

YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASINDA "YURDA KESİN DÖNÜŞ KOŞULU"

Dr. Süleyman BAŞTERZİ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŐ ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Görevlisi

1. Yurt dışı hizmet borçlanması kurumunun oluşumunu hazırlayan nedenler ve amacı

Bugün, çalışmak amacıyla yurt dışına çıkan ve yabancı ülkelerde yerleşen Türk vatandaşlarının sayısı bunlara bağımlı yaşayan eş ve çocukları ile birlikte üç milyonun üzerindedir¹. 1960'lı yıllarda başlayan Türkiye'den yurt dışına işgücü göçü dolayısıyla yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının sayılarının artması, söz konusu işçilerin ve bunların bakmakla yükümlü buldukları diğer kişilerin sosyal güvenliklerine ilişkin bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunlar özellikle yaşlılık, maluliyet, ölüm gibi, toplanan prim oranlarının yardımlara hak kazanma koşulları ile hassas bir aktüryal ilişki ve denge içinde bulunmasının zorunlu olduğu uzun vadeli sigorta kollarında ortaya çıkmıştır.

Sorunların yoğunlaştığı yaşlılık sigortası bağlamında konuya yaklaşıp, bu sorunlarla karşılaşanlar gruplandırılacak olursa, ilk grupta yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'deki sosyal güvenlik kurumlarından birine tabi çalışması olanlar yer alır. Bunlar uzun yıllar yurt dışında çalıştıktan sonra ülkelere dönmek istediklerinde gittikleri ülkenin çoğu kez Türkiye'dekinden daha ağır olan emeklilik koşullarını (özellikle yüksek yaş koşulunu) sağlayamadıkları için, o ülkede yaşlılık aylığına hak kazanamadıkları gibi, Türkiye'deki çalışmalarının da tek başına Türk sosyal güvenlik mevzuatına göre emekliliklerine yetmemesi durumunda bütünüyle

¹ Bkz. Ali Nazım **Sözer**, Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Türkiye'de Emeklilik İçin Borçlanmaları, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, fTÜHİS yayını) Ankara 1998, 629-630 (Armağan).

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

sosyal güvencesiz kalma tehlikesiyle karşılaşmışlardır. Aynı sorun, ikinci grupta yer alan ve yurt dışına gitmeden önce Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması bulunmayanlar bakımından öncelikle söz konusu olmuştur. Bunlara üçüncü bir grup olarak, eşleriyle birlikte yurt dışına giden ev hanımlarını da eklemek mümkündür. Gerçi bu gruptakiler, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununun Ek 3. maddesine göre, primlerini döviz olarak ödemek suretiyle Türkiye'deki ev hanımları gibi isteğe bağlı Bağ-Kur sigortasından yararlanma olanağına sahiptirler². Ancak, söz konusu olanağı değerlendirmeyen ev hanımları bakımından yurt dışı hizmet borçlanması önemini korumaktadır.

İlk grupta yer alan çalışanlar bakımından soruna çözüm getirmek amacıyla Türkiye'nin bir çok ülkeyle bağtladığı sosyal güvenlik sözleşmelerinde, bunların Türkiye'deki çalışmalarıyla yabancı ülkede geçen çalışmalarının birleştirilerek değerlendirilmesine ilişkin esaslara yer verilmiştir⁵. Bununla birlikte, bazı ülkelerle yapılan sosyal güvenlik sözleşmelerinin yeterli hükümler içermemesi, kimi çalışanların sözleşme kapsamı dışında bırakılması, Türk işçilerinin çalıştıkları bazı ülkelerle sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmamış olması, bu gruptakilerin tam anlamıyla sosyal güvenceye kavuşturulamamaları sonucunu doğurmuştur. Öte yandan, anılan olanaktan yararlanıp hizmet birleştirmesi yoluyla Türkiye'de kısmî yaşlılık aylığına hak kazananlar da, bu aylıkların çok az olması nedeniyle yeterince sosyal güvenceye sahip olamamışlardır. İkinci grupta yer alan ve Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi çalışması bulunmayanlar bakımından ise, anılan hizmet birleştirmesi olanağı zaten söz konusu değildir. Böylece, uzun yıllar yurt dışında çalışmalarına ve Türkiye'ye çok miktarda döviz kazandırmalarına karşın ülkeye dönmek istediklerinde sosyal güvenlikten yoksun bulunan büyük bir kitle ortaya çıkmıştır.

Yabancı ülkelerde çalışan bu konumdaki işçileri sosyal güvenceye kavuşturmak ve bunlarla sadece Türkiye'de çalışıp uzun vadeli sigorta kollarından yardım hak kazanan Türk vatandaşları arasında bir paralellik sağlamak amacıyla 30.05.1978 tarihinde, 2147 sayılı "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Değerlendirilmesi Hakkında Kanun" yürürlüğe konmuştur⁴. Bu kanun, yürürlüğe girdiği tarihte yurt dışında çalışmakta olup da daha sonra Türkiye'ye dönenler ile o tarihte halen yurt dışında çalışmakta olan Türk vatandaşlarına ayrı ayrı, isteklerine bağlı olarak, yurt dışında geçen ve

² Bkz. Ali **Güzel** - Ali Rıza **Okur**, Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1999, 416; A. Can **Tuncay**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 2000, 392 (Dersler); Levent **Akin**, Bağ-kur Sigorta Yardımları, İstanbul 1996, 34.

³ Bu konuda bkz. **Tuncay**, Dersler, 359-361.

⁴ RG. 07.06.1978, S. 16309.

belgelenen çalışma sürelerini, çalıştıkları ülkenin para birimi üzerinden borçlanıp Türkiye'de geçmiş gibi değerlendirme olanağını vermiştir (m.3-4)⁵.

Söz konusu kanunun gerekçesine ve T.B.M.M. Plan Komisyonunun 20.03.1978 tarihli raporuna bakıldığında görülür ki⁵, kanunun çıkarılma nedenleri arasında, yukarıda değindiğimiz sorunların çözümü yanında, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarına çalıştıkları ülkelerde elde ettikleri sosyal güvenlik haklarını saklı tutarak çifte emeklilik olanağı sağlamak ve böylece tasarruflarını teşvik etmek de yer almaktadır. Ancak, anılan nedenlerin yanında, yurt dışında çalışan işçilere hizmet borçlanması olanağının tanınmasının hazineye döviz sağlamanın bir aracı olarak da düşünüldüğünü belirtmek gerekir⁷. Nitekim 2147 sayılı Kanunda açıkça prim ve kesenek karşılıklarının döviz olarak ödenmesi öngörülmüştür (m.3/2)⁸. Yine, 2147 sayılı Kanunun yerini almak üzere çıkarılan 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunda da⁹, aynı düşüncenin daha açık bir şekilde sergilendiği görülmektedir¹⁰. 3201 sayılı

⁵ 2147 sayılı Kanun kapsamında ayrıca, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Türkiye'ye dönmüş olanlara da yurt dışında geçen çalışmalarını borçlanma olanağı tanınmıştır (m.3/1). Öte yandan, 2147 sayılı Kanun kapsamında yer alanlar, o tarihte 506 sayılı Kanunun isteğe bağlı sigortaya başvuru için aradığı, en az 5 yıl sigortalı olmak ve en az 750 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemiş olmak koşulları aranmaksızın 506 sayılı Kanuna göre isteğe bağlı sigortadan yararlanma olanağına da sahip kılınmışlardır (m.5). 2147 sayılı Kanunun öngördüğü borçlanma düzeni konusunda bkz. Kenan **Tunçomağ**, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 2. Bası İstanbul 1982, 284 vd.; ayrıca, 2147 sayılı yasa ile 3201 sayılı yasanın öngördüğü yurt dışı hizmet borçlanması düzenlerinin karşılaştırılması için bkz. **A. Can Tuncay**, Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Hizmet Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi, Yeni İş Dünyası, Ekim 1985, Yıl. 6, S. 72, 17 vd. (Makale); aynı yazar, Dersler, 365-367; Ali Nazım **Sözer**, Türkiye-Federal Almanya Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Ek 2 Kasım 1984 Düzenleme Tarihli Sözleşme Işığında Hizmet Süreleri F. Almanya ve Türkiye'de Geçen Türk İşçilerinin Emeklilikleri, Yeni İş Dünyası, Mart 1986, Yıl. 7, S. 77, 21 vd. (Sözleşme); aynı yazar, Armağan, 631 vd.

⁶ Bkz. T.B.M.M.'nin 24.5.1978 tarihli 136. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S sayısı 65, s. 19, T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 5, C. 5.

⁷ **Tuncay**, Dersler, 368; aynı yazar, Makale, 19; Hediye **Laçiner**, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 610.

⁸ 2147 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin (RG., 25.08.1978, S.16357) 15. maddesi uyarınca, döviz karşılığı olarak ödenecek borç ve primlere ilişkin döviz bozdurma işlemlerini düzenlemek üzere Maliye Bakanlığınca yayınlanması öngörülen tebliğde (RG., 25.08.1978, S.16357), borçlarını döviz olarak ödemek zorunda bulunan Türk vatandaşları bu yükümlülüklerini, dövizlerini ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna göndermek veya T.C. Merkez Bankasına satmak suretiyle yerine getirirler (m.1). Düzenlenecek döviz bordrolarına, 2147 sayılı Kanundan yararlanmak üzere bozdurulmuştur kaydı konur hükümleri yer almaktadır (m. 1-2).

⁹ RG. 22.05.1985, S.18761.

¹⁰ 3201 sayılı Kanuna göre, "İstek sahipleri tahakkuk ettirilen borçlarını T.C. Merkez Bankasına veya yetkili bankalara satmak, karşılığı Türk parasının borçlanma işlemini yürüten sosyal güvenlik

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Kanunda, döviz ile değerlendirilecek sürelerin her bir günü için tahakkuk ettirilecek prim, kesenek ve karşılık borcu tutarının önce 1 Amerikan Doları olması öngörülmüş, daha sonra bu rakam 2 Amerikan Dolarına yükseltilmiştir (m.4)¹¹.

2147 sayılı Kanunun yedi yıllık uygulamasının ardından, bu kanunun uygulanmasından kaynaklanan bazı aksaklıkların giderilmesi için, 08.05.1985 tarihinde yukarıda sözü geçen 3201 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. 2147 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran yeni kanun, 2147 sayılı Kanun gibi, yurt dışında geçen çalışmaların niteliğine (bağımlı ya da bağımsız çalışma) bakılmaksızın borçlanılmasına olanak vermesinin yanında, kişiler bakımından uygulama alanını, çalışmaksızın yurt dışında bulunan ev hanımlarını da kapsamına alarak genişletmiştir. Ayrıca 3201 sayılı Kanuna göre, borçlanma için öngörülen başvuru süresi içinde ölenlerin geride kalanları (m.3) ve Türkiye ile çalıştıkları ülke arasında yapılan sosyal güvenlik sözleşmesi uyarınca kendilerine kısmî aylık bağlananlar da, tam aylık elde edebilmek için, yurt dışı hizmet borçlanması yapabileceğine sahip kılınmıştır (m.9)¹².

3201 sayılı Kanunda bir yandan yurt dışı hizmet borçlanması yapacakların kapsamı genişletilirken, bir yandan 2147 sayılı Kanundan farklı olarak, halen yabancı ülkede çalışmakta olanlar bu kanunun kapsamı dışında bırakılmış ve yurt dışı hizmet borçlanması yapılması Türkiye'ye kesin dönüş koşuluna bağlanmıştır (m.3). Öte yandan, yurda kesin dönüş koşulu 3201 sayılı Kanuna göre değerlendirilen sürelerle dayalı olarak aylık tahsisi yapılabilmesi bakımından da getirilmiş (m.6/A) ayrıca, bu kanun hükümlerinden yararlanarak aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları ayı takip eden ay başından itibaren aylıklarının kesilmesi öngörülmüştür (m.6/B). Yurda kesin dönüş temeline dayalı bu düzenlemeler uygulamada bir çok

kuruluşuna intikali hususunda bankaya talimat vermek, döviz alım bordrosunun bir nüshasını sosyal güvenlik kuruluşuna ibraz etmek suretiyle mükellefiyetini yerine getirmiş olurlar. İstek sahiplerinin, dolar dışında ödemek istediği döviz tutarı, T.C. Merkez Bankası veya yetkili bankalarca, Dolara göre çapraz kur uygulanmak suretiyle satın alınır" (m.4/4-5).

