçesi ile borçlanma ve yaşlılık aylığı bağlama işlemini iptal etmiştir. Buna karşı sigortalı, 16.8.1999 tarihinde dava açmış ve kurumun borçlanma ve yaşlılık aylığını iptal eden bu işleminin geçersizliğinin tespitini talep etmiş, ancak ilk derece Mahkemesi bu talebi reddetmiştir. Bu ret Kararı, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 29.2.2000 günlü Kararıyla onanarak kesinleşmiştir.

Davacı sigortalı, daha sonra Yargıtayın görüş değişikliğini de dikkate alarak yeniden dava açmıştır. Sigortalı, davasında yukarıda yer verdiğimiz ilk dava sürecini anlattıktan sonra, kendisine ödenen aylıkların icra yoluyla geri alındığını belirtmiştir. Sigortalı bu davada, 31.10.1998 tarihi itibarıyla yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirmiş ve bu tarih itibarıyla yeniden yaşlılık aylığı bağlanması için davalı Kuruma başvurmuş olmasına karşın, isteminin reddedildiğini belirterek; kendisine 1.11.1998 tarihi itibarıyla yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Kurum, davacının aynı konu için daha önce açmış olduğu davanın reddedildiğini ve bu Kararın Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin onama Kararı ile kesinleştiğini belirterek, davanın öncelikle kesin hüküm nedeniyle reddini talep etmiştir.

İlk derece Mahkemesi de, ilk dava ile söz konusu bu yeni davada; tarafların, dava konusunun ve dava sebebinin aynı olduğunu belirterek davayı "kesin hüküm" nedeniyle reddetmiştir. Davacının temyizi üzerine bu kez 21. Hukuk Dairesi, davacının bu davayı açmasının nedeninin Sosyal Sigortalar Kurumunun ikinci bir nızası olduğunu, böylece yeni bir dava prosedürünün başladığını belirtmiştir. Daireye göre, her ne kadar iki davanın tarafları, konusu ve istemleri birbiri ile aynı olsa da; idarenin yarattığı her niza için açılan iptal davaları diğerinden bağımsız olacağından, ortada HUMK 237. maddesi çerçevesinde kesin hüküm sorunu bulunmamaktadır. Ayrıca, 22.3.1946 tarih 26/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararına göre; her olayın hukuksal hükümleri o olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Kanun hükümlerine tabiidir. Bu bağlamda Daireye göre, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002

tarikh 2000/36 E. ve 2002/198K. sayılı iptal Kararı sonucunda, 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma yapılabilmesi için yurda kesin dönüş yapmak zorunluluğu kalkmıştır ve sigortalılar yönünden yeni bir hak doğmuştur. Gelişen bu koşullarda, mevcut davalar için mevcut yasaların uygulanması gerekliliği ilkesinin bir sonucu olarak; Kanundaki bu değişikliğin, eldeki kesinleşmemiş bu davaya da uygulanmalıdır.

21.HD'nin diğer bir gerekçesi de, sosyal güvencenin vazgeçilmezliği ilkesinden hareketle Anayasa Mahkemesi tarafından hassasiyetle karşılanıp kabul gören bir hakkın kullanılmasının engellenmesinin, sosyal güvenlik hukuku ilkelerine ve Sosyal devletin korumacılık anlayışına aykırı bir davranış olmasıdır. Bu nedenlerle Daire 30.6.2003 tarihli 2002/8706E. ve 2003/6247K. sayılı Kararıyla, kesin hüküm nedeniyle davanın reddini yerinde bulmamış ve 3201 sayılı Kanunun son hali dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken, buna uyulmamış olmasını bozma nedeni kabul etmiştir.

İlk derece Mahkemesinin kendi Kararında direnmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gelmiştir. Kurul, Kararında önce dava şartlarının tanımını yapmıştır. Buna göre dava şartları, dava açılabilmesi için değil; mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan Kamu düzeni ile ilgili zorunlu şartlardır. Dava şartları dava açılmasından, hüküm verilmesine kadar varolmalıdır. Kurula göre; dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığına öğrenilmesi durumunda mahkemenin davayı mesmu (dinlenebilir) olmadığından reddetmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda Kurul, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile çözümlenmemiş olmasının dava şartı olduğunu ifade etmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 237. maddesine göre, birinci dava ile ikinci davanın dava konusunun, dava sebeplerinin ve taraflarının aynı olması maddi anlamda kesin hüküm oluşturur. Kurula göre; kesin hüküm, hem bireyler hem de devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla, hukuki güvenilirlik ve yargı erkine güven sağlandığından, kavram kamu yararı ile doğrudan ilgilidir. Bu nedenle de kesin hüküm, usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve davanın her aşamasında öne sürülebilir. Yine mahkeme tarafından da kendiliğinden dikkate alınabilir.

Kurul Kararında, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararlarının hukuki kapsamına ve uygulama alanına da değinmiştir. Buna göre; Anayasa Mahkemesinin iptal kararları Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğurur. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının etkisi henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalar yönünden geçerlidir. Kurul, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının İdari Yargıdaki iptal kararlarından farklı olduğunu ve kararın geriye yürüme etkisinin bulunmadığını ifade etmiştir. Yani, Anayasal Yargıda iptal edilen kuralın baştan beri geçersiz duruma geldiği esası benimsenmemiştir. Kurula göre; Türk Anayasa sisteminde benimsenen iptal kararının geriye yürümezliği kuralının getiriliş amacı, Devlete olan güven duygularını sarsmamak, Devlet yaşamında kargaşaya neden olmamak ve toplum huzurunun sarsılmamasını sağlamaktır.

Kurul, yukarıdaki yorumuna örnek olarak kazanılmış haklar ilkesini göstermiştir. Kurula göre; hukuksal ve maddi alanda etkisini göstermiş hukuk kuralları uyarınca tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bulunan kazanılmış hakların korunması hukuk devletinin bir gereğidir. Bu nedenle de, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, kazanılmış hakları ortadan kaldıracak şekilde geriye yürümeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Kurul, uyuşmazlığı Anayasa Mahkemesi Kararının yanı sıra; bu Karar sonrasında 3201 sayılı Kanunun 3. maddesini değiştiren 4958 sayılı Kanunun 56. maddesi yönünden de değerlendirmiştir. Kurula göre; kanunun ancak konuya ilişkin ihya hükmü içermesi durumunda, sigortalıların yeniden dava açma olanağı doğabilirdi. Ancak 4958 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede bu doğrultuda bir hüküm bulunmadığından kesin hüküm sorunu, bu konuda da ortaya çıkmaktadır.

Tüm bu ilkeler ve tartışmalar doğrultusunda olayı inceleyen Kurul, şu Karara varmıştır:

“(...)Eldeki davanın tarafları ve konusu önceki dava ile aynı olup, dayandıkları maddi vakıalar da aynıdır. Bu açık durum karşısında kesin hükmün varlığında kuşku bulunmamaktadır. Kesin hükme rağmen açılan ve tarafları, dava

konusu, sebebi, dayanakları aynı olan ikinci davanın dinlenmesine olanak bulunmadığı gibi, bu ikinci davanın temyiz aşamasında verilen Anayasa Mahkemesi kararının yine yukarıda açıklanan ilkeler karşısında bu davaya etkisinin olabileceği de düşünülemez. Diğer önemli bir hususta, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile (H.U.M.K. Md. 237) çözümlenmiş olmasının dava şartı olması ve olumsuz dava şartı adıyla adlandırılan bu şartın başkaca araştırma yapılmaksızın, davanın salt bu nedenle reddini gerektirmesidir. Kısacası; eldeki davada davanın görülebilirlik şartları yoktur ve ileriye etkili olacak bir iptal kararının bu olumsuz şartı oluşturan kesin hükmü ortadan kaldırıcı bir niteliği de bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının kural olarak resmi gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğuracağı unutulmamalıdır. Bu nedenledir ki dairenin görüşünün aksine Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce iptal edilen yasa kuralına dayanılarak kesinleşmiş mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi kararından etkilenmeyeceği açıktır. Daha açık anlatımla Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, iptal edilen yasa kuralına dayanılarak daha önce verilip kesinleşmiş olan hükme etkili olması olanaklı değildir. Mahkemece davanın kesin hüküm nedeniyle reddi ve aynı nedene dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.”²⁵⁰

Yargıtay 21.HD’nin, yukarıdaki Genel Kurul Kararı sonrasında verdiği kararlarında görüş değiştirdiği anlaşılmaktadır. Benzer bir olay hakkında Daire, dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğunu belirtmiş; olayda yeni bir niza söz konusu olmayıp ret ile sonuçlanan 3201 sayılı Kanunun 3. maddesine dayalı ilk dava ile bu davanın vakıalarının, diğer bir deyişle sebeplerinin aynı olduğuna karar vermiştir. Ayrıca Daire, Anayasa Mahkemesince verilen 3201 sayılı Kanunun 3. maddesindeki kesin dönüş koşulunun iptalini öngören Kararın, bu davaya etkisi olmayacağını; çünkü Anayasa Mahkemesinin kararlarının geriye yürümeyeceğini belirtmiştir. Bu gerekçelerle de Daire, davanın kesin hüküm

²⁵⁰ YHGK, 31.3.2004 T., 2004/21-156E., 2004/194K. (YKD, C.30, Sa.5, Mayıs 2004, s.667–678; Aslanköylü, s.2661–2668), ayrıca kararın değerlendirmesi için bkz. **Okur**, s.196–198.

yönünden reddedilmesi gerekirken, kabulüne karar veren ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur²⁵¹.

10. HD'nin 21.4.2003 tarih, 2003/3141E., 2003/3670K. sayılı Kararında da, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararının elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu bulunduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda Daire; kesin hükmün, hukuki güvenilirlik ve yargı erkine güven sağladığını belirtmiş ve Anayasa Mahkemesinin iptal Kararından önce, iptal konusu kanun maddesine dayanılarak kesinleşen mahkeme kararının Anayasa Mahkemesinin kararından etkilenmeyeceği sonucuna varmıştır²⁵².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.01.2004 tarihli, 2004/10-44E., 2004/19K. sayılı Kararı da uygulama ve doktrin açısından önemli diğer bir Karardır. Karara konu olaydaki uyuşmazlık, sigortalı ile Kurum arasındaki alacak davasına ilişkin olarak ilk derece Mahkemesinin kısmen kabul, kısmen ret kararı vermesine karşın; yalnızca Kurumun kararı temyiz etmesinin sonuçları üzerinde toplanmaktadır.