¹¹ Bu maddede yer alan miktar (1 Dolar), 16.01.1997 tarih ve 97/9064 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 2.5 Dolara yükseltilmiş, daha sonra 16.03.1998 tarih ve 98/10999 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de 2 Dolar olarak değiştirilmiştir (RG.15.05.1998, S.23344).

¹² Öte yandan, 3201 sayılı Kanun yurt dışı hizmet borçlanmasının konusu bakımından da bazı genişleme ve rahatlama sağlanmıştır. Şöyleki, 3201 sayılı yasaya göre, çalışma süreleri arasında ve sonunda, her biri bir yıla kadar olan işsizlik süreleri de borçlanılarak sosyal güvenlik bakımından değerlendirilebilir (m.1) (**Tuncay**, Dersler, 367; **Güzel-Okur**, 296; **Sözer**, Armağan, 631-632). Yine, 2147 sayılı yasada kısmî borçlanma yapılıp yapılamayacağı konusundaki belirsizliğe rağmen bu yasaya ilişkin uygulama yönetmeliğinde kısmî borçlanmaya olanak tanınmaması ve bu nedenle ortaya çıkan tartışmalar karşısında (bkz. **Güzel-Okur**, 295), 3201 sayılı Kanun yurt dışında geçen çalışmaların kısmen borçlanılmasını mümkün kılınmıştır (bkz. **Tuncay**, Dersler, 366; **Laçiner**, 622).

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

uyuşmazlığa yol açmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak yargı kararları ile bir takım ilkelerin oluşturulmaya çalışıldığı görülmekle birlikte, bunların son zamanlara kadar tam bir netlik ve tutarlılık kazandığı söylenemez.

2. Yurda kesin dönüş koşulunun uygulamada yarattığı sorunlar ve çözüme yönelik bazı yaklaşımlar

Yurda kesin dönüş koşulu bağlamında uyuşmazlık konusu olabilecek durumları üç grupta toplamak mümkündür. Bunlardan ilkinin, yurda kesin dönüş koşulunu gerçekleştirilmesine karşın 3201 sayılı Kanuna göre yurt dışı hizmet borçlanması yapmış ve bu borçlanmaya dayalı olarak kendilerine yaşlılık sigortasından aylık bağlanmış olanların durumu oluşturur. İkinci grupta ise, yurda kesin dönüş yapıp yurt dışı hizmet borçlanmasını da gerçekleştirdikten sonra, henüz kendilerine yaşlılık aylığı tahsis edilmeden tekrar yurt dışına çıkanlar yer alır. Üçüncü gruba ise, yurda kesin dönüş yapıp 3201 sayılı Kanuna göre yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanarak yaşlılık aylığına hak kazandıktan sonra aylık almakta iken tekrar yurt dışına çıkanlar oluşturmaktadır. Bu üçüncü grupta yer alanlar da kendi içinde, sadece yabancı bir ülkede yerleşenler ile hem yabancı bir ülkeye yerleşip hem de orada yeniden çalışmaya başlayanlar olmak üzere ikiye ayrılır. Ancak, dava konusu olan bir çok uyuşmazlıkta, anılan grupların ayırt edilmediği ve birbirine karıştığı görülmektedir. Bu da sorunların çözümünü güçleştirmiştir.

Söz konusu karışıklığın ortaya çıkmasında, yurda kesin dönüşün ne anlama geldiği konusunda yargı kararları ile öğretide tam bir uzlaşma sağlanamamasının ve asıl önemlisi, yabancı ülkede işsizlik yardımı alınmasının kesin dönüşü engel oluşturup oluşturmayacağı noktasında tartışma yaşanmasının etkili olduğunu belirtmek gerekir.

Uygulamada yurda kesin dönüşün ne anlama geldiğinden başka, nasıl ve hangi ölçütlere göre saptanacağı konusunda da tam bir açıklık yoktur. Sosyal Sigortalar Kurumu isabetli olarak, öncelikle sigortalının beyanını esas almaktadır. Bunun için işçiye, yurda kesin dönüş yaptığı beyanını ve daha sonra durumunda bir değişiklik olursa bunu derhal yazılı olarak kuruma bildireceği taahhüdünü içeren matbu bir belge imzalatılmaktadır. Bu belgede ayrıca, kısmî ya da tam borçlanma talebi de yer almakta ve gerçeğe aykırı beyan ya da değişikliklerden kurumu haberdar etmeme durumunda uygulanacak hukukî ve cezaî yaptırımlar gösterilmektedir¹³.

¹³ Laçiner, 625, dn.70.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Öte yandan uygulamada, yurda kesin dönüş yapıp yapılmadığı konusunda uyumsuzluk çıkarsa, pasaportta yer alan bu konudaki bilgilere ve ilgilinin sunacağı diğer inandırıcı belgelere bakılarak karar verileceğinden söz edilmektedir¹⁴. Ancak bunların hiçbirinin tek başına kesin bir ölçüt olarak kabul edilmesi isabetli değildir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bir kararında ifade edildiği gibi, borçlanma yapanın köyünde ev yaptırması, zaman zaman gelip gitmesi, pasaportunda birden fazla giriş ve çıkış olması yurda kesin dönüş yapıldığının belirlenmesi bakımından tek başına yeterli olmayabilir. Yargıcın her olayı kendi içinde değerlendirmesi ve bu davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan gerekli görürse resen araştırma ilkesi gereği kesin dönüş yapıp yapılmadığına ilişkin araştırma yapıp bilgi ve belge toplaması gerekir¹⁵.

Yabancı bir ülkede işsizlik sigortasından ödenek ya da sosyal yardım niteliğinde işsizlik yardımı alınıyor olmasının yurda kesin dönüş yapıp yapılmadığı konusunda bir ölçüt oluşturup oluşturmadığına gelince, bu sorunun yanıtı farklı yaklaşımlarla yurda kesin dönüş verilecek anlama göre değişmektedir.

Yargıtay 21. Hukuk dairesinin başlangıçta benimsediği bir görüşe göre, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde ifadesini bulan yurda kesin dönüşten kasıt, "yurt dışındaki çalıştığı işyerinden ayrılmak suretiyle Türkiye'ye dönmektir. Başka bir anlatımla, yurt dışındaki aktif sigortalılığını giderek çalışma yaşamına son vermektir. Bu yön aynı Yasanın 6/B. maddesinde; bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında "çalışmaya başlayanların" çalışmaya başladıkları ayı takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir sözcükleri ile kesin dönüşten amacın; yurt dışında eylemli olarak çalışmama olgusunun amaçlandığı, çalışmama koşulu ile, ikamet etmemenin amaçlanmadığı açık seçiktir"¹⁶. 21. Hukuk Dairesi, bu açıklaması ışığında, yurt dışında işsizlik sigortasından ödenek almanın aktif sigortalı olarak çalışma kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek, işsizlik ödeneği alınmasının kesin dönüş koşulunun gerçekleşmesine engel oluşturmayacağını kabul etmiş ve bu sırada yapılan yurt dışı hizmet borçlanmasının geçerli olduğu sonucuna varmıştır¹⁷. Mahkemenin aktif sigortalılığı esas alıp, işsizlik yardımı alınmasını dahi yurda kesin dönüş yapılmasına engel kabul etmeyen bu ilk yaklaşımı benimsendiğinde, işsizlik sigortasından ödenek alınmıyorsa, tek başına yurt dışında ikamet etmenin yurda kesin dönüş yapma koşulunun gerçekleşmesine engel oluşturmayacağı sonucuna varmak öncelikle mümkündür.

¹⁴ **Tuncay**, Dersler, 368; **Laçiner**, 625; Y10HD., 21.03.1996, E. 1996/2277, K. 1996/2279, İş ve Hukuk Dergisi, Ağustos-Eylül 1996, 32.

¹⁵ Y21HD., 06.10.1997, E. 1997/6015, K. 1997/6112, YKD., C.24, S. 10, Ekim 1998, 1525.

¹⁶ Y21HD., 26.06.1997, E. 1997/4377, K. 1997/4500, YKD., C. 24, S. 3, Mart 1998, 419.

¹⁷ Y21HD., 03.12.1996, E. 1996/6625, K. 1996/6714, YKD., C. 24, S. 4, Nisan 1998, 574-575.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bu yaklaşımla verdiği kararlarında, yurt dışında çalışan bir işçinin yurda kesin dönüş yaptıktan sonra çalışmış olduğu ülkenin işsizlik sigortasından yararlanmış olmasının, bu işçinin yurt dışında çalıştığı veya yurda kesin dönüş yapmadığı biçiminde yorumlanamayacağını kabul etmiş ve 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma yaptıktan sonra zaman zaman yurt dışına çıkan veya yabancı ülkede işsizlik yardımlarından yararlanan sigortalının yaşlılık aylığının bu nedenle kesilmesinin usûl ve yasaya aykırı olacağı sonucuna varmıştır¹⁸.

Bu konuda Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise, daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne giden üç ayrı kararında farklı görüşlere yer vermiştir. Söz konusu kararların ilkinde, işsizlik sigortası ödeneği alınmasına rağmen kesin dönüş iddiasının dayanaklarının araştırılması gerektiği, Alman mevzuatına göre, işsizlik sigortasından yararlanabilmek için o yerde oturma zorunluluğu bulunduğundan, bunun aksinin inandırıcı delillerle ispat edilmesinin zorunlu olduğu, ancak işsizlik sigortasından aylık almanın da her zaman yurda kesin dönüş yapılmadığı anlamına gelmediği belirtilmektedir. 10. Hukuk Dairesine göre, işsizlik ödeneği alınmasına karşın yurda kesin dönüş iddiası varsa, bunun saptanması bakımından sigortalının pasaportunun aslının incelenmesi, pasaportun üzerinde yer alan yurda giriş çıkış tarihlerinin değerlendirilmesi ve yerine göre yurda giriş çıkış yapılan gümrük kapılarından durumun sorulması gerekir. Bu kararda, 3201 sayılı Kanununun 3. maddesi uyarınca, yurt dışı hizmet borçlanması için yurda kesin dönüş yapmanın şart olduğu da açıkça ifade olunmuş ve yapılan araştırmaya göre borçlanma tarihinde yurda kesin dönüş yapıldığı kanısına ulaşırsa, bu sırada yabancı ülkede işsizlik ödeneği alınmasının borçlanma işleminin iptalini gerektirmeyeceği sonucuna varılmıştır¹⁹.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi daha sonra verdiği bir kararında ise, işsizlik sigortasından ödenek alınmasının yurda kesin dönüş yapılmadığına güçlü bir kanıt ve karine oluşturduğu görüşünü dile getirerek, yurt dışı hizmet borçlanması yaptığı sırada Alman sosyal güvenlik mevzuatına göre işsizlik sigortasından ödenek alan davacının yurda kesin dönüş yapmadığı sonucuna varmıştır. 10. Daireye göre, işsizlik ödeneği alınması bu yardımın alındığı ülkede oturmayı gerektirir. Bu ülkeden ayrılınması durumunda işsizlik yardımının kesileceği bilinen bir gerçektir. Alman sosyal güvenlik mevzuatına göre, işsizlik sigortası kolundan yardım alabilmek için, sigortalının emeğini iş piyasasının emrine hazır tutması gerekir. Çünkü, ilgili Alman kurumları işsizleri ve işyerlerini takip ederek işsizleri boş işlerde çalışmaya davet etmekte, işçiler de söz konusu bu davetleri kaçırmamak için, o

¹⁸ Y21HD., 03.12.1996, E. 1996/6625, K. 1996/67/14, YKD., C. 24, S. 4, Nisan 1998, 575.