²⁵¹ 21.HD, 15.6.2004 T., 3434/5920, bu Karar Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.2.2005 T., 2005/21-66 E., 2005/93K. sayılı Kararı ile onanmıştır (**Okur**, s.198–199). Karara ilişkin kapsamlı bir karşı oy yazısı bulunmaktadır. Karşı oy yazısında yer verilen görüşler özetle şunlardır: “...Davacının istemi yine birinci davadaki gibi borçlanmanın geçerliliği ve iptal edilen aylıklık aylığının kesildiği tarihten ödenmesi ise de bu isteme uygulanacak yasa maddesi artık birinci dava ile aynı yasa maddesi değildir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile yeni bir şekil almıştır. Benzer tüm davalarda uygulanması zorunludur. Bu sonuç Anayasa Yargılamasının bir gereğidir. Oysa ki, kesin hükmün varlığını belirleyen davanın sebebi artık değişmiştir... Eldeki davada davanın maddi sebepleri aynı ise de hukuki sebebi artık farklı olduğu için kesin hükmün varlığının belirlenmesini teşkil eden unsurlardan birisi hukuken kalkmış bulunmaktadır. Bu nedenle de birinci dava ile eldeki dava aynı şartları ve sebepleri taşımayacağından kesin hükmün varlığından söz etmek mümkün değildir. (...)Sosyal güvenlik hukukuna ait davalarda ise taraflardan birisi sigortalı gerçek kişi karşısında ise idare(devlet) bulunmaktadır. Bu nedenle ilgi alanı kamusal olup otoritesi kamu düzenini ilgilendirmektedir. Yargılama sürecinde mahkemeler tarafların ileri sürmediği ancak gerekli olan delilleri resen araştırabilmektedirler. Çünkü oluşabilecek aksi bir sonuç, eşitlik ilkesini bozduğundan kamu düzenini doğrudan olumsuz etkileyecektir. Bir dönem yasa maddeleri gereğince kişisel çalışma şartları uygun bulunmadığında istemleri mahkemelerce reddedilse de zaman içinde koşullarda değişiklik oluştuğunda şartları elvermişse o haktan çalışan birey artık yararlanabilmelidir. Öncesinde aynı istemden dolayı Davas red olunmuş bulunsu dahi “Hakkın Özü” kaybolmadıkça devletten bunu isteme hakkı ve imkânı her zaman bulunması doğaldır. Bu nedenle tespit davalarının neticeleri kesin hüküm nedeniyle kısıtlanmamalıdır...” Aynı yönde başka bir karar için bkz. 21.HD, 15.6.2004, 4774/5855 (**Akın**, s.985–986).

²⁵² 10.HD., 21.4.2003 T., 2003/3141E., 2003/3670K (Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sa.3, Temmuz- Ağustos-Eylül 2004, s1091-1093), aynı yönde karar için bkz. 10.HD, 18.3.2003T., 2002/7972E., 2003/2222K (YKD, cilt:30, Sa.2, Şubat 200, s.221-223), 10.HD., 25.10.2004T., 5727/9769 (**Okur**, s.195).

Dosyayı inceleyen 10.Hukuk Dairesi, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararına ve Genel Kurulun önceki Kararlarına dayanarak ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur. İlk derece Mahkemesi, ilk Kararındaki gerekçelere ek olarak, Kararın sadece SSK tarafından temyiz edildiği halde sigortalı yararına bozulmasının usulü kazanılmış hak ve aleyhe bozma yasağı kavramına aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile önceki Kararında direnmiştir.

Bu kez davalı sigortalının temyizi üzerine Kurul, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını; HUMK. 76. madde uyarınca iptal kararının kesin hüküm halini almamış derdest dosyalar yönünden uygulanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Kurul, Kararında ayrıca Anayasa'nın Sosyal güvenlik hakkını düzenleyen ve herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alıp teşkilatı kuracağı yönündeki 60. maddesi ve 506 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan “Sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceği” düzenlemelerini dayanak almıştır. Bu bağlamda Daireye göre, Anayasal bir hak olan sosyal güvenlik hakkının mahkeme tarafından aleyhe bozma yasağından söz edilerek, ortadan kaldırılacak şekilde hüküm kurulması hukuka aykırıdır.

Kurul, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının, usulü kazanılmış hakkının istisnasını teşkil ettiğini; bu nedenle Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının “Kanun yoluna başvurma, kanun yoluna başvuranların durumunu ağırlaştıramaz (Reformatio in peius)” şeklinde özetlenen kuralın ve aleyhe bozma yasağının istisnasını teşkil edeceğini belirtmiştir. Bu gerekçelerle de Kurul, 10. Hukuk Dairesinin bozma kararına uymayan ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur²⁵³.

2) Konuya İlişkin Doktrindeki Görüşler ve Değerlendirmemiz

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının kesin hükümlere etkisi konusunda görüşlerimizi belirtmeden önce, kesin hüküm kavramından ne anlaşılması gerektiğine değinmek istiyoruz.

²⁵³ YHGK 21.01.2004 T., 2004/10-44E. 2004/19K.(Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sa.3, Temmuz- Ağustos-Eylül 2004, s.999–1001; ayrıca bkz. **Akm**, s.975–977).

Kesin hüküm, şekli anlamda ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılır. Şekli anlamda kesin hüküm, davanın sona ermesi anlamına gelir ve şu hallerde gerçekleşir:

1- Kanun ile bazı kararlara karşı temyiz yolu kapatılmışsa; bu tür kararlar verildikleri anda kesinleşir.

2- Kanun yoluna tabi olan kararlar, kanun yoluna başvurma süreleri (örneğin temyiz süresi) geçmişse kesinleşir.

3- Kanun yoluna başvurmadan feragat edilmesi ile karar kesinleşir.

4- Kanun yoluna başvurmaya (örneğin temyize ve kanunla öngörülmüşse karar düzeltme yoluna başvurmaya) rağmen, talepler reddedilmişse ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşir.

Maddi anlamda kesin hükmün şartları ise, HUMK'un 237. maddesinde de sayılmıştır²⁵⁴. Buna göre, geçmişte görülerek şekli anlamda kesinleşmiş karara konu dava ile aynı dava konusu hakkında, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanarak yeni bir dava açılamaz.

Dava konusundan maksat, dava ile talep edilen sonuçtur. Bunun tespiti için, eski davada verilen kararın hüküm fıkrası ile yeni davanın talep sonucunun karşılaştırılması yeterlidir. Eğer ikisinin de aynı olduğu tespit ediliyorsa, dava konusunun(müddeabihlerin) aynı olduğu sonucuna ulaşılır²⁵⁵.

Dava sebebinden maksat, davanın dayanağı olan vakıalardır²⁵⁶. Diğer bir koşul ise, eski dava ile yeni davanın taraflarının aynı olmasıdır. Bunun için tarafların

²⁵⁴ HUMK'un 237. maddesi şöyledir: “ Kaziyei muhakeme, ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Kaziyei muhakeme, mevcuttur denilebilmek için iki tarafın ve müdeabihin ve istinat olunan sebeplerin müttehit olması lazımdır.”

²⁵⁵ **Akm**, s.990.

²⁵⁶ Celkan'a göre; dava sebebinden maksat, hukuki ve maddi sebeplerdir. Celkan, kavramları şu şekilde tanımlamaktadır: “ Hukuki sebep: Açılmış bulunan davaya dava tarihinde yürürlükte bulunan yasa maddelerinin uygulanmasının gerektiği kuralıdır. Maddi sebep ise: Davanın açılmasına neden olan muazalar ve nizalardır.” Bu bağlamda Yazar'a göre, geçmişteki kanun maddesinin değişmesi durumunda, hukuki sebep önceki dava ile aynı olmayacağından, davaların kesin hükümden dolayı reddedilmemesi gerekmektedir. (YHGK karşı oy yazısı, 23.2.2005 T., 2005/21-66 E., 2005/93K. Yayınlanmamıştır) .

her iki davada aynı sığata sahip olmaları gerekmez. Başka bir ifadeyle, ilk davada davalı olan taraf, ikinci davada davacı olarak hareket etse bile; eğer iki davanın dava konusu ve dava sebebi aynı ise; birinci davada verilen karar, ikinci dava için kesin hüküm teşkil eder. Bunun sonucunda da ikinci dava kesin hükümden dolayı reddedilir²⁵⁷.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, söz konusu kesin hükmü ortadan kaldırıp kaldıramayacağı konusunda ise, iptal kararlarının geriye yürümesinin mümkün olup olmadığına bakmak gerekmektedir.

Özbudun'a göre, 1961 ve 1982 Anayasaları, iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesini kabul etmişlerdir. Anayasaya aykırılığı saptanmış bir kanunun hiç doğmamış gibi sayılması, anılan kanuna dayanılarak o tarihe kadar yapılmış binlerce işlemi geçersiz kılacağından hukuki güvenlik ve hukuk düzeni açısından ciddi sakıncalar doğuracaktır. Yazar, bu nedenlerle Anayasa Koyucunun, isabetli olarak iptal kararının geriye yürümeyeceği ilkesini benimsediğini belirtmektedir²⁵⁸.

Teziç'e göre ise, 1961 ve 1982 Anayasalarında, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği belirtiliyorsa da; bununla amaçlanan, daha önce yapılan işlemlerin geçerliliğini korumaktır. Ancak dava mahkemelerinin davaları durdurarak sorunu Anayasa Mahkemesine havale etmesi durumunda, iptal kararı durdurulan dava için geriye yürümektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi de, iptal kararlarının geriye yürüyecek nitelikte olup olmayacağını ve bunun sonuçlarını saptamanın kendi görevi içinde bulunmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda Yazar'a göre, iptal kararının geriye yürümeyeceğini mutlak olarak anlamak ya da kabul etmek mümkün değildir. Buna karşın Yazar, iptal kararlarının hukuk güvenliğini sağlamak için yalnızca kesin hüküm halini almış yargı ve idare kararları yönünden geriye yürümediğini kabul etmektedir. Yani Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, kesin hüküm niteliğini almış kararları etkilememektedir²⁵⁹.

²⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan/ Kuru/ Yılmaz**, s.783–802.

²⁵⁸ **Özbudun**, s.411–412.

²⁵⁹ **Teziç**, s.213–214.

Okur, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kesin hüküm nedeniyle davaların reddine ilişkin verdiği kararları, usul hukuku ve istikrar açısından isabetli bulmaktadır. Yazar'a göre; konuya sigortalının mağdur olmaması için yorumlarla kesin hüküm aşılmaya çalışılıyorsa da, sigortalının yararı temel hukuk kurallarının farklı yorumlanmasına yeterli ve haklı bir gerekçe oluşturmaz²⁶⁰.

Akın'da, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının kesin hükme etkisi olmayacağı görüşündedir. Ancak Yazar, olaya farklı bir bakış açısı getirmiştir. Buna göre, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı ile bir değişiklik meydana gelmiş; ancak madde kesin dönüş koşulu ve 2 yıllık başvuru süresi unsurunu içermeyen asıl şeklini 4958 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda almıştır. Bu nedenle de, kesin dönüş şartının kalkmasını, Anayasa Mahkemesinin iptal kararına dayandırmak yerine; 4958 sayılı Kanun ile yapılan bir kanun değişikliği sonucu olarak görmek gerekmektedir. Böylece Yazar'a göre, yeni yasal düzenleme ile borçlanma için önceden var olan şartlar kaldırılmış ve geçmişte ya da bugün kesin dönmüş olsun olmasın herkese borçlanma olanağı sağlanmıştır. Bu bağlamda, örneğin 2 yıllık başvuru süresini geçirmiş olmaları sebebiyle daha önce borçlanma olanağını kaybetmiş olanlar; bu durumlarına rağmen 3. maddedeki koşullarla borçlanabilirler. Yazar, bu yorumun sosyal güvenlik anlayışına daha uygun olduğunu belirtmektedir²⁶¹.

Biz de Akın'ın 2 yıllık başvuru süresine ilişkin düzenlemenin 4958 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe dayandırılması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Ancak belirtmeliyiz ki, 2 yıllık başvuru süresi koşulu ile yurda kesin dönüş koşulunun kaldırılmasındaki süreç arasında fark bulunmaktadır. Çünkü kanımızca Anayasa Mahkemesi, borçlanma aşamasında yurda kesin dönüş koşulunu Anayasaya aykırı bulduğu için iptal etmesine rağmen; süre koşulunun Anayasaya aykırılığı olduğu yönünde bir kararı bulunmamaktadır. Bu nedenle de süre koşulunun kaldırılmasını, Kanun değişikliğine dayandırmak ve geçmişte başvuru süresini kaçırmış da olsa, yeni mevzuat çerçevesinde bu hakkı tüm borçlanmak isteyenlere tanımak sosyal güvenlik hukukuna ve Anayasal eşitlik ilkesine uygun olacaktır. Zaten Sosyal Sigortalar

²⁶⁰ Okur, s.198.

²⁶¹ Akın, s.987-997.

Kurumu da 29.3.2006 tarih ve 8–32 Ek sayılı Genelgesi ile uygulamasını bu görüşe uygun olarak değiştirmiştir²⁶².

Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı sonucunda; o zamana kadar hukuk dünyasında binlerce olayda uygulanan, böylece birçok kişinin hak kazanmasına veya hakkını kaybetmesine neden olan Kanunun Anayasaya aykırı olduğu tespit edilmektedir. Bilindiği üzere, İdare hukukunda bir hukuki işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığında, işlem baştan itibaren hiç yapılmamış gibi ortadan kaldırılmaktadır. Kanımızca, Anayasaya aykırı kanun yapan Kanun Koyucunun işlemlerinin de bu çerçevede sayılması ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütmesi, hakkaniyete daha uygun düşmektedir. Doktrinde her ne kadar iptal kararının geriye yürütmesi durumunda, hukuka olan güvenin zedeleneceği savunulsa da; hukuka aykırı bir Kanun nedeniyle haklarını kaybeden kişilere, Kanun maddesinin iptaline rağmen haklarının geri verilmemesinin daha büyük güven kaybına neden olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca bu durumda; sigortalılar arasında açık bir eşitsizlik ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; yurda kesin dönüş yapmadığı için Kurum tarafından sigortalılığı iptal edilen ve buna karşı hakkını aramak için Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı öncesinde dava açan sigortalıların talepleri, o dönemdeki mevzuat uyarınca mahkemeler tarafından reddedilerek kesinleşmiştir. Yargıtay Dairelerinin yukarıda yer verdiğimiz kararlarına göre, bu kişilerin sigortalılıklarının geçerliliği için kesin hüküm nedeniyle yeniden dava açma olanakları bulunmamaktadır. Buna karşın yine, yurda kesin dönüş yapmadığı için Kurum tarafından sigortalılıkları iptal edilen, ancak buna karşı dava açmamış sigortalılar Anayasa Mahkemesi Kararı sonrasında dava açarak iptal edilen sigortalılıklarının baştan itibaren geçerliliğini sağlama olanağına sahiptirler. Görüldüğü üzere; bu durumda daha önce mahkemede haklarını aramış olan sigortalılar, sosyal güvenlik sistemi dışına itilerek, Anayasal hak arama özgürlükleri açıkça kısıtlanmış olmaktadır (AY m.36) ve diğer sigortalılar karşısında Anayasanın

²⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. 47-48.

10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı bir uygulamaya maruz bırakılmaktadır²⁶³.

Yargıtay Kararları çerçevesinde baktığımızda, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı ve 4958 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanunun üçüncü maddesinde yapılan değişiklik sonucu borçlanmak için yurda kesin dönüşün kaldırılmasından;

1- Borçlanmak için şimdiye kadar hiç başvuru yapmamış olanlar,

2- Borçlanmaları kesin dönüş yapmamış olmaları nedeniyle kurum tarafından iptal edilmesine rağmen, buna karşı şimdiye kadar dava açmamış olanlar yararlanabilirler.

Başka bir ifadeyle, hiç başvuru yapmamış olanlar borçlanmak için doğrudan Kuruma başvurabilirler. Borçlanması iptal edilmiş olanlar ise, dava açarak iptal edilmiş olan borçlanmalarının geçerliliğini tespit ettirebilirler ve böylece yeniden borçlanmak zorunda kalmazlar.

Kanun Koyucunun, konuya ilişkin tartışmaları önlemek için 3201 sayılı Kanuna açıkça; eski mevzuat uyarınca borçlanma aşamasında aranan yurda kesin dönüş koşulunun geçmişe etkili olarak kaldırıldığını ve böylece borçlanması iptal edilmiş olanların sigortalılıklarının baştan itibaren geçerli olduğunu belirten yeni bir düzenleme eklemesi de yeterli olacaktır.

III) Kısmi Aylık Kavramı:

3201 sayılı Kanun tam aylık bağlanması yanında kısmi aylık bağlanmasına ve kısmi aylığın tam aylığa dönüştürülmesine olanak tanımıştır. Kısmi aylıktan maksat, Türkiye ile yabancı bir ülke arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi çerçevesinde sigortalıya bağlanan aylıktır.

²⁶³ Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz. (AY.m.36). Herkes 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. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır (AY.m.10).

Buna göre kısmi aylık bağlanabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:

1-Yurt dışında çalışmış sigortalının, Türkiye'deki çalışma sürelerinin ve prim ödeme gün sayılarının ülkemizde aylık bağlanması için yeterli olmaması,

2- Sigortalının çalıştığı yabancı ülke ile Ülkemiz arasında sözleşme yapılmış ve bu sözleşme uyarınca sigortalının yurt dışında çalışarak prim ödediği sürelerin, Türk Sigorta Kurumlarına prim ödenmiş süreler gibi kabul edilmiş olması,

3- Eksik prim ödeme günü kalmamış veya bu eksikliğin tamamlanmış olması.

Bu koşulların gerçekleşmesi ile sigortalıya Türk Sigorta Kurumuna ödediği prim oranında kısmi aylık bağlanır.

Bu durum şu örnekle açıklanabilir: Yurt içinde 2500 gün prim ödenmiş çalışması bulunan sigortalı, yurt dışına giderek 2500 gün de orada çalışmıştır. Ancak görüldüğü üzere sigortalının yurt içindeki prim ödeme gün sayısı 5000 gün olmadığından; sigortalı, Türkiye'den yaşlılık aylığı alamamaktadır. Bu durumda, Türkiye ile sigortalının çalışmasının geçtiği ülke arasında imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi izin veriyorsa, kişinin yurt dışında ödemiş olduğu 2500 günlük prim sayısı, Türkiye'deki sigortalılık süresine farazi olarak eklenir. Böylece sigortalının 5000 günlük prim ödeme gün sayısının dolduğu kabul edilerek kendisine yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak bağlanan aylık Türkiye'deki prim ödeme gün sayısı ile orantılıdır. Yani sigortalının 5000 günlük primi ödenmiş süresi olsa 500 YTL aylık alacaksa, bu durumda 2500 gün için yalnızca 250 YTL kısmi aylık alır.

Ancak 3201 sayılı Kanunun 9. maddesi ile bu durumda olan sigortalılara kısmi aylıklarını, tam aylığa çevirme olanağı tanınmıştır. Bunun için şu koşullar aranmaktadır:

1- Sigortalıya ve hak sahiplerine sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle Türk sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca kısmi aylık bağlanmış olması,

2- Sigortalı veya hak sahiplerinin kısmi aylığın tam aylığa çevrilmesi için talepte bulunmuş olmaları,

3- Talepleri üzerine, 3201 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca kendilerine tahakkuk ettirilen borçlarını tamamen ödemiş olmaları.

Sigortalıların veya hak sahiplerinin aldıkları kısmi aylıklar, borçlarını ödedikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren tam aylığa çevrilir. Anılan borç miktarının tahakkukunda, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan ülkenin sigorta kurumlarınca gönderilmiş hizmet cetvelindeki tam aylığa yeterli olan sigortalı gün sayıları dikkate alınır. Ayrıca sigortalı veya hak sahiplerine, istekleri doğrultusunda daha yüksek miktarda aylık almak için hizmet cetvelindeki gün sayılarının tamamını da borçlanabilme olanağı sağlanmıştır.

Uygulamada ortaya çıkan bir diğer sorun da, yurt dışından da kısmi aylık alanların Türk Sosyal Sigortalar Kurumundan aldıkları kısmi aylıklarını tam aylığa çevirmelerinin mümkün olup olmadığıdır.