¹⁹ Y10HD., 28.04.1997, 1997/117-3024, bkz. YKD., C. 24, S. 1, Ocak 1998, 9-10.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

ülkede oturmaya ve ülke sınırları dışına çıkmamaya özen göstermektedirler. Yurda kesin dönüş yapıldığından söz edilebilmesi bakımından, sigortalının ikametgahını yurt dışından yurt içine taşıma amacının bulunması gerekir. Ancak, Türkiye'den alınan ikamet ilmühaberleri her zaman elde edilebilmeleri nedeniyle aksi yönde güçlü bir kanıt oluşturmamaktadır²⁰.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi söz konusu kararlarından üçüncüsünde²¹ ise, Alman mevzuatına göre işsizlik sigortasından ödenek alınması bu ülkede ikameti gerektirmekle birlikte, Türkiye Cumhuriyeti ile Alman Federal Cumhuriyeti arasında yapılmış olan sosyal güvenlik sözleşmesinin 4-a maddesine dayanarak, Almanya'da işsizlik ödeneği alınmasının Türkiye'deki borçlanma işleminin ve bağlanan yaşlılık aylığının iptalini gerektirmeyeceği sonucuna varmıştır. Çünkü anılan maddeye göre, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, bir âkit tarafın yardım hakkının doğmasını veya para yardımlarının yapılmasını bu taraf ülkesinde ikamet etme koşuluna bağlı kılan mevzuatı, 4. maddede belirtilen ve diğer âkit taraf ülkesinde ikamet eden kimseler hakkında uygulanmayacaktır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bu kararında ayrıca, 3201 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 22.05.1985 tarihinde, Sosyal Sigortalar Kanununun (SSK) 60. maddesine göre yaşlılık aylığına hak kazanılabilmesi için işten ayrılmanın zorunlu olduğu, 3201 sayılı Kanunda öngörülen yurda kesin dönüş koşulunun da anılan işten ayrılma koşuluna paralel bir düzenleme getirmek amacıyla öngörüldüğü belirtilerek, 1986 yılında 3279 sayılı Kanunla SSK'nun 60. maddesinde yer alan işten ayrılma esasının değiştirilmesi ve sosyal güvenlik destek primi ödenerek çalışırken aylık almaya devam edilebilmesi olanağının getirilmesi karşısında (m.63), 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan yurda kesin dönüş koşulunun ilga edildiği görüşüne yer verilmiştir. 10. Daireye göre, aksine bir yaklaşım Anayasadaki eşitlik (m.10), çalışma hürriyeti (m.49) ve sosyal güvenlik hakkı (m.60, 62) ile ilgili maddelere aykırılık oluşturur. Kararda bu yaklaşımı desteklemek üzere, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu (m.35) ile 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanununda (m. 17) aylık bağlanması için işten ayrılma koşulunun aranmadığına da işaret olunmaktadır.

²⁰ Y10HD., 20.11.1997,1997/8333-8154, İstanbul Barosu Dergisi, S. 3, Eylül 1998, 744-745.

²¹ Y10HD., 30.06.1998, E. 1998/3552, K. 1998/4996, bkz. İşveren Dergisi, C. XXXVII, S. 9, Haziran 1999, 15; bu kararda yer verilen, 3279 sayılı Kanunla öngörülen, sosyal güvenlik destek primi ödenerek çalışırken yaşlılık aylığı almaya devam edilebilmesi olanağı karşısında, 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan yurda kesin dönüş koşulunun ilga olunduğu görüşü, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin yukarıda anılan ikinci kararına ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında karşı oy yazısı olarak yer almaktadır (bkz. dn 23'deki karar); Yargıtay 10.Hukuk Dairesi Üyesi Şemsettin **Abik** tarafından savunulan bu görüş için ayrıca bkz. "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, 322-323.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin anılan kararlarını değerlendiren Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, yurda kesin dönüş yapmayı, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma yaşamına ilişkin tüm ilişkilerini, gerek çalıştıkları işyerleri gerekse ilgili oldukları tüm sosyal güvenlik kuruluşları yönünden sona erdirerek, yerleşmek ve sosyal güvenliklerini de burada sağlamak üzere anavatana dönmeleri biçiminde tanımlamıştır. Bu tanım ışığında Alman mevzuatına göre işsizlik yardımı alınmasının koşullarını gözden geçiren Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Almanya'da işsizlik yardımı alınmasının bu ülkede oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapılmadığına ilişkin güçlü bir kanıt ve karine oluşturduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararına gerekçe olarak, Alman mevzuatına göre işsizlik yardımı alınmasının koşullarını göstermektedir. Kararda söz konusu koşullardan, işsiz kalındığının kişisel olarak kuruma yazılı olarak bildirilmesi, bu başvurudan önceki yedi yıllık çalışma sürelerini gösteren işveren tarafından düzenlenmiş bir belge ile Almanya'da ikamet edildiğini kanıtlayan ikamet belgesi, ücret vergi kartı ve sigorta kimlik kartının ibraz edilmesi koşullarına yer verilmekte ve işsizlik yardımı alan kişilerin yardım süresince kendilerine iş bulma kurumunca teklif edilen işleri kabul ederek işe başlamakla yükümlü oldukları, ayrıca yaşamlarında meydana gelen yurda dönme istemi, adres değişikliği, yeni işe başlama gibi değişiklikleri de ilgili makamlara bildirmek zorunda buldukları belirtilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, işsizlik yardımı alındığı sabitse, yurda kesin dönüş yapıldığı ancak somut olayın özelliklerine göre aynı güçte delillerle ispatlanabilir. Aksi halde, işsizlik ödeneği alındığı sırada yapılan borçlanma işleminin Sosyal Sigortalar Kurumunca, 3201 sayılı Kanununun 3. maddesinde öngörülen yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle iptal edilmesi yanlış olmayacaktır²².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu yaklaşımı ile Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin söz konusu üç kararından ikincisini uygun bularak yerel mahkemenin direnme kararını bozmuş²³, diğer ikisinde ise²⁴, yerel mahkemenin direnme kararını onamıştır. Belirtmek gerekir ki, Hukuk Genel Kurulu, yurda kesin dönüş koşulunu bu şekilde yorumlamasının ardında yatan düşünceleri de söz konusu onama kararlarında açıklamakta ve bu bağlamda, " sosyal güvenlik kuruluşlarının yetersiz hizmetleri ve sistemin önemli kriz tehlikesi altında kalması olguları uyumsuzluğun çözümünde ve yasa maddelerinin yorumunda gözden kaçırılmamalı

²² YHGK., 22.10.1997, E. 1997/10-588, K. 1997/857, YKD., C. 24, S. 1, Ocak 1998, 11-14; bu kararın yerinde bulan bir değerlendirme için bkz. Kadir Arıcı, "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, 305-306; YHGK., 28.04.1999, E. 1998/10-805, K. 1999/252, İşveren Dergisi, C. XXXVII, S. 9, Haziran 1999, 16-18; aynı yönde, YHGK., 26.11.1997, E. 1997/10-775, K. 1997/986, Arıcı, 305.

²³ YHGK., 22.04.1998, E. 1998/10-281, K. 1998/298, İstanbul Barosu Dergisi, S. 3, Eylül 1998, 746.

²⁴ Dn. 22'de yer alan ilk iki karar.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

kurumun aktüaryal dengesini daha bozacak yorumlara başvurulmamasına özen gösterilmelidir." görüşlerine yer vermektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararlarından sonra, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de, Hukuk Genel Kurulunun 22.10.1997, E. 1997/10-588, K. 1997/857 sayılı kararına²⁵ atıf yaparak görüşünü değiştirmiş, kesin dönüşün, işçinin yurt dışı ile ekonomik ve sosyal yönden ilişkisini kesip Türkiye'ye yerleşmesi olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bu görüşünü dile getirdiği kararında, işçinin borçlanma yaptığı tarihte, yurt dışındaki işyerinden veya sosyal güvenlik kuruluşlarından aktif ya da pasif sigortalı olarak yardım almamasının asıl olduğunu kabul etmiştir. Karara göre, Alman mevzuatına göre işsizlik sigortasından yardım gören kişinin Almanya'da ikamet ettiği ve iş ilişkisinin sürdüğü, dolayısıyla yurda kesin dönüş yapmadığı açık seçiktir²⁵.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2001 yılında verdiği bir kararında, 3201 sayılı Kanun uyarınca yapılan borçlanma karşılığında kendisine yaşlılık aylığı bağlanan bir Türk vatandaşının borçlanma sırasında yurda kesin dönüş koşulunu gerçekleştirmediğinin ya da daha sonraki bir tarihte gerçekleştirdiğinin anlaşılmasına ilişkin olarak, Sosyal Sigortalar Kurumunca yaşlılık sigortasından aylık bağlanması için yurda kesin dönüş koşulunun aranması gerektiği noktasında Genel Kurul tarafından bir görüş geliştirilmesine karşın, böyle bir durumda yapılacak kurum işlemleri konusunda hukukî bir tavır alınmadığını belirterek, anılan durumlarda yaşlılık aylığının kesilmesinin gerektiği, ancak borçlanma işleminin iptal edilmesinin anayasal sosyal güvenlik ilkeleri ve yasanın öngördüğü sosyal güvenlik sistemi ile bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, Sosyal Sigortalar Kurumunun, aksine bir yaklaşım ile yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmemesi durumunda borçlanma işlemini ve buna bağlı olarak yaşlılık sigortasını iptal etmesi, başka bir deyişle kişiyi Türk sosyal sigorta sisteminden dışlaması kabul edilemez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kararında, vardığı bu sonuca dayanak olarak şu görüşlere yer vermiştir:

"...3201 sayılı Yasadan yararlanmak suretiyle 506 sayılı Yasada öngörülen yaşlılık sigortası kapsamına girmek isteyen Türk vatandaşlarının yaşlılık aylığından yararlanma koşulları ile yurt içinde

25 Bkz. dn. 22.

26 Y21HD., 27.11.1997, E. 1997/6896, K. 1997/7857, YKD., C. 24. S. 6, Haziran 1998, 897-898; ayrıca bkz. **Arıcı**, 304-305.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

çalışıp 506 sayılı yasa kapsamında bulunan Türk vatandaşlarının yaşlılık aylığından yararlanma koşulları zorunlu bir farklılık dışında, birbirine koşut hale gelmiştir. Şöyle ki; 506 sayılı Yasanın 60. maddesinde öngörülen ve yaşlılık aylığından yararlanma koşulları olarak belirlenen; "yaş", "sigortalılık süresi", "prim ödeme gün sayısı", "işten ayrılma" ve "yazılı istekte bulunmak" koşulları 3201 sayılı Yasanın 6. maddesinde de aynen kabul edilmiş, sadece; Türkiye'de çalışanların "işten ayrılma" koşulu burada; "yurt dışındaki ülkeden ayrılıp Türkiye'ye dönüş" biçiminde belirlenmiştir. Şu duruma göre; Sosyal Sigortalar Kurumu; yurt içinde çalışan sigortalılar için; aradığı; işten ayrılma koşulunu yurt dışında çalışanlar içinde yurda dönüş koşulu olarak araması ve işlemleri buna göre yürütüp tamamlaması zorunludur...

Gerçekten, bu konuda sözü edilen 3201 sayılı Yasa, 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 artırılabilecek, isterse, eski aylık olduğu gibi ödenmeye devam edecektir. Böylece denilebilirki, 3201 sayılı Yasa sisteminde yeniden yurt dışı 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.