Yargıtay 10.HD'nin 4.5.1987 tarihli, 1987/319E., 1987/2659K. sayılı Kararına konu olayda, sigortalının yurt içinde SSK'ya bağlı 382 gün, Emekli Sandığına bağlı 1470 gün olmak üzere toplam 1852 gün sigortalılığı bulunmaktadır. Sigortalıya, Almanya'da geçen 3150 günlük çalışması dikkate alınmadan 10.12.1981 tarihinden geçerli olmak üzere maluliyet aylığı bağlanmıştır. Ancak SSK, sigortalıya Alman Sosyal Güvenlik Kurumundan 1.4.1983 tarihinden itibaren kısmi aylık bağlandığını tespit etmiş ve bu tarihten itibaren maluliyet aylığını, kısmi maluliyet aylığına dönüştürmüştür. Ayrıca SSK, 1.4.1983–1.5.1985 tarihleri arasında fazla ödeme yaptığı gerekçesiyle de sigortalıya vermeye devam ettiği kısmi maluliyet aylığından kesintiye gitmiştir. Bunun üzerine sigortalı, maluliyet aylığının kısmi aylığa dönüştürülmeyip tam olarak ödenmesi gerektiğinin ve bu nedenle de Kuruma borcunun bulunmadığının tespitini istemiştir.

Mahkeme, davanın reddine karar vermiş; davacı sigortalının temyizi üzerine dosya Yargıtay 10.HD'ne gelmiştir. Daire; sorunun Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında yapılan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 28. maddesinin yorum ve uygulamasından kaynaklandığını belirttiikten sonra, madde hakkında ayrıntılı bilgi vermiştir. Daire; sözleşmeyi yapan akit ülkelerin sigortalının sosyal güvenceye kavuşturulması için olabildiğince fazla hak sağlamaya çalıştığını, yoksa sosyal güvenlik kurumlarının çıkar sağlamasının düşünülmendiğini vurgulamıştır. Ayrıca Daire, Almanya'daki çalışması dikkate alınmadan Türkiye'deki

çalışmaları itibariyle maluliyet aylığına hak kazanmış olan davalının maluliyet aylığının, kendisine 27. maddeye göre Almanya Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından da maluliyet aylığı bağlanmış olması gerekçesi ile azaltılmayacağını belirtmiştir. Sonuç olarak Daire, 506 sayılı Kanunun 55. maddesine göre saptanacak tam maluliyet aylığının Kurum tarafından ödenmesi gerektiğini düşünmeyen ilk derece Mahkemesinin Kararını bozmuştur²⁶⁴.

Görüldüğü üzere Yargıtay 10.HD, sigortalının yurt dışından kısmi aylık almasının, yurt içindeki kısmi aylığını tam aylığa dönüştürmesine engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Doktrinde Dairenin bu görüşüne katılanlar olduğu gibi, görüşün isabetli olmadığını öne sürenler de bulunmaktadır.

Doktrinde Araslı, Yargıtayın bu görüşüne katılmamaktadır. Yazar'a göre; kısmi aylık, ancak tek bir ülke sigorta kurumundan belli bir oranda bağlanan aylığı ifade etmektedir. Yazar, sigortalının her iki sigorta kurumundan da ayrı ayrı kısmi aylık alması durumunda, bunların toplamının tam aylık ettiğini belirtmiştir. Bu bağlamda da tam aylık söz konusu olacağından, kısmi aylığın tam aylığa dönüştürülmesi gibi bir sistemden söz edilemeyecektir. Yazar ayrıca, tam aylığa kavuşmuş ve sosyal güvencesi sağlanmış bir kimsenin bu aylıklar dışında ikinci bir aylıkla ödüllendirilmesinin sosyal güvenlik ilkelerine olduğu kadar, sosyal sigortalar hukuku esaslarına da uygun düşmeyeceğini vurgulamıştır²⁶⁵.

Aslanköylü ise, 3201 sayılı Kanun ile getirilen hakların sosyal güvenlik sözleşmelerince tanınan haklardan bağımsız olduğunu belirtmiştir. Bu gerekçe ile Yazar, sigortalının sosyal güvenlik sözleşmesi yapılan ülkeden kısmi aylık aldığı dönemde Türkiye'deki sosyal güvenlik kurumundan da tam aylık alabileceğini ileri sürmüştür. Çünkü yurt dışındaki çalışmaların borçlanılması durumunda sigortalı veya hak sahipleri, borçlanma primini ödemek suretiyle yurt dışındaki çalışmaları bakımından çifte prim ödemiş olmaktadır²⁶⁶.

²⁶⁴ 10.HD, 4.5.1987T., 1987/319E., 1987/2659K. (**Çakmak**, 2705–2706).

²⁶⁵ **Araslı**, s.1726–1727.

²⁶⁶ **Aslanköylü**, s.2694–2695.

Bilindiği üzere sigortalıların yurt dışındaki çalışmaları için kendilerine bu ülkeler tarafından aylık bağlanması durumu; bu ülkede geçen sürelerini Türkiye’de borçlanarak değerlendirmelerine ve bunun sonucunda da Türkiye’ye kesin dönüş yaptıklarında kendilerine aylık bağlanmasına engel değildir. Türkiye ile Federal Almanya arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/3. ve bunun atfı ile 27. maddesi uyarınca da, sigortalının Türkiye’de geçen süreleri başlı başına aylık bağlanmasına yeterli olmuyorsa, diğer akit ülkede geçen kabul edilebilir süreleri de göz önünde bulundurulur. Sözleşmenin 27. maddesinde; “...sigortalılık sürelerinin hangi ölçütler dâhilinde hesaba katılabilir (kabul edilebilir) olduğu, sürelerin hesaba kabul edilebilirliğine karar verecek akit devletin mevzuatına göre belirlenir.” denmektedir²⁶⁷. Görüldüğü üzere, sigortalıya Türkiye’de kısmi aylık bağlandıktan sonra, bu aylığın tam aylığa dönüştürülmesindeki süreç; Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin anılan 27. maddesi uyarınca Türk mevzuatına göre belirlenir. İşte bu noktada, 3201 sayılı Kanunun 9. maddesi devreye girmekte; sigortalıya yurt dışında geçen 1. maddeye uygun sürelerini borçlanmak ve tahakkuk eden borçlarını ödemek kaydıyla, kısmi aylıklarını tam aylığa çevirme olanağını tanımaktadır.

Söz konusu durum, Kanunun Sosyal Güvenlik Sözleşmesi dışında sigortalıya tanıdığı olduğu bir haktır. Sonuç olarak, her akit devletin sözleşme dışında da kendi sigortalısına kanunlarla ek haklar tanıması olağandır ve anılan Sözleşme de bunu engellememektedir. Bu nedenlerle, Yargıtay 10.HD’nin yukarıda yer verdiğimiz 4.5.1987 tarihli 1987/319E., 1987/2659K. sayılı Kararının sonucuna katılmakla birlikte; karar gerekçelerinde yer alan bazı bilgilere katılmıyoruz. Özellikle de Yargıtayın Kararında Sözleşmenin 28. maddesine ilişkin verdiği bilgilerin, maddenin Almanca metni ile uyumlu olmadığını belirtmek istiyoruz²⁶⁸. Anılan Sözleşmenin 28. maddesinde, Alman Sigorta Kurumu için geçerli olacak unsurlar belirtilmektedir. Bu maddede özellikle maden işçileri ve çocuk parası ile konular yer almakta olup,

²⁶⁷ Bkz. s.60.

²⁶⁸ Mahkeme Kararında şöyle demektedir. “...Sözü geçen anlaşmanın 28’inci maddesinde ‘akit taraflardan birinin mevzuatına göre, 27.madde uygulanmaksızın aylık bağlanmasına hak kazanan bir kimsenin bu suretle tespit olunacak aylığı, bu sözleşme hükümleri dairesinde, 27.maddenin uygulanması suretiyle bulunacak aylıktan fazla ise aradaki fark, bu akit tarafın yetili Sosyal Sigortalar Merciiince ödenir. 27.maddenin uygulanmaması halinde akit taraflardan mevzuatına göre aylık bağlanmasına hak kazanan bir kimsenin bu aylığı 27.maddenin uygulanması dolayısıyla her iki taraf mevzuatına göre bağlanacak aylıklar toplamından fazla olursa aradaki fark bu akit bu akit tarafın yetili Sosyal Sigortalar Merciiince ödenir.’ hükmü getirilmiştir...”.

Dairenin Kararına yansıyan tercümeyle tarafımızdan Sözleşmede rastlanılamamıştır²⁶⁹.

IV) Yurt Dışından Transfer Edilen Primlerin İadesi:

Yurt dışında yaşayan birçok vatandaşımız yıllarca bu ülkelerde çalışmakta ve o ülke sosyal güvenlik kuruluşuna prim ödemekte, ancak özellikle Batı Avrupa ülkelerinde aranan geç yaşta emeklilik nedeniyle kimi zaman bu sürelerini dolduramadan Türkiye'ye geri dönmektedir. Bilindiği üzere; 2147 ve 3201 sayılı Kanunlarla amaçlanan, ülkemize sosyal güvencesiz dönen bu vatandaşlarımızı sosyal güvenlik şemsiyesi altına almaktır. Ancak, bu durumun ortaya çıkardığı önemli sorunlardan biri de, ülkemize kesin dönüş yapan vatandaşlarımızın yıllarca çalıştıkları yabancı ülke sosyal güvenlik kurumlarına ödedikleri primlerin bu ülkelerde kalmasıdır.

Vatandaşlarımızın çalıştığı dönemde ödediği yaşlılık aylığı primlerinin bu ülkelerde kalması, ülkeler bakımından sebepsiz zenginleşme teşkil etmektedir. Bazı ülkeler, kendi mevzuatları çerçevesinde ülkesinden ayrılan yabancı ülke vatandaşlarına, ödedikleri primlerini (işçi primlerini) bir takım koşullar çerçevesinde iade edebilmektedir. Ancak bazı ülkeler de, bu konuları iç mevzuatlarında düzenlemedikleri için primleri iade etmemektedirler. İşte vatandaşlarımızın ödediği bu primleri, ülkemizde sosyal güvenceden yararlanabilmek için kullanabilmeleri veya kısmen/tamamen geri alabilmeleri için Türkiye'nin ilgili ülkelerle sosyal güvenlik sözleşmeleri imzalaması gerekmektedir.