Nitekim; 506 sayılı Yasa sisteminde, yurt içinde çalışanlar için uygulanan yaptırımda belirtilen şekilde olmaktadır. Yargıtay uygulamasında kabul edildiği üzere, yurt içinde çalışan bir sigortalının, yaşlılık aylığından yararlanmak için Kuruma başvurduğunda, işten ayrılma koşulu gerçekleşmemişse, bu kişiye yaşlılık aylığı bağlanma-makta veya yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, bu koşulun yokluğu anlaşıldığında; aylıklar kesilmekte ve ödenenler geri alınmaktadır.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Bunun ötesinde; 506 sayılı Yasanın 3279 sayılı Yasa ile değişik 63. maddesinde kabul edildiği biçimde; yaşlılık aylığı alanlar Sosyal Güvenlik Destek Primi ödeme koşuluyla; yaşlılık aylıklarının kesilmeden çalışmalarını sürdürebilmektedirler. En önemlisi "işten ayrılma" veya "yurt dışından dönüş" koşulunun yokluğu, kişinin sosyal güvenlik haklarının bütünü ortadan kaldırıcı bir neden olarak, yasalarda öngörülmemiş, sadece; aylığın başlatılmaması veya bağlanan aylığın kesilmesi biçiminde yaptırıma bağlanmıştır..."²⁷

Belirtelim ki, buraya kadar değindiğimiz yargı kararları her zaman açıkça anlaşılacak şekilde birlikte daha çok, borçlanma işleminin, yurda kesin dönüş kavramına verilen farklı anlamlara göre, bu koşul sağlanmadan yapıldığı, kesin dönüşün borçlanmadan sonra gerçekleştiği ya da hiç gerçekleşmediği savıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkindir. Bu çerçevede çoğunlukla, yurda kesin dönüş yapılmadığı yönünde önemli bir karine olarak yerleşen, işsizlik ödeneği ya da yardımı alınması durumu saptandığında, bu ödenek ya da yardımın ne zaman alındığına bakılmaksızın ve bu bağlamda yurda kesin dönüşün borçlanma işleminden önce mi sonra mı gerçekleştiği ayrımı yapılmaksızın, Sosyal Sigortalar Kurumunca borçlanma işlemi iptal edilmiş ve sigortalılara bağlanan aylıklar kesilerek, ödenenlerin geri alınması yoluna gidilmiştir. Bu nedenle yargı önüne gelen uyuşmazlıklarda da, söz konusu ayrıma çok özen gösterilmeksizin yurda kesin dönüş koşulu farklı biçimlerde yorumlanarak çözüm üretilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Bu konudaki öğretici görüşlerine gelince, **Arıcı**, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, daha sonra Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Daireleri tarafından da kabul edilen görüşünü isabetli bulmaktadır. Söz konusu görüş uyarınca yurda kesin dönüş, yurt dışında iş yaşamına ilişkin bütün bağların kesilmesi, başka bir anlatımla gerek çalışılan işyeri ve gerekse ilgili bulunan bütün sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilerin sonlandırılarak, yerleşmek ve sosyal güvenliğin de burada sağlanması düşüncesiyle yurda dönülmesini ifade eder. Yazar bu yaklaşıma uygun olarak, yurda kesin dönüşün, ikametgahını Türkiye'ye nakletmek, hayat akışını Türkiye'de devam ettirmek kasıt ve iradesini gerekli kıldığı sonucuna varmıştır. Başka bir deyişle, kesin dönüşten söz edebilmek için, sigortalının ikametgahını yurt dışından yurt içine nakletme amacını taşıması gerekir. Bu durumda, işsizlik sigortasından aylık alanların yurda kesin dönüş iradesine sahip olmadıkları kabul edilmelidir. Çünkü, işsizlik sigortasından aylık almak sigorta kurumundan önerilecek işi beklemeyi ve makul bir gerekçe olmadıkça bu öneriyi kabul etmeyi gerektirir. Başka bir ülkeye gidilerek orada beklenmesi de gerçekçi değildir. Bu çerçevede,

27 YHGK., 14.02.2001, E. 2001/21-105, K. 2001/139, YKD., C. 27, S. 6, Haziran 2001, 814-819.

borçlanma işlemini tamamlayıp geri dönmek üzere yurda girişi kesin dönüş olarak kabul etme olanağı da yoktur²⁸.

Aynı görüşü benimseyen **Laçiner** de, Alman mevzuatından örnek vererek, bu ülkede işsizlik yardımı alabilmek için, Alman iş ve işçi bulma kurumuna işsiz olduğunu bildirmek, kurumca önerilecek işi kabule hazır olmak, bunun için kurum tarafından her gün görülüp erişilebilecek bir yerde bulunmak ve Almanya'da ikamet edildiğini kanıtlayan ikamet belgesi, ücret vergi kartı ve sigorta kimlik kartının ibrazının gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda Alman sosyal sigorta kurumundan işsizlik yardımı alan kişinin yurda kesin dönüş yaptığından söz edilemeyecektir²⁹.

Buna karşılık **Tuncay'a** göre, işsizlik sigortasından yardım almak kesin dönüş bağlamında ele alınırsa, mantıksal olarak yabancı ülkede işsizlik yardımı alınması yurda kesin dönüş yapılmadığı biçiminde yorumlanabilir. Ancak, sosyal güvenlik yasaları ülkesel bir uygulama alanına sahiptir. Bu yasaların başka bir ülke sosyal güvenlik yasasındaki hüküm nedeniyle uygulanmasının engellenmesi isabetli görülemez. O nedenle, kesin dönüş yapan kimsenin yurtdışından işsizlik ödeneği alıyor olması sadece kendisini ve yabancı ülke mevzuatını ilgilendirir. Dolayısıyla, böyle bir durumda borçlanma isteminin iptali ile kurumca bağlanan aylığın kesilmesi gerekmez. Kaldı ki, bu durum Türk sosyal güvenlik kurumunun mal varlığında haksız bir zenginleşmeye de yol açmamaktadır³⁰.

Sözer ise, kesin dönüşün, ikametgahın, yaşamın ağırlık alanının tek bir ülkeye taşınması olarak nitelenebileceğini belirtmekte ve sorunun çözümü açısından kesin dönüş koşulunu, sosyal sigortalarda teklik ilkesi ve SSK'nda öngörülen yaşlılık aylığının bağlanması için işi bırakma koşulu açısından değerlendirmektedir. Yazara göre, sosyal sigortalarda teklik ilkesi kişinin aktif dönemde zorunlu sigorta kurumlarından sadece birinin üyesi olması ve pasif dönemde de bunlardan sadece birinden edime hak kazanmasını ifade eder. Ancak bu ilke uluslararası hukukta geçerli değildir. Çünkü, primlerini alarak ülkeye dönen sigortalılar yanında, sosyal güvenlik sözleşmelerine göre kısmî aylığa hak kazanan sigortalılar ve nihayet çalıştıkları yerde aylığa hak kazanmış sigortalılar dahi yurt içinde borçlanma talebinde bulunabilmektedir. Buna göre, örneğin Almanya'dan malüllük aylığı alan bir Türk vatandaşı, borçlanma yoluyla Türkiye'de ayrıca yaşlılık

28 Arıcı, 306.

29 Laçiner, 626-627.

30 Tuncay, Dersler, 369-370; aynı yazar, "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 286-287.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

aylığı alabiliyorsa, aynı şekilde yurt dışında işsizlik yardımı alınması da Türkiye'de yaşlılık aylığı alınmasına bir engel oluşturmamalıdır³¹.

Öte yandan **Sözer**, SSK'nun 60. maddesi uyarınca yaşlılık aylığından yararlanabilmek için sigortalının çalıştığı işten ayrılması gerektiğini, ancak söz konusu kanunun 63. maddesinde öngörülen sosyal güvenlik destek primi kurumunun yaşlılık aylığı alınmakta iken çalışmaya olanak tanıdığını, bunun için sigortalının aylık talebi yanında sosyal güvenlik destek primi ödeme talebinde de bulunmasının arandığını hatırlatarak, bu bağlamda yukarıda değindiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında³² yer alan karşı oy yazısını değerlendirmektedir. Yazara göre, daha sonra Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararlarına da yansıyan, sosyal güvenlik destek primi kurumunun öngörülmesinin, 3201 sayılı Kanunun yurda kesin dönüş koşulunu ilga etmesi nedeniyle, işsizlik sigortası edimlerinin yaşlılık aylığı almaya engel oluşturmayacağı şeklindeki karşı oy görüşü, incelenen olayda uygulama yeteneğine sahip bulunmamaktadır. Çünkü, anlaşıldığı kadarıyla söz konusu uyuşmazlıkların hiçbirinde sigortalılar sosyal güvenlik destek primi ödememiştir. **Sözer'e** göre, kesin dönüş koşulunu yumuşatmak için bu tarz yorumlar yerine, koşulun 3201 sayılı Kanundan çıkartılması daha isabetli olur. Öte yandan, istihdam sorunu yaşayan Türkiye açısından yurda kesin dönüşün teşvik edilmesi akılcı olmadığı gibi sosyolojik anlamda da doğru değildir. Çünkü, yurt dışında çalışan bir çok Türk vatandaşı ileri yaşlarda Türkiye'de yaşamayı arzu etmekle birlikte, yabancı ülkede kalan çocukları ile bağlarını koparmak istemedikleri için yılın belirli dönemlerini yurt dışında belirli dönemlerini de Türkiye'de geçirmektedir³³.

3. 3201 sayılı Kanuna göre yurda kesin dönüş koşulu ve bu konudaki sorunlara ilişkin görüşlerin değerlendirilmesi

Yukarıda değinildiği üzere, yurt dışı hizmet borçlanması kurumunu ilk kez oluşturan 2147 sayılı Kanunun gerekçesinde bu kurumun temel amacı, uzun yıllar yurt dışında çalıştıktan sonra ülkelerine dönmek durumunda olan, ancak hem çalıştıkları yabancı ülke hem de Türk sosyal güvenlik mevzuatına göre uzun vadeli sigorta kollarından ve özellikle de yaşlılık sigortasından yararlanma koşullarını sağlayamayan kişileri sosyal güvenceye kavuşturmadır. Bu güvence sağlanırken, yurt dışında çalışanların o ülkelerde elde ettikleri sosyal güvenlik hakları da saklı tutularak, mümkünse çifte emeklilik olanağından yararlandırılmaları amaçlanmıştır.

³¹ Ali Nazım **Sözer**, "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 270-271 Kararlar).

³² Dn. 23'deki karar.

³³ **Sözer**, Kararlar, 270-271.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Şüphesiz ki aynı temel amaç, 2147 sayılı Kanunun eksiklerini gidermek amacıyla onun yerini alan 3201 sayılı Kanun için de geçerlidir. Nitekim, bu yasalar kamuoyunda çifte emeklilik yasaları olarak adlandırılmışlardır³⁴. Şu halde, yurt dışı hizmet borçlanması kurumunun asıl hedef kitlesini, yabancı ülkedeki çalışmalarını sonlandırıp anavatanlarına geri dönen kişiler oluşturmaktadır.

Ancak, 2147 sayılı Kanun yurda dönen Türk işçilerini sosyal güvenceye kavuşturmayı amaçlamakla birlikte, ne borçlanma için ne de aylık bağlanması için yurda kesin dönüş koşuluna yer vermiştir. Belirtelim ki, 2147 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamasına karşın, kanunun uygulama yönetmeliğinin "yurda kesin dönüş" kenar başlıklı 13. maddesinde, yurt dışındaki çalışmalarının primlerini ve kesenek karşılıklarını borçlanıp ödeyerek değerlendiren vatandaşlara tahsis yapılabilmesi için, istek sahibinin yurda kesin dönüş yapmış olması gerektiği öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme, kanuna aykırı olması nedeniyle bir çok sorun ve tartışmalara yol açmıştır³⁵.

Daha sonra yurda kesin dönüş koşulu 3201 sayılı Kanuna açıkça konmuştur, fakat bir adım ileri gidilerek, yaşlılık aylığı tahsis işlemi yanında (m.6/A) yurt dışı hizmet borçlanması işlemi için de (m.3) yurda kesin dönüş koşulu öngörülmüştür. Yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarına Türk sosyal sigorta sistemi çerçevesinde yaşlılık aylığı verilmesinin yurda kesin dönüş koşuluna bağlanmasının gerisinde yatan düşünce şöyle açıklanabilir:

Sosyal sigorta sisteminde özellikle uzun vadeli sigorta kolları bakımından esas olan, sigortalıların çalışma yaşamında belirli bir süre prim ödemek suretiyle sigortanın finansmanına katılmaları, aktüaryal bir dengeye bağlı olarak belirlenen bu aktif sigortalılık dönemi sonunda, çalışma yaşamı dışına çıkıp pasif sigortalılık statüsüne geçtiklerinde sosyal sigortanın fon biriktirme ya da günü gününe finansman yöntemiyle kendilerine sunacağı ekonomik ve sosyal güvenceden yararlanmalarıdır. Oysa, yurt dışında geçirilen sürelerin borçlanması yoluyla bir anda belirli bir paranın ödenmesi ile doğrudan pasif sigortalılık evresine geçilmesi sosyal sigorta sisteminin temel ilkeleri ve aktüaryal dengenin korunması ile bağdaşmaz. Ancak, hem 1961 Anayasasında (m.48), hem de 1982 Anayasasında (m.60), herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu açıkça öngörülmüş ve devlete bu konuda gereken önlemleri alması ve teşkilatı kurması görevi verilmiştir. Öte yandan, 1982 Anayasasında daha özel bir düzenlemeye gidilerek, devletin yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerini sağlamak, anavatanla bağlarını korumak ve yurda dönüşlerinde kendilerine yardımcı olmakla

³⁴ **Bkz. Laçiner**, 611; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Yıl 1, S. 1, Ekim Aralık 1998,170.