Bu bağlamda 3201 sayılı Kanun, ülkeler arasındaki ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde sigortalının yabancı ülkelerde ödemiş olduğu primlerinin iadesinin sağlanması durumunda, bu primlerin nasıl değerlendirileceğini ve hangi oranda sigortalıya iade edileceğini düzenlemiştir. Buna göre primlerinin iadesi sağlanan kişi;

²⁶⁹ Bkz. Sosyal sigortalar Kurumu resmi web sitesi, www.ssk.gov.tr

a) Transfer edilen primleri karşılığı sürenin tamamını Türk sosyal güvenlik kurumuna borçlanmış ve tahakkuk ettirilen borçlanma bedelini ödemişse, transfer olunan primlerinin tamamını,

b) Transfer edilen primleri karşılığı sürenin bir kısmını, Türk sosyal güvenlik kurumuna borçlanmış ve tahakkuk ettirilen borçlanma bedelini ödemişse, transfer edilen primlerinin borçlandıkları süreye isabet eden orandaki miktarını,

Sosyal Güvenlik Kurumu, sigortalıya veya hak sahiplerine iade eder(m.10). Ancak önemle belirtmek gerekir ki, maddede primlerin döviz olarak değil, transfer tarihindeki cari kur üzerinden Türk Lirası karşılığı olarak iade edileceği belirtilmektedir.

Madde metninden görüldüğü üzere; primlerin iadesi, borçlanmaya bağlı olarak düzenlenmiştir. Bu durum, borçlanma yapmamış veya yapmak istemeyen kişilere prim iadesi yapılıp yapılmayacağı sorununu beraberinde getirmektedir.

Bu konuya ilişkin doktrindeki bir görüşe göre; sosyal güvenliğin alt yapısını oluşturan Sosyal Sigortalar Kanunu sisteminde, primlerin iadesi biçiminde bir ilke yer almamaktadır. Transferi gerçekleştirilen bedeller, doğrudan kişinin geleceğini teminat ve güvence altına almayı amaçlayan sosyal sigortalar kurumlarınca tahsil edilmiştir ve bu nedenle de anılan bedelin, kişinin sosyal güvenliği için değerlendirilme olanağı kalmadıkça, kişiye iade edilmemesi gerekmektedir²⁷⁰.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise; primlerin transfer edileceği ülke ile Türkiye Cumhuriyeti arasında imzalanmış bulunan sosyal güvenlik antlaşmasının içerdiği kurallar çerçevesinde primlerin iadesinin önünde bir engel yoksa; primler kişiye iade edilmelidir. Başka bir ifade ile; 3201 sayılı Kanunun 10. maddesi kapsamına girmeyen prim transferine olanak sağlayan ülkelerarası anlaşma hükümleri çerçevesinde, bir engel bulunmaması halinde primler ilgiliye iade edilmelidir. Çünkü 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma zaten zorunlu değil, kişinin iradesine bağlıdır²⁷¹.

²⁷⁰ Bkz. **Araslı**, s.1730.

²⁷¹ Bkz. **Aslanköylü**, s.2696.

V) Borçlanmadan Vazgeçme ve Primlerin İadesi:

3201 sayılı Kanunun 4. maddesinde, 5510 sayılı Kanunun 105/E-4 maddesi ile yapılması ön görülen değişiklik sonucunda, borçlanmadan vazgeçenlere veya hak sahiplerine ödedikleri primleri geri alma hakkı tanınmıştır. Buna göre;

1- Borçlanmadan sonradan vazgeçenlere,

2- Borçlanma yapmış, ancak aylık bağlanması için gerekli koşulları yerine getirememiş olanlara veya bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları ödemeler iade edilir(m.4/II).

Maddede ayrıca yapılacak iadenin faizsiz olacağı da belirtilmiştir. Kanımızca bu durumda Kurum, bedeli uzun süre elinde bulundurduğundan sebepsiz zenginleşmiş olmaktadır. Bunun yanında 6. madde uyarınca döviz bozdurarak borçlananlar için de ciddi kayıplar söz konusu olacaktır. Kanunda, döviz bozdurarak borçlananların primlerinin iade tarihindeki kur üzerinden yapılıp yapılmayacağı belirtilmemiştir. Ancak bu durumu, şu ana kadar ki uygulamalar çerçevesinde değerlendirdiğimizde; Kurumun bedeli Türk Lirası olarak aldığı gerekçesiyle iadeyi kur hesabına girmeksizin ve faiz uygulamaksızın Türk Lirası olarak yapacağı düşüncesindeyiz. Kanımızca yeni getirilen bu düzenleme, sebepsiz zenginleşmeyi meşru hale getirdiği için yerinde değildir ve bir an önce düzeltilmesi gerekmektedir. Bu yeni düzenlemenin, doktrinde ve uygulamada sıkça tartışılan borçlanmanın iptali durumunda primlerin iadesinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin kararlar ve görüşler çerçevesinde uygulanması gerekmektedir²⁷². Bu bağlamda, kanımızca yapılması gereken, Kurum kasasına Türk Lirası olarak giren bedele, bu tarihten iade tarihine kadar yasal faiz uygulanmasıdır. Ancak Sosyal Sigortalar Kurumunun önceki uygulamalarını sürdürmesi durumunda yeni sorunların ortaya çıkması olasıdır.

²⁷² Tartışmalar için bkz. s.132-150.

SONUÇ

Çalışma konumuzu oluşturan vatandaşlarımıza yurt dışında geçen belirli sürelerini borçlanarak değerlendirme ve Türkiye’de sosyal güvenceye kavuşma hakları; her şeyden önce ülkemizin sosyal bir devlet olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak sosyal güvenlik sistemimize genel olarak baktığımızda, ne yazık ki sosyal güvenlik hakkının etkin bir şekilde tüm vatandaşlarımıza sağlanmadığını ve bu bağlamda yurt dışı hizmet borçlanmasının vatandaşlarımıza tanınmış önemli bir hukuksal olanak olduğunu da belirtmek isteriz. Bu sayede; yıllarca yurt dışında birçok zorlukla mücadele ederek yaşayan vatandaşlarımız ve hatta aileleri, kanunlarda öngörülen koşulları yerine getirerek anavatanlarına kesin dönüş yaptıklarında sosyal güvenceye kavuşmaktadır.

Anılan bu haklar; vatandaşlarımıza ilk olarak, diğer ülkeler ile yapılan anlaşmalarla sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak, tüm ülkelerle anlaşma yapmanın zorlukları ve yurt dışındaki vatandaşlarımızın tümü için bu hakların sağlanmasının gerekliliği nedeniyle konu 2147 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Zaman içerisinde 2147 sayılı Kanunun uygulanmasında birçok olumsuzluk ortaya çıkmış; bunun üzerine de bu Kanun, aynı konuyu düzenleyen 3201 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bugüne kadar 3201 sayılı Kanununda da, gerek Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı gerekse 4958 sayılı Kanun ile birçok değişiklik yapılmıştır. Son olarak da, 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülen 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası” Kanunu ile 3201 sayılı Kanunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda tezimizdeki konular genel olarak, günümüzde yürürlükte bulunan mevzuat ile 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle oluşacak yeni mevzuat karşılaştırılarak incelenmiştir.

5510 sayılı Kanun ile öngörülen değişikliklerden biri, 3201 sayılı Kanunun 1.maddesine “yurt dışında Türk vatandaşı olarak geçen sürelerin” değerlendirilebilmesi koşulunun eklenmesidir. Bilindiği üzere; 3201 sayılı Kanunun amacı, her şeyden önce Türkiye’ye dönen Türk vatandaşlarımızı sosyal güvenceden yoksun bırakmamaktır. Bu nedenle, kişinin yurt dışında Türk vatandaşı olarak çalışmış olup olmamasının kanımızca, bu Kanunun amacı ile hiçbir ilgisi



bulunmamaktadır. Önemli olan kendisine Türk vatandaşlığı verilen bu kişilere, diğer Türk vatandaşları ile aynı hakları sağlamak ve bu kişileri vatandaşı oldukları Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının tüm vatandaşlarına tanımış olduğu Sosyal Güvenlik hakkından yararlandırmak için gerekli tedbirleri almaktır (AY m.60). Bu nedenle de, Kanun Koyucunun anılan değişikliğini Kanunun genel amacına, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 60. maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı bulduğumuzu; ayrıca bu durumun Kanundan faydalanacak kişilerin büyük oranda azaltılmasına neden olacağını belirtmek isteriz.

Belirtmek istediğimiz bir diğer husus da, 31.5.2006 tarihli 5510 sayılı Kanunun 41'inci maddesinde yurt içinde veya yurt dışında doktora öğrenimi görenlere borçlanma olanağının tanınmış olmasıdır. Bu düzenlemeye karşın yurt içinde veya yurt dışında yüksek lisans yapanlar ya da dil eğitimi alanlar için böyle bir hak, ne yazık ki; Kanunlarda öngörülmemiştir. Kanımızca 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce yapılacak bir değişiklikle, bu hakkın sigortalı olarak çalışmadan öğrenim gören anılan kişilere de tanınması, ülkemizin eğitimi teşvik eden politikasına daha uygun olacaktır.

3201 sayılı Kanunda, 5510 sayılı Kanun ile yapılması öngörülen bir diğer değişiklik de, borçlanılan sürelerle ilişkin borç tutarının hesaplanması ve ödenmesi sistemine ilişkindir. Yeni değişiklik ile borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarı, başvuru tarihindeki prime esas asgarî ve azamî günlük kazanç arasından seçilecek günlük kazancın % 32'si olarak belirlenmiştir. Ayrıca Kurum tarafından borçlanma için tahakkuk ettirilen bu borcun, sigortalı tarafından tebliğ tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödenmesi gerekmektedir. Ödemenin bu süre içerisinde yapılmaması halinde sigortalının, ilk borçlanma talebi hükümsüz hale gelecek ve borçlanma için yeniden başvuru yapması gerekecektir.

Ayrıca, değişikliklerin yürürlüğe girmesiyle Kurum tarafından borç miktarı Türk Lirası olarak tahakkuk ettirilecektir. Ancak kendilerine Türk Lirası olarak tahakkuk ettirilen bu bedeli, yurt dışında bulunanlar döviz cinsinden; yurt içinde bulunanlar ise Türk Lirası olarak ödemek zorundadırlar. Kanımızca anılan durum, yurda dönüş yaptıktan sonra borçlananlar ile yurt dışındayken borçlananlar arasında

eşitsizliklere neden olacaktır. Eğer Kanun Koyucu tarafından, bu madde ile sigortalılara kolaylık sağlanmak isteniyorsa; sigortalılara nerede bulunduklarına bakılmaksızın tercih ettikleri para birimi üzerinden borçlanma olanağının tanınması gerekmektedir.

Vatandaşlarımıza tanınan diğer bir olanak da, Türkiye'deki sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak geçen süreleri ile borçlanılan yurt dışı hizmet sürelerinin aylığa hak kazanmak için birleştirilebilmesidir. Bu durumda sigortalıların, yurt dışında geçen tüm hizmet sürelerini değil, sadece Türkiye'deki sigortalılık süreleri düşüldükten sonra aylığa hak kazanmak için gerekli olan süreleri borçlanma olanakları belirlemektedir. Hizmetlerin birleştirilmesi, yürürlükte bulunan 2829 sayılı Kanun uyarınca yapılmaktadır. Her ne kadar bu Kanun, 5510 sayılı Kanunun 106/5. maddesi ile kaldırılmak istenmişse de; bu Madde, Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarihli 2006/111 E. ve 2006/112 K. sayılı Kararı uyarınca memurlara ilişkin çeşitli maddelerin iptali üzerine uygulama olanağı kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dolayısıyla 2829 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanun ile yeni bir düzenleme yapılmadığı sürece yürürlükte kalacaktır. Tezimizde hizmetlerin birleştirilmesi konusu hem 2829 sayılı Kanun hem de 5510 sayılı Kanun çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Bilindiği üzere, 3201 sayılı Kanunun ilk metninde yer alan, borçlanma aşamasında aranan yurda kesin dönüş yapmış olma koşulu, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli 2000/36 E. ve 2002/198 K. sayılı Kararı ve 4958 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonucunda ortadan kaldırılmıştır. Her ne kadar anılan maddede yer alan borçlanma bakımından yurda kesin dönüş koşulu kaldırılmışsa da, sigortalıya aylık bağlanabilmesi için de aranan bu koşul halen geçerliliğini sürdürmektedir. Başka bir ifadeyle, aylık bağlanabilmesi için sigortalının Türkiye'ye kesin dönüş yapmış olması zorunludur.

Uygulamada ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri, sigortalının yurt dışından işsizlik yardımı gibi sosyal yardımlar alması durumunda yurda kesin dönüş koşulunun yerine getirilmiş kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı ve bu durumda uygulanacak yaptırımın ne olması gerektiğidir. Bu bağlamda, Alman sosyal güvenlik

hukuku mevzuatının üçüncü kitabında yer alan “Çalışmayı Teşvik Kanunu (Arbeitsförderungsgesetz)” 117 vd. maddelerine baktığımızda, sigortalıya işsizlik aylığı bağlanabilmesi için, sigortalının fiilen Almanya’da ikamet etmesi zorunludur. Dolayısıyla da sigortalının, Almanya’dan işsizlik yardımı alması, Türkiye’ye kesin dönüş yapmadığına güçlü bir karine teşkil eder. Ancak kanımızca sigortalının, daha güçlü bir delil (örneğin kesinleşmiş mahkeme kararı) ile bu karineyi çürütmesi de mümkündür.

Sosyal Sigortalar Kurumu, TR cetvelleri aracılığıyla diğer ülkelerdeki sosyal güvenlik kurumları ile bağlantı kurarak sigortalının o ülkelerdeki çalışması, aldığı sosyal yardımlar gibi konularda bilgi almaktadır. Bu sayede SSK, sigortalının borçlanma aşamasında yurda kesin dönüş yapmadığını tespit ettiğinde de; sigortalının aylığını kesmek, borçlanmasını iptal etmek gibi işlemlerle sigortalıyı sosyal güvenlik sisteminin dışına itmektedir. Anayasa Mahkemesinin borçlanma aşamasındaki yurda kesin dönüş koşulunu iptal eden Kararı sonrasında sigortalılar tarafından kurumun iptal işlemlerine karşı açılan davalarda Yargıtay, Sosyal Sigortalar Kurumunun anılan işlemlerinin hukuka aykırı olduğuna istikrarlı bir biçimde karar vermektedir. Daireler, bu durumda uygulanacak yaptırımı ikiye ayırarak belirtmektedirler. Birinci durumda yani sigortalıya aylık bağlanmamışsa uygulanması gereken yaptırım; yaşlılık aylığının bağlanmaması ve kesin dönüş tarihine kadar işlemlerin hukuken askıya alınması; istek olduğunda yatırılan borçlanma bedelinin iadesidir. İkinci durumda yani yaşlılık aylığı bağlanmış olması halinde uygulanacak yaptırım ise, bağlanan aylığın kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınması yönündedir. Ancak Yargıtay’a göre, kesin dönüş şartının gerçekleşmesi durumunda, bu şartın gerçekleştiği tarihten itibaren aylık bağlama işleminin "askı" durumundan kurtarılmalı ve Kanunun aradığı diğer unsurlar gözetilerek yeniden aylık bağlanmalıdır.

Yargıtay Dairelerinin ve Hukuk Genel Kurulunun kararları sonucunda, Kurumun yurda kesin dönüş yapılmaması nedeniyle sigortalılığın iptaline ilişkin yıllar öncesine de ait olsa işlemleri ortadan kaldırılmakta; sigortalılık baştan itibaren geçerli hale gelmektedir. Böylece, bu durumda bulunan ve kurum işlemine karşı dava açarak kazanan sigortalıların yeniden borçlanmak için başvuru da bulunmaları

gerekmemektedir. Anılan sigortalılar, kuruma aylık bağlanması talebinde de bulunmuşlarsa; kendilerine yurda kesin dönüş yaptıkları tarihi izleyen aybaşından itibaren yaşlılık aylığı da bağlanmaktadır.

Yargıtayın, sigortalılığın iptaline ilişkin Kurum işlemlerinin geçersizliğine karar vermeye başlaması üzerine, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı öncesinde aynı taleplerle açtıkları davaları o dönemdeki mevzuat çerçevesinde reddedilen birçok kişi yeniden dava açmaya başlamıştır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu davaların kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi gerektiği görüşündedir. Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı sonucunda; o zamana kadar hukuk dünyasında binlerce olayda uygulanan, böylece birçok kişinin haklarını kaybetmesine de neden olan Kanunun Anayasaya aykırı olduğu tespit edilmektedir. Genel görüş her ne kadar iptal kararının geriye yürütmesi durumunda, hukuka olan güvenin zedeleneyeceği yönünde olsa da; hukuka aykırı bir Kanun nedeniyle haklarını kaybeden kişilere, kanun maddesinin iptaline rağmen haklarının geri verilmemesinin daha büyük güven kaybına neden olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca bu durumda; sigortalılar arasında açık bir eşitsizlik de ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, yurda kesin dönüş yapmadığı için Kurum tarafından sigortalılıkları iptal edilen, ancak buna karşı dava açmamış sigortalılar günümüzde dava açarak iptal edilen sigortalılıklarının baştan itibaren geçerliliğini sağlama olanağına sahiptirler. Buna karşın aynı durumda bulunan, fakat Anayasa Mahkemesinin iptal Kararından önce dava açan ve davaları o dönemdeki mevzuat uyarınca reddedilerek kesinleşen sigortalıların, dava açmaları kesin hüküm gerekçesiyle önlenmektedir. Görüldüğü üzere; bu durumda daha önce mahkemede haklarını aramış olan sigortalılar, sosyal güvenlik sistemi dışına itilerek, Anayasal hak arama özgürlükleri açıkça kısıtlanmaktadır(AY.m36) ve diğer sigortalılar karşısında Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı bir uygulamaya maruz bırakılmaktadır. Anılan nedenlerle, kanımızca bu davaların kesin hüküm nedeniyle reddedilmemesi, Anayasamıza ve sosyal güvenlik ilkelerine daha uygun düşmektedir.

Bu tartişmaları önlemek için Kanun Koyucunun 3201 sayılı Kanuna, eski mevzuat uyarınca borçlanma aşamasında aranan yurda kesin dönüş koşulunun geçmişe etkili olarak kaldırıldığını ve böylece borçlanması iptal edilmiş olanların sigortalılıklarının baştan itibaren geçerli olduğunu belirten yeni bir düzenleme eklemesi de yeterli olacaktır.

Değınmek istediğımız bir diğır konuda, 5510 sayılı Kanunla yapılması öngörülen değışiklik ile 3201 sayılı Kanundan yararlanarak yaşlılık aylığı bağlananlara, 5510 sayılı Kanununun sosyal güvenlik destek primi hakkındaki maddelerinin uygulanmayacağı hükmünün eklenmesidir. Kanımızca 3201 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen bu düzenleme olmasaydı, yaşlılık aylığı bağlanması koşulları bakımından 5510 sayılı Kanun da uygulanacağından sigortalıların yurt içinde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma ve aynı zamanda aylık alma hakkından yararlanmaları mümkün olacaktı. Konuya Yargıtay 21. HD'nin 506 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanun arasında paralellik ve ayniyet bulunduğu yönündeki görüşleri doğrultusunda baktığımızda; diğır sigortalılara tanınan bu olanağın 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanma yaparak aylığa hak kazananlara tanınmaması Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 49. maddesindeki çalışma hakkına aykırılık teşkil edeceği sonucuna ulaşmaktayız. Ancak Dairenin katılmadığımız anılan görüşü dışında olaya baktığımızda, bu yeni düzenlemeyi farklı hukuki durumda bulunanların farklı kurallara tabi kılınabilmesinin bir sonucu olduğu kanaatindeyiz.

Görüldüğü üzere, anılan düzenlemeyle yurt dışı hizmet borçlanması yapmış sigortalılar bakımından önemli bir olanağın kullanılması engellenmiştir. Bu bağlamda, 3201 sayılı Kanunun temel yapısını da ilgilendiren tartışmalar yapıldıktan sonra ancak bu konuya ilişkin bir çözüm bulunabilecektir. Bu nedenlerle konunun daha uzun yıllar tartışılacağı ve sonucunda Anayasa Mahkemesinin önüne geleceğı görüşündeyiz

Tezimizde belirtmiş olduğumuz öneriler doğrultusunda yapılacak düzenlemelerin; yurt dışında sayıları giderek artan milyonlarca vatandaşımızı, Mahkemeleri ve Kurumları içinde bulundukları zor durumdan büyük ölçüde kurtaracağı kanaatindeyiz.