³⁵ **Laçiner**, 612.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

yükümlü olduğu ayrıca öngörülmüştür (m.62). Söz konusu anayasal düzenlemeler ve ülkeye sağladıkları döviz girdisinin yararı da düşünülerek, devletin yurt dışında çalışan vatandaşlarına sosyal güvence sağlamak amacıyla, sosyal sigorta sisteminin ilkelerinden belirli oranda ödün vermesi kabul edilebilir. Belirtmek gerekir ki, anılan anayasal düzenlemelerin de temelinde, yine bu anayasalarda yer alan sosyal devlet ilkesi bulunmaktadır (m.2).

Ancak, sosyal sigorta sistemi ilkelerinden anılan ödün verilirken, yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının yaşlılık sigortasından yararlandırılmasının Türk sosyal sigorta sistemine getirdiği yük, 3201 sayılı Kanunda, bu kanundan yararlanarak yaşlılık aylığı alınabilmesinin yurda kesin dönüş yapılması koşuluna bağlanması suretiyle sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Böyle bir sınırlandırmaya gidilirken, 2147 sayılı Kanun dönemindeki uygulamanın ve yaşanan sorunların da dikkate alındığı şüphesizdir.

Yukarıda değinildiği üzere, 3201 sayılı Kanun çerçevesinde yurda kesin dönüş koşulu ilk olarak, kanunun 3. maddesinde, yurt dışı hizmet borçlanması işleminin yapılabilmesi için öngörülmüştür. Anılan maddenin açıklığı karşısında, yurda kesin dönüş gerçekleşmeden yapılan yurt dışı hizmet borçlanması işlemi geçersiz olur. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, borçlanma işleminin ardından aylık tahsis işlemi yapılmadan önce yurda kesin dönüş yapılmış olsa bile, borçlanma işlemi geçersiz olduğu için, buna dayalı yaşlılık aylığı tahsis işlemi de geçerlilik kazanamaz.

3201 sayılı Kanunda yurda kesin dönüş koşulu daha sonra, yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanılarak yaşlılık aylığı tahsis işlemi yapılabilmesi için aranmıştır (m.6/A). Bu düzenleme karşısında, yurda kesin dönüş koşulu gerçekleştirilerek borçlanma işlemi yapıldıktan sonra, ancak yaşlılık aylığının bağlanmasından önce, yerleşmek niyetiyle tekrar yurt dışına çıkılması söz konusu olursa, aylık tahsis işlemi yapılmayacak, yapılmışsa, yurda kesin dönüş koşulu bozulduğu için bu işlem geçersiz sayılacaktır. Ancak, borçlanma işlemi geçerliliğini koruduğu için, sigortalı daha sonra ne zaman yurda tekrar kesin dönüş yaparsa, söz konusu borçlanmadan yararlanarak kendisine yaşlılık aylığı bağlanmasını talep edebilir.

3201 sayılı Kanunda yurda kesin dönüş koşuluna son olarak 6/B maddesinde yer verilmiştir. Anılan maddeye göre, yurda kesin dönüş koşulunu gerçekleştirerek borçlanma işlemi yapan ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanan sigortalılar ileride tekrar yurt dışında çalışmaya başlayacak olurlarsa, yaşlılık aylıkları kesilir (m.6/B, 1). Bu şekilde kesilen aylıkların bir daha bağlanması için, sadece yurt dışında yeniden başlayan çalışma ilişkisinin kesilmesi yeterli görülmemekte, ayrıca tekrar yurda kesin dönüş yapılması aranmaktadır (m.6/B,2).

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Görüldüğü gibi 3201 sayılı Kanun, yurda kesin dönüş yaptıktan sonra bu kanundan yararlanarak kendilerine yaşlılık aylığı bağlanan sigortalıların yaşlılık aylıklarının kesilmesi için, yeniden yabancı bir ülkede yerleşmelerini yeterli bulmayıp ayrıca orada çalışmaya başlamalarını ararken, bu şekilde yaşlılık aylığı kesilenlerin aylıklarının tekrar bağlanması bakımından, söz konusu çalışma ilişkisinin kesilmesini yeterli görmeyip, bir daha yurda kesin dönüş yapılmasını da şart koşturmaktadır.

Kanunun gayet karmaşık biçimde öngördüğü bu sistem içinde, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının ne zaman yurda kesin dönüş yaptıklarını, ne zaman tekrar yurt dışına çıktıklarını, orada tekrar çalışmaya başlayıp başlamadıklarını ve bunların borçlanma veya aylık tahsis işleminden önce mi sonra mı gerçekleştiğini ayırmak oldukça güçtür. O nedenle, Sosyal Sigortalar Kurumu, sigortalının yurt dışında ikamet ettiğini öğrendiği zaman, anılan ayrımlara bakmaksızın aylık tahsis işlemi ile birlikte borçlanma işlemi de iptal etmektedir.

Belirtelim ki, 3201 sayılı Kanunun uygulanması sırasında çıkan sorunlara, yurda kesin dönüş koşuluna geniş bir yorumla sözcük anlamları dışında farklı anlamlar yükleyerek çözüm aramak isabetli değildir. Yurda kesin dönüş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun görüşüne uygun olarak³⁶, yabancı ülkedeki çalışma ilişkilerinin her yönüyle sona erdirilerek yerleşmek niyeti ile yurda dönülmesi biçiminde anlaşılmalıdır. Yurda kesin dönüşün, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi tarafından başlangıçta ileri sürüldüğü gibi, yurt dışında çalışma ilişkisine son verilmesi ve aktif sigortalılık ilişkisinin bitirilmesi biçiminde yorumlanmaya çalışılması, ayrıca yerleşmek niyeti ile yurda dönüşün aranmaması, yurt dışında ev hanımı olarak bulunan Türk vatandaşlarının da kanun kapsamına alınmış olması karşısında sorunu çözmemektedir. Yurt dışında ev hanımı olarak bulunan Türkler bakımından yurda kesin dönüş koşulu, her halde yerleşmek niyetiyle Türkiye'ye geri dönmek, başka bir ifade ile ikametgahın Türkiye'ye nakli biçiminde anlaşılabilir.

Bu açıklamalar ışığında, yabancı ülkede işsizlik yardımı ya da ödeneği alınmasının, yurt dışı hizmet borçlanması ve yaşlılık aylığı tahsis işlemi ile yasaya uygun olarak ödenmeye başlanan aylık üzerindeki etkisine gelince, 3201 sayılı Kanunun yurda kesin dönüş koşulu içeren hükümlerinin yukarıda açıklanan sistematiğine göre üç farklı olasılık söz konusudur.

İlk olasılık, yabancı bir ülkede işsizlik yardımı ya da ödeneği almakta olan bir Türk vatandaşının, bu sırada Türkiye'de yurt dışı hizmet borçlanması yapması ve buna dayalı olarak kendisine yaşlılık aylığı tahsis edilmesidir. Bu durumda, işsizlik yardımı ya da ödeneği alınması yurda kesin dönüş

36 Bkz. dn. 22'deki kararlar.

yapılmadığına güçlü bir karine oluşturduğu için, söz konusu karinenin aksi aynı güçte kanıtlarla ispatlanamazsa, işçinin yurt dışı hizmet borçlanması ve buna dayalı olarak yapılan yaşlılık aylığı tahsis işlemi geçersiz olur. Bunun sonucunda işçi, o tarihe kadar kendisine ödenen yaşlılık aylıklarını Sosyal Sigortalar Kurumuna iade etmek zorunda kalır.

İşsizlik yardımı ya da ödeneği alınmasının yurda kesin dönüş yapılmadığına karine oluşturması konusunu biraz açmak gerekirse, işsizlik yardımı ya da ödeneğine hak kazanmanın temel koşul işsiz olmaktır. Sosyal güvenlik bakımından işsizliğin standartlaşmış tanımı ise, işçinin çalışma istek ve yeterliliğinde olduğu halde işini yitmesidir. Bu tanımda söz konusu olan istek ölçütü, gayri iradî işsizliği iradî işsizlikten ayırmaktadır. İşsizlik ödenek ve yardımları sadece, çalışırken iradesi dışında işsiz kalanlara ve halen çalışmak arzusunda olanlara verilir³⁷. Başka bir anlatımla, sosyal güvenlik bağlamında işsizlik, gayri iradî işsizlikle sınırlıdır³⁸. İstatistikî anlamda da aynı yaklaşım geçerli olup, iradî işsizlerin ekonomik bakımdan aktif nüfusun dışına çıktıkları kabul edilir³⁹. Bu nedenle, işsizlik ödenek veya yardımlarının ödenmesinin koşulu ve çalışma arzusunun bir ifadesi olarak, işsiz kalanların iş kurumlarına kayıt yaptırmaları ve kendilerine iş bulunmasını talep etmeleri aranır. Hatta bazı ülkelerde söz konusu taleplerin belirli aralıklarla yenilenmesi de öngörülmektedir⁴⁰. Türkiye'de de, işsizlik sigortasını düzenleyen 4447 sayılı Kanununun 51. maddesinde, işsizlik ödeneğine hak kazanma koşulları arasında, kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır bulunulduğunu kaydettirmeye yer verilmiştir⁴¹. Bu durumda, yabancı ülkede işsizlik ödeneği ya da yardımı alan Türk vatandaşlarının yerleşmek niyetiyle Türkiye'ye dönmek arzusunda olduklarından, başka bir ifadeyle yurda kesin dönüş yaptıklarından söz etmek güçtür⁴². Çünkü iş talebiyle bir iş kurumuna başvuru, o ülkede çalışmak ve yerleşmek arzusunda bulunulduğunun bir göstergesidir.

Bu bağlamda **Tuncay** tarafından savunulan görüş, varılmak istenilen sonuç itibarıyla sosyolojik bakımdan isabetli olmakla birlikte, hukukî açıdan yeterli dayanağa sahip görünmemektedir. Çünkü, bu görüşün temelinde yurt dışında işsizlik ödeneği alınıyor olmasının sadece sigortalının kendisini ve yabancı ülke mevzuatını ilgilendirdiği savı yer almaktadır. Oysa, yurt dışında

³⁷ Bkz. Süleyman **Başterzi**, İşsizlik Sigortası, Ankara 1996,141-142.

³⁸ Bkz. **Başterzi**, 147 vd.

³⁹ **Başterzi**, 8.

⁴⁰ **Bkz. Başterzi**, 186.

⁴¹ **Bkz. Tuncay**, Dersler, 316; **Güzel-Okur**, 351.

⁴² **Arıcı**, 306; **Laçiner**, 626-627.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

işsizlik sigortası yardımı alınmasının o ülkede bulunmayı zorunlu kılması ve işçinin o ülkede çalışma arzusunun devam ettiğini göstermesi, sonuç itibarıyla yabancı ülkede yaşayan Türk vatandaşının yurda kesin dönüş yapma iradesini taşımadığını açıkça ortaya koymakta, bu da Türk sosyal sigorta sistemini ilgilendirmektedir.