EK-I

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ²⁷³

Resmi Gazete tarih/sayı:25.04.2003/25089

Esas Sayısı : 2000/36

Karar Sayısı : 2002/198

Karar Günü : 12.12.2002

(...)ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralları, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”un 3. maddesinin birinci fıkrası ve 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca yurt dışında çalışılan sürelerin sosyal güvenlik bakımından değerlendirilmesinin talep edilebilmesi ve aylık tahsisin yapılabilmesi için yurda kesin dönüş koşulu aranmasının, Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine, çalışma hakkına ilişkin 49. maddesine ve sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 60. ve 62. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin, TBMM İçtüzüğü’nün Anayasa’ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla, başka gerekçe ile de Anayasa’ya aykırılık kararı verebileceğinden, itiraz konusu kurallarla ilgisi nedeniyle, konu Anayasa’nın 65. maddesi yönünden de incelenmiştir.

²⁷³ Kararın ilk bölümlerinin tezimizde özetlenmiş olması nedeniyle, burada yalnızca esas incelemesi ve sonuç bölümlerine yer vermekteyiz. Bkz. s.40-44.

A- Yasa'nın 3. Maddesinde Yer Alan İtiraz Konusu Bölümün İncelenmesi

3201 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, bu Kanundan yararlanmak isteyen vatandaşların başvurabilecekleri ilgili kuruluşlar ve başvuru koşulları gösterilmektedir. Maddenin itiraza konu edilen kısmı ise, borçlanmayı düzenleyen hükmünden yararlanmak isteyen vatandaşların ilgili kuruluşlara başvuruda bulunabilmeleri için öncelikle gerçekleştirmeleri gereken “yurda kesin dönüş” yapılmış olmasına ilişkin koşuldur. Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının, yurt dışında geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesini talep edebilmeleri için, öncelikle, yurda kesin dönüş yapmaları gerekmektedir. Ancak bu şartı gerçekleştirenler, yazılı istekte bulunarak, yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya diledikleri kadarını döviz olarak ödemek suretiyle borçlanabilirler.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemek amacına hizmet eder ve aynı durumda olanlar için yapılan farklı düzenlemeler Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrası ile yurt dışında geçen sürelerin yurt içinde sosyal güvenlik açısından değerlendirilebilmesi için, başvuruda bulunabilme koşulu olarak getirilen “yurda kesin dönüş”, bu başvuruda bulunanlar yönünden aktif çalışma hayatlarına son verme anlamını taşımaktadır. Oysa, yurt içinde çalışmakta olan vatandaşların, 506 sayılı Yasa'nın Geçici 8. ve 5434 sayılı Yasa'nın Ek. 8. maddeleri uyarınca, geçmiş hizmet sürelerini borçlanarak sosyal güvenlikleri yönünden değerlendirilmesini talep edebilmeleri için, aktif çalışma hayatına son vermeleri koşulu bulunmamaktadır. Bu nedenle, yasalar önünde aynı hukuksal konumda bulunan, yurt içinde çalışıp da bu hizmetlerini sosyal güvenlikleri açısından borçlanmak suretiyle değerlendirmek isteyenler ile yurt dışında geçen hizmetlerini aynı şekilde değerlendirmek isteyenlerin eşit haklara sahip olmaları ve yasalar tarafından eşit koruma görmeleri gerekir. Temelinde, adil bir hukuk düzeni kurup, bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan bir hukuk devletinde aynı hukuksal konumda bulunanlar arasında böyle bir ayrıma yer verilemez.

Anayasa'nın 60. maddesinde, "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar", 62. maddesinde, "Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır" denilmektedir. Bu kurallarla öngörülen sosyal ve ekonomik haklar Anayasa'nın 65. maddesine göre Devletin malî kaynaklarının yeterliliğı ölçüsünde yerine getirilecektir.

Türkiye'de mevcut sosyal güvenlik kuruluşları, yaşlılık aylığı da dahil olmak üzere, sigorta türlerinden sigortalıları yararlandırabilmek için prim sistemi esasına dayalı olarak çalışmaktadırlar. Bu sistemde sosyal güvenlik kuruluşlarının, iştirakçilerden alınan primler ve kurumlardan alınan karşılıklar gibi iki temel geliri bulunmaktadır. Böylece, aktif sigortalıların (çalışmakta olanların) ödedikleri primler ile kurumların ödedikleri karşılıklar uzun vadede pasif sigortalıları finanse etmekte ve zaman içinde dengeli bir paylaşım modeli oluşmaktadır.

3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde, sadece yurtdışında geçen sürelerin sosyal güvenlik yönünden değerlendirilmesi için başvuruda bulunma, başka bir anlatımla borçlanmayı talep hakkı düzenlenmektedir. Bu olanaktan yararlanmak isteyen kişi, maddede belirtilen kuruluşlara yazılı istekte bulunarak, borcunu döviz cinsinden ödemek suretiyle yurt dışında geçirdiğı sürelerin sosyal güvenliğı açısından değerlendirilmesini isteyebilecektir. Prim ödeme (borçlanma) aşamasında henüz sosyal güvenlik kuruluşları açısından bir yükümlölük doğmayacağından, bu kuruluşların aktüaryal dengelerinin ve dolayısıyla da sistemin olumsuz etkilenmesi söz konusu olmayacaktır.

Bu durumda, Anayasa'nın 65. maddesinde öngörüldüğü biçimde, Devlet'in malî kaynaklarının yetersizliğı ileri sürülemeyeceğı gibi, 60. maddesinde de sınırlamaya olanak veren bir kural bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 10., 60., 62. ve 65. maddelerine aykırı biçimde sosyal güvenlik hakkını sınırlayan itiraz konusu kuralın iptali gerekir.

Yalçın ACARGÜN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU ve Ahmet AKYALÇIN bu görüşlere katılmamışlardır.

Konunun, Anayasa'nın 49. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Yasa'nın 6. Maddesinde Yer Alan İtiraz Konusu Bölümün İncelenmesi

3201 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendinde, bu Yasa'ya göre değerlendirilen sürelerle dayanılarak aylık tahsisi yapılabilmesi için, yurda kesin dönülmüş olması koşulu getirilmektedir.

Türkiye'de mevcut tüm sosyal güvenlik kurumlarının yasalarında belirtilen yaşlılık aylığı tahsisi ile ilgili kuralların incelenmesinden, yaşlılık sigortasının, uzun süreli yardım yapan bir sigorta türü olduğu, belli bir yaşa ulaşılması nedeniyle çalışma gücü azalan sigortalıya iş hayatından çekilerek, çalışmadan yaşamını sürdürmesini ve bu aşamadaki gelir kaybının giderilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Esasen, emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için, diğer sigorta türlerinden farklı olarak, aktif çalışma hayatının sona erdirilmesi gerekmektedir.

506 sayılı “Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu” ile 5434 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu”na tabi çalışanların yaşlılık veya emekli aylığına hak kazanabilmeleri için belli yaş, prim, sigortalılık süresi ile başvuru zorunluluğu yanında işten ayrılma koşulu da aranmaktadır.

Bu yasalarda olduğu gibi, itiraz konusu kuralda yer alan yaşlılık aylığı tahsisi için yurda kesin dönülmüş olması ortak koşuluyla, yurt dışındaki aktif çalışma hayatının sona erdirilmesi amaçlanmaktadır.

2926 sayılı “Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu”na tabi sigortalılarla 1479 sayılı “Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu”na tabi çalışanlar için bu yasalarda

işten ayrılma koşulu getirilmemesi ise, bu Kurumlara bağlı olarak çalışanların kendi işlerini yapmalarından kaynaklanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi, yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilerek eşitsizliğe yol açılmasını yasaklamaktadır. Bu ilkeyle, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumda olanların aynı, ayrı hukuksal durumda olanların da ayrı kurallara bağlı tutulmaları Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesini zedelemeyiz.

3201 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendi ile yaşlılık aylığı tahsisi için getirilen yurda kesin dönüş koşulu, işten ayrılma yönünden yurt içinde ve dışında çalışanlar arasında bir ayrıma neden olmadığından Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 60. maddesi ile herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olması ve bu güvenliğı sağlayacak tedbirleri alması ve teşkilâtını kurması hususunda Devlet'e verilen görev, 65. maddede öngörülen malî kaynakların yeterliliğı ile sınırlı tutulmuştur. Bu durumda, 3201 sayılı Yasa ile yurt dışında çalışanların hizmetlerinin sosyal güvenlikleri yönünden değerlendirilerek yaşlılık aylığı tahsis edilebilmesinin yurda kesin dönüş koşuluna bağlanması, sosyal güvenlik kurumlarının aktüaryal dengelerinin ve 65. maddedeki malî kaynakların yeterliğı ölçütünün gözetildiğı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddelerine aykırı değildir. İstem reddi gerekir.

Konunun, Anayasa'nın 49. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

8.5.1985 günlü, 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”un;

A- 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yalçın ACARGÜN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU ile Ahmet AKYALÇIN’ın karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “... kesin dönülmüş ...” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin iptali nedeniyle aynı maddenin uygulanma olanağı kalmayan birinci fıkrasındaki “... tarihinden itibaren” sözcükleri ile ikinci fıkrasının, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE, Fulya KANTARCIOĞLU’nun karşı oyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 12.12.2002 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye	Üye
Mustafa BUMİN	Haşim KILIÇ	Samia AKBULUT	Sacit ADALI

Üye	Üye	Üye	Üye
Yalçın ACARGÜN	Fulya KANTARCIOĞLU	Ertuğrul ERSOY	Tülay TUGCU

EK-II

Türk Sosyal Sigorta Merciiinin Dosya numarası:

.....

Den

Tarih ve yer.....