Belirtmek gerekir ki, böyle bir durum söz konusu olduğunda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıda değinilen 2001 tarihli kararında⁴³ kabul ettiği gibi, yurda kesin dönüş koşulu gerçekleşmediği için, yurt dışı hizmet borçlanması işleminin iptalinin Anayasal sosyal güvenlik ilkelerine aykırı bulunması ve borçlanma işlemi korunarak sadece yaşlılık aylığı tahsis işleminin iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılması da isabetli değildir. Çünkü bu, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde yurt dışı hizmet borçlanması işlemi yapılabilmesi bakımından öngörülen yurda kesin dönüş koşulunun görmezlikten gelinmesi anlamına gelir. Eğer anılan düzenlemenin Anayasal sosyal güvenlik ilkelerine uygun olmadığı düşünülüyor ise, bunu denetleyecek yargı organı Yargıtay değil Anayasa Mahkemesidir. 3201 sayılı Kanunda öngörülen yurda kesin dönüş koşullarının Anayasaya uygunluğu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

3201 sayılı Kanunun yurda kesin dönüş koşulu içeren hükümlerinin sistematığına göre ikinci olasılık, yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşının (bu ülkede işsizlik yardımı ya da ödeneği alması da söz konusu olmaksızın) gerçekten yurda kesin dönüş yaptıktan, ancak henüz kendisine yaşlılık aylığı tahsis edilmeden önce, yabancı ülkede işsizlik yardımı ya da ödeneği almaya başlaması ve bu sırada talebi üzerine kendisine yaşlılık aylığı tahsis edilmesidir. Bu durumda, 3201 sayılı Kanunun bu kanundan yararlanılarak yaşlılık aylığı tahsisi için aradığı yurda kesin dönüş koşulu (m.6/A) eksik kaldığından yapılan tahsis işlemi geçersiz olur. 3201 sayılı Kanuna göre, sigortalı daha sonra yabancı ülkede işsizlik ödeneğini almayı bırakır ve Türkiye'de yaşamaya devam ederse, daha önce geçerli olarak yaptığı borçlanma işlemine dayalı olarak kendisine yaşlılık aylığı tahsis edilmesini talep edebilir.

3201 sayılı Kanunun 6/B maddesinde düzenlenen üçüncü olasılık ise, yurda kesin dönüş yapılarak yurt dışı hizmet borçlanması ve buna dayalı olarak yaşlılık aylığı tahsis işlemi gerçekleştirildikten sonra sigortalının yabancı ülkede işsizlik yardımı ya da ödeneği almaya başlamasıdır. Bu durum, sigortalıya tahsis olunan yaşlılık aylığının kesilmesini (askıya alınmasını) gerektirmez. Çünkü, Türkiye'ye kesin dönüş yapıldıktan sonra yabancı bir

⁴³ Bkz. dn.27'deki karar.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

ülkenin işsizlik sigortasından yardım alınması teorik olarak sadece yabancı ülkede çalışma arzusunu ve karine olarak oraya yerleşme niyetini gösterir. Oysa, 3201 sayılı Kanunun açık ifadesine göre (m.6/B, 1) yaşlılık aylığının kesilmesi (askıya alınması) için yabancı ülkede yerleşmek yetmemekte, ayrıca orada çalışılmaya başlanması aranmaktadır. Buna göre, işçi ancak, işsizlik yardımı almanın bir koşulu olarak ilgili ülkenin iş kurumuna yaptığı iş başvurusu dolayısıyla önerilen işi kabul eder ve o ülkede tekrar çalışmaya başlarsa, yaşlılık aylığı (askıya alınır) kesilir.

Yabancı ülkede işsizlik yardımı alınması bağlamında değinilmesi gereken bir diğer konu da, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin yukarıda anılan bir kararında⁴⁴ yer verdiği, Almanya ile Türkiye arasında yapılmış olan sosyal güvenlik sözleşmesi nedeniyle, sigortalının Almanya'da işsizlik sigortasından ödenek almasının, borçlanma ve buna bağlı yaşlılık aylığı tahsis işleminin iptalini gerektirmeyeceği görüşüdür. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararını, Almanya ile Türkiye arasındaki sosyal güvenlik sözleşmesinin 4-a maddesinde yer alan, sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, bir âkit tarafın yardım hakkının doğmasını veya para yardımlarının yapılmasını bu ülkede ikamet etme koşuluna bağlı kılan mevzuatının, diğer âkit taraf ülkesinde ikamet eden insanlar bakımından uygulanamayacağı yönündeki düzenlemeye dayandırmaktadır. 10. Hukuk Dairesine göre bu şekilde, Alman mevzuatının işsizlik ödeneği için aradığı Almanya'da ikamet etme koşulu bertaraf edilmiştir.

Ancak 2 Kasım 1984 tarihli ek sözleşmenin⁴⁵ 1. maddesinde, bu sözleşme hükümlerinin, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, "Alman mevzuatı bakımından, a) para ve sağlık yardımlarının Alman Hastalık Sigortası Sosyal Sigorta Mercileri tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde, hastalık sigortası ile çalışan ananın himayesi; b) kaza sigortası; c) rant sigortası ve madencilerin munzam sigortası; d) tarım işçilerine sağlık yardımı yapılması; e) işçilere ödenen çocuk parası" hakkında uygulama alanı bulacağı öngörülmektedir. Buna göre, ek sözleşmenin uygulama alanına giren sosyal güvenlik yardımları arasında işsizlik yardımları yer almadığı için, Almanya'da işsizlik yardımı alınması bakımından bu ülkede ikameti gerektiren mevzuat geçerliliğini korumakta, başka bir deyişle, yurda kesin dönüş yapılması durumunda sözleşmenin 4-a maddesinden yararlanılarak Türkiye'de ikamet ederken Almanya'dan işsizlik yardımı almak mümkün bulunmamaktadır.

⁴⁴ Bkz. dn. 21'deki karar.

⁴⁵ "28 Mayıs 1969 Tarihli Tadil Anlaşması ile 25 Ekim 1974 Tarihli Ara Anlaşma Metnindeki 30 Nisan 1964 Tarihli Türk - Alman Sosyal Güvenlik sözleşmesine ilişkin Ek Sözleşme"nin onaylanması Türkiye Cumhuriyeti tarafından 3241 sayılı yasayla uygun bulunmuştur (RG. 11.12.1985, S. 18955). Onay tarihi 12 Mayıs 1986 (RG., 12.05.1986, S. 19105).

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Zaten, söz konusu 4-a maddesinin amacı, sözleşme kapsamına giren sosyal güvenlik yardımlarının Alman vatandaşlarına yabancı bir ülkede ikamet etmeleri durumunda da verilmeye devam olunmasına karşılık, söz konusu yardımlara Almanya'da hak kazandıktan sonra yurda dönen Türk vatandaşlarına yardımın kesilmesi nedeniyle ortaya çıkan eşitsizliği gidermektir⁴⁶. Ancak, Alman mevzuatının işsizlik yardımlarına hak kazanma bakımından bu ülkede ikameti gerektirmesi Alman vatandaşları bakımından da bir zorunluluktur⁴⁷. O nedenle, vatandaş olmayanlar (Türk vatandaşları) bakımından bu koşulun aranması bir eşitsizlik oluşturmamaktadır.

Öte yandan, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin aynı kararında ileri sürülen, SSK'nun yaşlılık aylığı bağlanması için öngördüğü işi bırakma koşulu ile 3201 sayılı Kanunun yurt dışı hizmet borçlanması için aradığı yurda kesin dönüş koşulu arasında paralellik bulunduğu ve 1986 yılında SSK'nda yapılan bir değişiklik ile getirilen, sosyal güvenlik destek primi ödenerek yaşlılık aylığı alınırken çalışmaya olanak veren düzenlemenin, 3201 sayılı Kanunun öngördüğü yurda kesin dönüş koşulunu ilga ettiği görüşüne katılmak da mümkün değildir. Çünkü, söz konusu düzenlemelerin amaçları ve etkiledikleri sistem farklıdır. SSK'nun öngördüğü işi bırakma koşulu, Türkiye'de istihdam ve sosyal sigorta aktüaryal dengesini korumayı amaçlamaktadır. Oysa yurda kesin dönüş koşulu, yabancı ülkede işin bırakılmasını gerektirdiği için o ülkenin istihdam ve aktüaryal dengesini etkilemektedir. Yurda kesin dönüş koşulunun amacı ise, yasa koyucunun yabancı ülkede yaşayan vatandaşlarına tanıdığı sosyal güvenlik olanağının ülkeye getireceği ekonomik yükün sınırlandırılmasıdır. Bu koşulu sağlayıp Türkiye'ye gelerek kendilerine yaşlılık aylığı bağlananlar da, daha sonra sosyal güvenlik destek primi ödeyerek istihdama katılabilir. Dolayısıyla, söz konusu koşullar arasında bir paralellik kurulamaz.

46 Alman Anayasa Mahkemesi, söz konusu 4-a maddesinin öngörülmesinden önce, vatandaş olmayanlara rant sigortasından yapılan yardımların, yabancı bir ülkede ikamet edilmesi durumunda askıya alınmasını öngören mevzuat hükmünü, Anayasanın, "Bütün insanlar yasa önünde eşittirler." hükmüne (m.3/1) aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme söz konusu düzenlemeyi ayrıca, Anayasanın, "Hiç kimse cinsiyeti, menşei, ırkı, lisanı, vatani, sosyal durumu, inançları, dini ve politik görüşleri nedeniyle zarara uğratılamaz veya öncelikli sayılamaz" hükmüne de (m. 3/3) aykırı bulmuştur (bu konuda bilgi için bkz. Ali Nazım **Sözer**, İkametgah Naklinin F. Almanya'da Çalışan Türk İşçilerinin ve Hak Sahiplerinin Emeklilik Hakları Üzerindeki Hukuki Sonuçları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, CXLI, Ocak-Aralık 1986, No. 1-4. 385 vd.; aynı yazar, Sözleşme, 18-19.

47 Bkz. **Laçiner**, 626-627; Almanya'da işsizlik yardımlarına hak kazanma koşulları konusunda ayrıca bkz. James R. **Storey** - Jennifer A. **Neisner**, Unemployment Compensation in The Group of Seven Nations: An International Comparison, Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol. 19, No.4, Summer 1998, 619-620.

4.3201 sayılı Kanunun yurda kesin dönüş koşulu içeren hükümlerinin Anayasaya uygunluk açısından değerlendirilmesi

Kanımızca, 3201 sayılı Kanunun uygulanması sırasında çıkan uyumsuzlukların sona erdirilebilmesi için, bu kanunun öngördüğü yurda kesin dönüş koşulunu içeren düzenlemelerin Anayasaya uygunluk bakımından değerlendirilmeleri gerekir. Yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik haklarına yurda kesin dönüş koşulu ile getirilen sınırlamanın anayasal dayanağı, Anayasada sosyal ve ekonomik hakların sağlanması amacıyla devlete yüklenen görevler bakımından çizilen sınır olabilir. Çünkü, yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının Türk sosyal sigorta sistemi içinde yaşlılık sigortasından yararlandırılmalarına dayanak oluşturan Anayasa maddeleri (m.62, 64), Anayasanın anılan sınırlamanın kapsamını oluşturan sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer almaktadır.