Türkische Versicherungszeiten für den Erwerb des Anspruchs **
Yardıma hak kazandıran Türk sigortalılık süreleri

Zeitabschnitte Zaman Bölümleri			Beitragszeiten Prim ödeme süreleri			Versicherungs- Träger und Kassen Türk Sosyal Güvenlik Kuruluşu	Bemerkungen İzahat
1			2			3	4
Kalender- Jahr Takvim yılı	vom den	bis ne kadar	Tage Günler	Monate Aylar	Art* Tarz		
		Summe Toplamı					

* PF = Pflichtbeitragszeiten

FR = freiw. Beitragszeiten

N = Nachentrichtete Beitrage
(Zeitpunkt der tatsächlichen
Nachentrichtung in Spalte-
"Bemerkungen" angeben)

* PF = Mecburi prim ödeme süreleri

FR = İsteğe bağlı prim ödeme süreleri

N = Borçlanma yoluyla ödenen primler
(Primlerin kati olarak ödediği
Tarihi "izahat" sütununa
yazınız)

** Für Arbeitnehmer, die in bergbau-
lichen Betrieben im Sinne der
Ziffer 15 des Schlussprotokolls
unter Tage beschäftigt waren,
ist zusätzlich eine genaue Auf-
stellung über die Beschäftigung
nach Vordruck TR 5 beizufügen.
Nihai protokolün 15.numarası
anlamında maden işletmelerinde
yer altında çalışan işçiler için,
çalışmaları belirten TR 5 formül-
lerinin de ayrıca eklenmesi gerekir.

.....
Yer

Stempel des Versicherungsträgers
Sigorta kurumunun mührü

den.....
Tarih

.....
Unterschrift(imza)

EK-III
SOSYAL SİGORTALAR KURUMU BAŞKANLIĞI
SİGORTA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
.....Sigorta İl / Sigorta Müdürlüğüne

.....

☐ Halen yurtdışında çalışmaktayım.

☐ Halen yurtdışında bulunmaktayım.

3201 sayılı Kanuna göre yurtdışında geçen ve aşağıda belirttiğim süreleri borçlanmak istiyorum.

...../...../.....

Adı – Soyadı :
Sigorta Sicil No :
İmza :

Yurtdışı Adresi :

Türkiye Adresi :

.....

.....

.....

.....

1-Yurtdışında geçen / / - / / çalışma süresini borçlanmak istiyorum.

2- Yurtdışında çalışmalarım arasında boşta geçen süreleri

☐ Borçlanmak İstiyorum ☐ Borçlanmak İstemiyorum

3- Yurtdışında sosyal güvenlik sözleşmesine göre aylık talebinde

☐ Bulundum ☐ Bulunmadım

4- Yurtdışında geçen çalışma sürelerimin bir kısmını daha önce

☐ Borçlandım ☐ Borçlanmadım

5- Yurtdışına çıkmadan önce en son bağlı olduğum sosyal güvenlik kuruluşu:

☐ Sosyal Sigortalar Kurumu	Sandık No	:	
☐ T.C. Emekli Sandığı	Sicil No	:	
☐ BAĞ-KUR	Bağ No	:	
☐ 506 S.K.20.Md.ne tabi sandık	Sandık No	:	
☐ Hiçbir Sos.Güv.Kur.Tabi değilim			

EKLER:

1-Yurtdışındaki borçlanmak istediğim süreleri gösterir (bağlı bulunduğum) Sigorta Mercii veya Konsolosluklarımız /Ataşeliklerimizce tanzim ve tasdik edilmiş hizmet cetveli

2- Nüfus Cüzdanı önlü arkalı fotokopisi

3- Taahhütname

NOT: Türkiye’ de, Ankara’ da ikameti bulunanlar : Ankara İhtiyarlık Sigorta Müdürlüğü

Sihhiye – ANKARA,

İstanbul’ da ikameti bulunanlar : İstanbul İhtiyarlık Sigorta Müdürlüğü

Unkapam – İSTANBUL adresine müracaat etmeleri gerekmektedir.

EK-IV
3201 SAYILI KANUNA GÖRE YURTDIŞINDA İKEN BORÇLANMA
TALEBİNDE BULUNANLAR İLE İLGİLİ TAAHHÜTNAME

Aşağıda belirttiğim sürelerde ‘ da geçen çalışmalarımı 3201 sayılı Kanuna göre borçlanmak istiyorum.

A- Yurtdışındaki Çalışma Sürelerim :

B- Borçlanmak İstedığım Süre :

C- Çalışmalarım Arasında Boşta Geçen Sürelerimi de:

☐ Borçlanmak istiyorum

☐ Borçlanmak istemiyorum.

D- Sigorta Sicil No :

NOT :

Borçlanmak istediğiniz sürenin başlangıç ve bitiş tarihlerini gün, ay ve yıl olarak mutlaka belirtiniz.

....../....../....

Adı-Soyadı

İMZA

KAYNAKÇA

AKIN, Levent: **“4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri”** , A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s.

AKIN, Levent: **Bağ-Kur Sigorta Yardımları**, Ankara, 1996 (Sigorta)

ARASLI, Utkan: **Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar**, Cilt 2, Ankara 2002.

ARICI, Kadir: **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İstanbul 1999

ARSLAN, Ramazan/ KURU, Baki/ YILMAZ, Ejder: **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2001

ASLANKÖYLÜ, Resul: **Sosyal Sigortalar Kanun Yorumu**, Cilt 2, Ankara 2004.

AYBAY, Rona: **Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul 2003

AYHAN, Abdurrahman: **Türkiye’de Sosyal Sigortalar Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Sorunu ve Uygulaması**, Eskişehir 1983.

BAŞTERZİ, Süleyman: **Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında “ Yurda Kesin Dönüş Koşulu”**, Yargıç Aydın Özkul’a Armağan, Kamu İş 2002, C.6, Sayı.4, s. 271-300.

BERMİG, Klaus / VAN DOORN, Heinz Peter: “Leistungen bei Arbeitslosigkeit”, Übersicht über das Sozialrecht, Nürnberg 2005.

BİLGE, Necip: **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 1999.

ÇAKMAK, İhsan: **Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, Cilt 2**, Ankara 2004.

ÇENBERCİ, Mustafa/ UYGUR Turgut: **Bağ-Kur Kanunu Şerhi**, Ankara 1979

ÇENBERCİ, Mustafa: **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Ankara 1979

ÇOLAK, Mahmut/ ÖZTÜRK, Ercüment: **Yurt Dışındaki Türk Vatandaşlarının Emeklilik Yolları ve Sosyal Güvenliği**, Ankara 2006.

ERNAM, Nuri: **Açıklamalı ve Uygulamalı Sosyal Sigortalar Mevzuatı**, Ankara 1990

ERSAN, Gürbüz: **Bağ- Kur Uygulaması**, İstanbul 1985

ERTÜRK, Erkan: **Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, cilt 2**, Ankara 2001

GÜRİZ, Adnan: **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 1999

GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul 2004

KILIÇOĞLU, Mustafa: Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara 2002.

LAÇİNER, Hediye: “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 5, Sayı 3, Ankara 2000, s.609-639.

OKUR, Ali Rıza: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İstanbul 2006.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005.

SÖZER, Ali Nazım: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, İstanbul 2000.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2005.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 2006.

TUNCAY, Can: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 1998 (Sosyal Güvenlik)

TUNCAY, Can: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, İstanbul 2002

TUNÇOMAĞ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990.

ULUOCAK, Nihal: **Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1986.**

YALÇINKAYA, Orhan: **Bağ- Kur Kanunu Açıklamalar, Kararlar, İlgili Mevzuat, Ankara 2001**

YELEKÇİ, Memduh: **Sosyal Sigortalar Kanun Şerhi, Ankara 2003**

ÖZET

Günümüzde Almanya başta olmak üzere tüm dünyada, Sosyal Sigortalar Kurumu verilerine göre 3,6 milyon Türk vatandaşı yaşamaktadır. Bu vatandaşlarımız, bir gün aileleri ile birlikte anavatanları Türkiye'ye dönmek ümidiyle, yıllarca yurt dışında en ağır işlerde çalışmaktadır. Özellikle son dönemlerde, yurt dışında ortaya çıkan ekonomik krizler, işsizlik ve hatta artan toplumsal karışıklıklar nedeniyle birçok vatandaşımız anavatanlarına dönmektedir. Bu vatandaşlarımızın yurt dışında geçen sürelerinin, sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilerek kendilerinin ve ailelerinin anavatanlarına döndüklerinde sosyal güvenlik hakkına kavuşmaları, sosyal bir Devlet olan Türkiye Cumhuriyetinin en temel ödevlerindendir. Bu bağlamda; tezimizde Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen sürelerinin borçlanılarak değerlendirilmesi ve Türkiye'deki emeklilik haklarını inceledik.

Yurt dışında sayıları giderek artan milyonlarca vatandaşımıza, Mahkemelere ve Kurumlara faydalı olacağına inandığımız çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Bunlardan ilk bölümde, çalışmamızda yer alan bazı kavramların tanımı, yurt dışı hizmet borçlanmasının tarihsel gelişimi, unsurları ve koşulları ile borçlanma sonucunda sigortalıların sigortalılık başlangıç tarihini hesaplama yöntemi ele alınmıştır.

İkinci bölümle birlikte, borçlanılan sürelerin ülkemiz sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak geçen diğer sürelerle birleştirilmesi konusu, günümüzdeki mevzuat ve yürürlüğe girmesi beklenen 5510 sayılı Kanun çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, yurt dışı hizmetlerinin borçlanması sonucunda aylık bağlanması konusu, özellikle yurda kesin dönüş koşulu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda Sosyal Sigortalar Kurumunun sigortalılığın iptaline ilişkin işlemlerine karşı açılan davaların kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi sorununa değinilmiştir. Yine kısmi aylık bağlanması, borçlanmadan vazgeçme ve primlerin iadesi konularına ilişkin açıklamalar da bu bölümde bulunmaktadır.

SUMMARY

Today, according to the Social Securities Institution's data 3.6 million Turkish citizens are living in the whole world. They are working in the heaviest jobs with the hope of coming back to their homeland Turkey with their families. Of course providing them and their families social security when they return back to their homeland is one of the important principle obligations of Turkey. In this context, we studied in our Thesis the subject of evaluating the period that the Turkish Citizens had Abroad as their social security and their Retirement rights in Turkey.

Our Thesis that we believe to be beneficial to our millions of citizens living in foreign countries, to Courts and Institutions consists of three chapters.

In the first part, description of some concepts that come up in our study, the historical development, elements and requirements of evaluating Periods that the Turkish Citizens had Abroad as their social security.

In the second part, the subject of associating the evaluated periods with the other periods that the insured had affiliated to our country's social security institutions was explained within the framework of current laws and the Law numbered 5510 which is to expected be effective soon.

In the third part, the subject of being put on pension payment especially the requirement of returning back certainly was studied in a detailed manner. In this context, Social Security Organization's processes regarding the cancellation of insurance and the problem of dismissing the lawsuits because of considered judgment was mentioned.