Bilindiği gibi, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerine getirilen başlıca sınırlama, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsüdür. Bu sınır 1961 Anayasasında (m.53) olduğu gibi, 1982 Anayasasında da (m.65) yer almış ve yine, 1982 Anayasasının 65. maddesinin 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla değişik şeklinde de korunmuştur. Buna karşılık, sosyal ve ekonomik hakların sağlanması bakımından devlete yüklenen görevlere getirilen diğer sınırlama ölçütünün zaman içinde değişikliklere uğradığı görülmektedir. Şöyle ki, 1961 Anayasasında, iktisadî gelişme ile malî kaynakların yeterliliğinden söz edilirken, 1982 Anayasasının 65. maddesinin anılan değişiklikten önceki şeklinde, devletin sosyal ve ekonomik alanlara yönelik görevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği öngörülmekteydi. 65. maddenin yeni şeklinde ise, devletin bu görevlerini amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmektedir. Görüldüğü gibi, maddenin yeni düzenlemesinde, malî kaynakların yeterliliği ölçütü yine korunmuş, ekonomik istikrarın korunmasını gözetmek koşulunun yerine ise, devletin amaçlarına uygun öncelikleri gözetmesi koşulu getirilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, 3201 sayılı Kanunun 3. ve 6. maddelerinde öngörülen yurda kesin dönüş koşulunun öncelikle, Anayasanın ekonomik ve sosyal haklara sınır getiren 65. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin araştırılması gerekir. Daha sonra da, söz konusu maddelerde yer alan yurda kesin dönüş koşulu, Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi yönünden ayrıca incelenmelidir.

a) Yurt dışı hizmet borçlanması işleminin koşulu olarak yurda kesin dönüş

Yukarıda görüldüğü üzere, yurt dışında çalışan Türk işçilerinin 3201 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca yurt dışı hizmet borçlanması yapabilmeleri, yurda

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

kesin dönüş yapmaları koşuluna bağlanmıştır. Öte yandan, aynı koşul söz konusu kanunun 6. maddesinde, borçlanma yapan sigortalılara aylık tahsis edilebilmesi bakımından ayrıca öngörülmüştür. Buna göre, yurda kesin dönüş koşulu gerçekleştirilmeden yapılan borçlanma ve aylık tahsis işlemleri geçersiz olmak gerekir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, anılan koşul gerçekleştirilmeden borçlanma işlemi yapılıp sigortalıya aylık tahsis edilerek bir süre yaşlılık aylığı ödendikten sonra bu durumu öğrenen Sosyal Sigortalar Kurumunun aylık tahsis işlemi ile birlikte yurt dışı hizmet borçlanması işlemini de geçersiz saymasını, anayasal sosyal güvenlik ilkelerine ve yasanın öngördüğü sosyal güvenlik sistemine aykırı bulmuştur⁴⁸. Çünkü, bu durumda söz konusu işçiler bütünüyle sosyal güvenlik sistemi dışına itilmiş olmaktadır.

Kanımızca, burada Anayasal ilkelerle bağdaşmayan, Sosyal Sigortalar Kurumunun işlemi değil, işlemin dayandığı kuralın kendisidir. Hemen belirtelim ki, yurt dışı hizmet borçlanması işlemi için yurda kesin dönüş koşulu aranması, Anayasanın 65. maddesi çerçevesinde bir sınırlama olarak düşünülemez. Çünkü, tek başına borçlanma işleminin, malî kaynakların yeterliliği ile ve Anayasa değişikliğinden önceki ifadeyle ekonomik istikrarın korunmasıyla, ya da söz konusu değişiklikten sonra bu kavramın yerini alan, devletin amaçlarına uygun öncelikleri gözetmesi koşulu ile ilgisi bulunmamaktadır. Sadece borçlanma işleminin yapılması devlete hiçbir malî yük getirmemekte, aksine malî kaynak sağlamaktadır.

Aynı nedenle, yurt dışı hizmet borçlanması yapabilmek için yurda kesin dönüş koşulu aranmasının, Anayasanın eşitlik ilkesine de aykırı olduğu ileri sürülebilir. Çünkü, kişileri bazı özellikleri, benzerlik ya da farklılıkları dolayısıyla ayırıp sınıflandıran yasal düzenlemelerin, eşitlik ilkesine aykırı görülmemeleri ancak haklı bir neden temeline dayalı olmaları durumunda mümkündür⁴⁹. Oysa, tek başına yurt dışı hizmet borçlanması işlemi yapılabilmesi bakımından yurda kesin dönüş koşulu aranması, devlete malî yük getirmek bir yana, aksine malî kaynak sağladığı için, söz konusu borçlanma işleminin yapılması konusunda yurt dışında çalıştıktan sonra orada yaşamaya devam eden Türk vatandaşları ile Türkiye'ye dönenler arasında ayırım yapılması hiçbir haklı nedene dayanmamaktadır.

Şu halde, yurt dışı hizmet borçlanması işleminin gerçekleştirilmesinin Türkiye'ye kesin dönüş koşuluna bağlanması, açıklanmaya çalışılan söz konusu iki neden dolayısıyla Anayasaya aykırıdır. Bu durumda, Sosyal Sigortalar Kurumunun yurda kesin dönüş koşulunun yokluğu nedeniyle borçlanma işlemini geçersiz saymasına ilişkin olarak açılan davalarda yapılacak olan, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve

48 Bkz. yuk. dn. 27'deki karar.

49 Bu konuda bkz. Merih **Öden**, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 1989, yayınlanmamış doktora tezi, 224 vd.; Ergun **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000, 138.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

kesin dönüş koşulunu içeren ilk cümlelerin somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinin sağlanmasıdır. Yoksa, bu maddede öngörülen yurda kesin dönüş koşulunun Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yaptığı gibi, anayasal sosyal güvenlik ilkelerine aykırılığı dile getirilerek görmezlikten gelinmesi isabetli değildir

b) Yaşlılık aylığı bağlanmasının koşulu olarak yurda kesin dönüş

Yukarıda değinildiği üzere, 3201 sayılı Kanunda yurda kesin dönüş koşulu içeren ikinci düzenleme, "Aylık tahsisi ve aylığın başlama tarihi" kenar başlıklı 6. maddede yer almaktadır. Söz konusu maddede, bu kanuna göre değerlendirilen sürelerle dayanılarak aylık tahsisi yapılabilmesi bakımından, yurda kesin dönüş koşulu getirilmektedir. Borçlanma işleminde olduğu gibi, aylık tahsisi bakımından getirilen yurda kesin dönüş koşulunun Anayasaya uygunluğunu da aynı şekilde incelemek gerekirse, burada öngörülen yurda kesin dönüş koşulunun Anayasanın 65. maddesi kapsamında bir sınırlama olarak kabulü mümkündür.

Çünkü, devlet yabancı ülkede çalışmış Türk vatandaşlarının hepsine birden yaşlılık sigortasından aylık tahsis edebilmeye sosyal güvenlik sisteminin malî kaynaklarının yeterli olmadığını ileri sürebilir. Bu durum, 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 65. maddesine eklenen ve devlete, amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek sosyal ve ekonomik hakların sağlanmasına sınır getirebilme olanağı tanıyan yeni düzenlemeyle de uyumludur. Devlet, söz konusu yeni sınırlama ölçütüne dayanarak, yaşlılık sigortasından aylık tahsis işlemi yaparken yurt dışında çalışmış olan Türk vatandaşlarından Türkiye'ye kesin dönüş yapanlara öncelik verebilir.

Bu yönde bir düzenleme, yabancı ülkede çalışmış Türk vatandaşları arasında eşitlik ilkesine aykırı bir durum da oluşturmaz. Yukarıda belirtildiği gibi, kişileri bazı özellikleri, benzerlik ya da farklılıkları nedeniyle haklı bir neden temeline dayalı olarak ayırıp sınıflandıran yasal düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Nitekim, Anayasa Mahkemesi kararlarında da, bütün yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmalarının zorunlu olmadığı, bazı yurttaşların başka kurallara tabi tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, bu durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemeyeceği görüşüne yer verilmektedir⁵⁰. Yurt dışında çalışmış olan Türk vatandaşlarından yurda kesin dönüş yapanların, yabancı ülkede yaşamayı tercih

50 AYM. 28.04.1983, E. 1981/13, K. 1983/8, AYMKD., S. 20, s. 52; AYM., 19.02.1992, E. 1991/13, K. 1992/10, AYMKD., S. 30, C. 1, s. 101; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Öden**, 224 vd.; **Özbudun**, 138-139.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

eden diğer vatandaşlardan ayrılarak Türk sosyal sigorta sistemi çerçevesinde yaşlılık sigortasından yararlanma olanağına sahip kılınması da, Anayasa Mahkemesinin yukarıda değindiğimiz kararlarında ifade olunan, amaçla ilgili, makul, adil ve anlaşılabilir bir haklı nedenle açıklanabilir. Çünkü, gerek 3201 sayılı Kanunun, gerekse söz konusu kanunun yerini aldığı 2147 sayılı Kanunun gerekçesinde belirtildiği gibi, devlet bu düzenlemeyi öncelikle, ülkelerine dönen Türk vatandaşlarının hem yabancı ülkenin hem de Türk sosyal sigorta sisteminin prim ödeme ve/veya yaş koşullarını sağlayamamaları olasılığına karşı, sosyal güvenlik kapsamı dışına itilmelerini önlemek amacıyla öngörmüştür. Bu amaç, yurt dışında çalışmış Türk vatandaşlarından yurda kesin dönüş yapanlarla yapmayanlar arasında haklı ve makul bir ayırım nedeni olarak kabul edilebilir.

Belirtmek gerekir ki, anılan yasaların gerekçelerinde, Türk vatandaşlarına mümkünse çifte emeklilik sağlanması amacından da söz edilmektedir. Bu durumda, söz konusu gerekçenin, Türk vatandaşlarına yabancı ülkede yaşamaya devam edip, hem o ülkenin hem de Türkiye'nin sağladığı sosyal sigorta güvencesinden yararlanma amacını içerdiği ileri sürülebilir. Ancak, çifte emeklilik sağlanması amacı ilk amaçla birlikte değerlendirilirse, yasal düzenlemenin asıl olarak, Türkiye'ye dönenlerin her iki sosyal güvenlik sisteminin korumasından da yararlanmalarını hedeflediği sonucuna varılmalıdır.

c)Yurt dışı hizmet borçlanması yaparak yaşlılık aylığı bağlananlardan tekrar yabancı ülkede çalışmaya başladıkları için aylıkları kesilenlere yeniden aylık bağlanmasının koşulu olarak yurda kesin dönüş

3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin B bendine göre, "Bu Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir". Görüldüğü gibi, anılan madde hükmü, bir kez aylık bağlandıktan sonra tekrar yabancı bir ülkeye yerleşmesini aylığın kesilmesi için yeterli görmemekte, bunun için ayrıca yerleşilen yabancı ülkede tekrar çalışmaya başlanılmasını aramaktadır. Öte yandan, anılan maddenin B bendinin 2. fıkrasına göre, bu şekilde yabancı ülkede tekrar çalışmaya başladıkları için yaşlılık aylıkları kesilen ya da başka bir deyişle askıya alınan sigortalıların çalışmayı bıraktıkları takdirde aylıklarının yeniden bağlanması da, ilk kez aylık tahsis işleminde olduğu gibi Türkiye'ye kesin dönüş yapmaları koşuluna bağlanmıştır.

Kanımızca, 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin B bendinin 2. fıkrasında yer alan söz konusu düzenleme Anayasanın eşitlik ilkesine aykırıdır. Şöyle ki, sadece yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanarak ya da borçlanma ile elde ettikleri prim ödeme gün sayılarını daha önce Türkiye'de

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

geçen çalışmaları ile birleştirerek yaşlılık aylığı almaya hak kazanan sigortalılar, bütün çalışması Türkiye'de geçmiş olan diğer sigortalılarla birlikte, genel yaşlılık sigortası sistemi içinde değerlendirilerek hiçbir ayırım gözetilmeksizin aynı emeklilik statüsü içine sokulmaktadır. Bu şekilde emeklilik statüsüne giren sigortalılar, Türkiye'de yeniden sigortalı olarak çalışmaya başladıkları takdirde, kural olarak yaşlılık, aylıkları kesilmekte ve tekrar çalışmayı bırakıp yazılı talepte bulduklarında, bu arada geçen sigortalılık süreleri ve prim ödeme gün sayıları da dikkate alınarak yaşlılık aylıkları yeniden hesaplanıp bağlanmaktadır (SSK.63/A)⁵¹.

3201 sayılı Kanunda da, 506 sayılı Kanunun 63/A maddesine paralel bir düzenleme getirilmeye çalışılarak, bu kanundan yararlanarak kendilerine yaşlılık aylığı bağlanarlardan yurt dışında tekrar çalışmaya başladıkları için aylıkları kesilenlerin, bu çalışma sürelerini de borçlanmalarına ve böylece ortaya çıkacak yeni prim ödeme gün sayılarına göre yeniden hesaplanmış yaşlılık aylığını talep etmelerine olanak tanınmıştır. Ancak, ek borçlanma olanağından yararlanmak isteyenlerle birlikte, bundan yararlanmayı hiç düşünmeyenlerin aylıklarının yeniden tahsisi de, tekrar Türkiye'ye kesin dönüş koşuluna bağlanmıştır (m. 6/B, 2).

Yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanarak yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların, Türkiye'de geçen hizmetlerine dayalı olarak yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra yurt dışında çalışmaya başlayanlardan ayrılarak, yurt dışındaki çalışmaları sona erdiğinde kendilerine yeniden yaşlılık aylığı bağlanmasının yurda kesin dönüş koşuluna tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırı olur. Çünkü, söz konusu kişiler aynı emeklilik statüsünde yer alırken yurt dışına çıkmış ve orada çalışmaya başlamışlardır. Böyle bir ayırımın yapılması ancak, yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanarak yaşlılık aylığına hak kazananların özel olarak düzenlenmiş bir emeklilik statüsüne sokulmaları durumunda mümkün olabilir. Oysa, bu grupta yer alan sigortalılar, Türkiye'deki çalışmalarına dayalı olarak yaşlılık aylığına hak kazananlarla fark gözetilmeksizin, aynı yaşlılık sigortası sistemi çerçevesinde, aynı genel emeklilik statüsüne sokulmaktadır. Kişiler bir kez aynı statüye girdikten sonra, bunlar arasında ayırım yapılması Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olur.

Öte yandan, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 28.06.1999 tarihli kararı da⁵² dikkate alınırsa bir adım daha ileri gidilerek, yurt dışı hizmet borçlanması kurumundan yararlanarak yaşlılık aylığına hak kazanıp kendilerine aylık

⁵¹ Bu konuda bilgi için bkz. **Güzel-Okur**, 307-310; **Tuncay**, Dersler, 288-291.

⁵² Y21HD., 28.06.1999, E. 1999/669, K. 1999/4934, YKD., Ocak 2000, 93-94.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

bağlananların, daha sonra yurt dışına çıkıp çalışmaları durumunda yaşlılık aylıklarının kesileceğine ilişkin 3201 sayılı Kanun hükmünün de (m.6/B, 1) eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmek mümkündür. Yargıtay. 21. Hukuk Dairesinin söz konusu kararında tartışma konusu olan olay, Türkiye'deki çalışmaları esas alınarak 506 sayılı Kanuna göre kendisine yaşlılık sigortası bağlanan sigortalının, daha sonra Almanya'da çalışmaya başlaması durumunda, yaşlılık aylığının anılan kanununun 63/A maddesi uyarınca kesilip kesilmeyeceğine ilişkindir. 21. Hukuk Dairesi, kararında, söz konusu maddede geçen ve yaşlılık aylığının kesilmesine esas olan sigortalı bir işte çalışmanın, Türkiye'de 506 sayılı Kanun kapsamında geçen çalışmalar anlamına geldiğine dikkat çekerek, yurt dışında geçen çalışmalar 506 sayılı Kanun kapsamında olmadığı için, bu tür çalışmaların yaşlılık aylığının kesilmesini gerektirmeyeceği sonucuna varmıştır. Kararda, varılan bu sonucu desteklemek üzere, Almanya ile Türkiye arasındaki sosyal güvenlik sözleşmesinde, söz konusu durumlarda yaşlılık aylığının kesileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı da belirtilmektedir⁵³.

Bu durumda, yurt dışı hizmet borçlanmasına dayanılarak yaşlılık aylığına hak kazananlarla, Türkiye'deki çalışmaları esas alınarak yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalılar arasında bir eşitsizlik ortaya çıkmakta, ilk grup bakımından yabancı ülkede çalışma, yaşlılık aylığının kesilmesine neden olurken, ikinci grup bakımından böyle bir durum söz konusu olmamaktadır. Her iki grup sigortalının da aynı emeklilik statüsünde buldukları düşünüldüğünde, yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanarak yaşlılık aylığına hak kazananlar bakımından, daha sonra tekrar yurt dışında çalışma durumunda yaşlılık aylığının kesilmesini öngören düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin söz konusu kararına dayanarak vardığımız bu sonucu desteklemek üzere belirtmek gerekir ki, 506 sayılı Kanuna tabi çalışmaları esas alınarak yaşlılık aylığı bağlananların yurt dışında çalışmaları durumunda yaşlılık aylıklarının kesilmemesi gerektiği görüşü bir yana, anılan koşullarda yaşlılık aylığı bağlananların daha sonra Türkiye'deki diğer bir sosyal güvenlik kurumuna tabi bir işte çalışmaya başlamaları durumunda dahi aylıklarının kesilmeyeceği ileri sürülmektedir. **Tuncay** tarafından savunulan bu görüşe göre, SSK'nun 63/A maddesinde geçen ve yaşlılık aylığının kesilmesine esas olan sigortalı olarak çalışma,

53 Ali **Güzelin** bu kararın isabetli bulan incelemesi için bkz. "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1999 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 361-362.

sadece bu kanuna tabi sigortalı çalışmalar olarak anlaşılmalıdır. . Ancak **Güzel-Okur**, aksine bir yaklaşımla sigortalı olarak çalışmayı geniş yorumlayarak, T.C. Emekli Sandığı ve Bağ-Kur'a tabi bir işte çalışmanın da Sosyal Sigortalar Kurumundan bağlanan yaşlılık aylığının kesilmesi sonucunu doğuracağı görüşündedirler⁵⁵. Yargıtayın bu konudaki kararlarında ise bir netlik bulunmamaktadır. Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 1987 tarihli bir kararında⁵⁶ yeniden çalışma nedeniyle aylığın kesilmesi bakımından, bu çalışmanın Sosyal Sigortalar Kurumuna, T.C. Emekli Sandığına veya Bağ-Kur'a bağlı olarak gerçekleşmesi arasında fark görmezken, 1994 tarihli diğer bir kararında⁵⁷, Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı almakta olan sigortalının T.C. Emekli Sandığına bağlı çalışmasının aylığın kesilmesini gerektirmeyeceği sonucuna varmıştır.

Türkiye'deki çalışmalarına dayalı olarak Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı alanların daha sonra yabancı bir ülkede çalışmaya başlamaları bakımından ise böyle bir tartışma söz konusu değildir. Nitekim, Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı almakta iken, yine Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olarak çalışmanın yaşlılık aylığının kesilmesini gerektirdiği görüşünde olan **Güzel**, yurt dışındaki çalışmalar bakımından farklı bir yaklaşımı benimseyerek, bu çalışmaların yaşlılık aylığının kesilmesini gerektirmeyeceği sonucuna varan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararını isabetli bulmaktadır⁵⁸.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin görüşümüze dayanak oluşturan söz konusu kararını desteklemek ve yurt dışı hizmet borçlanmasıyla yaşlılık aylığına hak kazananların tekrar yurt dışında çalışmaları durumunda aylıklarının kesilmesini öngören, eşitlik ilkesine aykırı düzenlemenin olması gereken hukuk açısından da isabetsizliğini vurgulamak bakımından belirtmek gerekir ki, yaşlılık aylığı alırken sigortalı bir işte çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesi kuralının temelinde, sigortanın finansmanını sağlayan istihdamdaki işgücü ile yaşlılık sigortasından aylık alan ekonomik bakımdan aktif nüfus dışına çıkmış pasif dönemdeki kişiler arasında bir denge kurulması düşüncesi yatar. Yaşlılık aylığı almakta olan bir kişinin aynı

54 Tuncay, Dersler, 288.

55 Güzel-Okur, 307-308.

56 Y10HD., 22.12.1987, 7380/7379, bkz. Ali Rıza **Okur**, "Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989, 327; ayrıca bkz. **Güzel-Okur**, 308.

57 Y10HD., 22.11.1994, 10379/16510, bkz. Ali Rıza **Okur**, "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996,146-147.

58 Güzel, 361.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

zamanda işgücüne katılıp istihdamda sigortalı bir yer işgal etmesi finansman dengesini olumsuz etkiler. O nedenle, yaşlılık sigortası alanların çalışırken yaşlılık aylıklarını almaya devam etmek istemeleri durumunda, buna olanak tanımak için sosyal güvenlik destek primi ödemeleri öngörülmüştür⁵⁹. Ancak, bu mekanizma aynı sosyal sigorta sistemi içinde işler. Yurt dışı hizmet borçlanması ile yaşlılık aylığına hak kazananların aylık almakta iken yurt dışında çalışmaya başlamaları, sosyal sigorta sisteminin belirtilen finansman dengesi üzerinde etkili değildir. Dolayısıyla, yurt dışında sigortalı bir işte çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesini bu açıdan haklı bir nedene dayandırmak mümkün değildir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız eşitsizlik, Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı alanlarda olduğu gibi, diğer sosyal güvenlik kurumlarından (T.C. Emekli Sandığı ya da Bağ-Kur) aylık alanlar bakımından da söz konusudur. T.C. Emekli Sandığından yaşlılık aylığı almakta olanların aylıkları, 5534 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 99. maddesi uyarınca, emeklilik hakkı tanınan bir göreve atanmaları durumunda ve yine, bu kanuna 1101 sayılı Kanunla eklenen ek 5. maddeye göre, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kurum ve ortaklıkların SSK'na tabi işyerlerinde emekliliğe tabi olmayan belirli işlerde çalışmaya başlamaları durumunda kesilir⁶⁰. Söz konusu ek 5. madde düzenlemesi ile birlikte değerlendirildiğinde, 99. maddede emekliliğe tabi işlerle kastedilenin asıl olarak T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi işler olduğu ve emeklilerin her türlü çalışma durumunun aylığın kesilmesine yol açmayacağı sonucuna varılmalıdır⁶¹. Dolayısıyla, yabancı bir ülkede çalışmanın T.C. Emekli Sandığından alınan yaşlılık aylığının kesilmesine yol açmayacağını söylemek öncelikle mümkündür.

Bağ-Kur'da ise, Bağ-Kur Kanununun yaşlılık aylığı alabilmek için işten ayrılma zorunluluğunu öngören 35/a maddesinin 3165 sayılı Kanun ile kaldırması karşısında, Bağ-Kur Kanununun, Kurumdan yaşlılık aylığı almakta iken yine Bağ-Kur'a bağlı bir işte çalışmaya başlayanların aylıklarının kesileceğini öngören 38. madde düzenlemesi etkisiz kalmıştır. Ardından da, Bağ-Kur Kanununun 38. maddesinde 3396 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yeniden çalışmaya başlama durumunda aylığın kesilmesi sigortalının isteğine bırakılmıştır⁶². Belirtelim ki, daha sonra 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı

⁵⁹ 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanuna tabi işlerde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yaşlılık aylığı almakta iken çalışmaya devam etme konusunda bilgi için bkz. **Güzel-Okur**, 308-310, **Tuncay**, Dersler, 289-291.

⁶⁰ Bkz. Emrullah **Damar**, T.C. Emekli Sandığı Mevzuatı, Eskişehir 1987, 337-339; **Güzel-Okur**, 380.

⁶¹ Bkz. **Damar**, 339.

⁶² **Güzel-Okur**, 446; **Tuncay**, Dersler, 415.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Kanunla Bağ-Kur Kanununa eklenen ve kurumdan yaşlılık aylığı almaya başladıktan sonra Bağ-Kur'a bağlı olarak çalışmaya devam edenlerden sosyal güvenlik destek primi kesileceğini öngören ek 20. madde de, yaşlılık aylığının kesilmesini öngörmediği için önceki durumu değiştirmemekte, sadece yeniden çalışmaya başlayanlardan sosyal güvenlik destek primi tahsilini zorunlu kılmaktadır⁶³. Şu halde, Türkiye'deki çalışmalarına dayalı olarak Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı almakta iken yurt dışında çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıklarının kesilmesi de söz konusu olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, 3201 sayılı Kanunun, bu kanun hükümlerinden yararlanarak aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesini öngören düzenlemesi (m. 6/B, 1) ile bu şekilde kesilen aylıkların yeniden bağlanması bakımından yurda tekrar kesin dönüş koşulu getiren düzenlemesi (m. 6/B, 2), Anayasal eşitlik ilkesine aykırıdır. O nedenle, sözü edilen düzenlemelerin somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülüp iptal edilmelerinin sağlanması gerekir.

63 Bkz. **Tuncay**, Dersler, 416.