



Genel Yayın Sıra No: 197  
2011/ 09  
ISBN No: 978-605-5316-01-3

**Yayına Hazırlayan**  
İstanbul Barosu Yayın Kurulu

**Tasarım / Uygulama / Baskı**  
Ege Basım  
Esatpaşa Mah. Ziya Paşa Cad. No:4/1  
Ege Plaza 34704 Ataşehir/İST.  
Tel: 0216 470 44 70

Birinci Basım: Aralık 2011  
Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile  
bin adet basılmıştır.

**İŞ HUKUKU**  
**ve**  
**SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA**

**İLİŞKİN SORUNLAR**  
**ve**  
**ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

**14. Yıl Toplantıları**  
**18 - 19 Haziran 2010**



**İSTANBUL BAROSU YAYINLARI**

İstiklal Caddesi Orhan Adli Apaydın Sokak  
1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul  
Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) / Faks: (0212) 293 89 60  
dergi@istanbulbarosu.org.tr

**İstanbul Barosu**  
**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu**

<b>Divan</b>	<b>Adı</b>	<b>Soyadı</b>
Koordinatör	Av. Hüseyin	ÖZBEK
Koordinatör	Av. Berrin	ADİYAMAN
Başkan	Av. Ahmet Şükrü	EYMİRLİOĞLU
Başkan Yardımcısı	Av. Necdet	OKCAN
Başkan Yardımcısı	Av. Halil	ORMANOĞLU
Sekreter	Av. Tezay	YILDIRIM
	Av. Mehmet	BAŞBUĞ
	Av. Hasan	GÜNÜÇ
	Av. Hasan	ERDEM
	Av. Metehan	KARADUMAN
	Av. Selma	KARADUMAN
	Av. Nurdan	GÜRİŞ
	Av. Gülgün	KANER

## İÇİNDEKİLER

---

Açılış..... 7

### BİRİNCİ GÜN

#### I. OTURUM

##### MALULLÜK VE ÖZÜRLÜLÜK

Prof. Dr. Şükran ERTÜRK..... 11

Av. Mustafa KILIÇOĞLU (Oturum Başkanı) ..... 11

#### II. OTURUM

##### 1. KONU

##### GEÇİŞ HÜKÜMLERİ

Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN ..... 41

Süleyman CANER (Oturum Başkanı) ..... 41

##### 2. KONU

##### SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA İYİNİYET İLKESİ

##### VE YERSİZ ÖDENEN PRİMLERİN İADESİ

(Şekli Sigorta Geçersiz Sigorta)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER ..... 106

### İKİNCİ GÜN

#### I. OTURUM

##### ESKİ YASA'DA OLMAYIP YENİ YASA'DA OLAN

##### HÜKÜMLER VE YENİ TANIMLAR

Prof.Dr. Ali Rıza OKUR ..... 151

Av. Umur GÜRİŞ (Oturum Başkanı) ..... 151

#### II. OTURUM

##### AYRIMCILIK YASAĞI

Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ..... 188

Osman Güven ÇANKAYA (Oturum Başkanı) ..... 188



**İSTANBUL BAROSU ve GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ****İŞ HUKUKU ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA  
İLİŞKİN SORUNLAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ  
İSTANBUL BAROSU İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK  
HUKUKU KOMİSYONU  
14. YIL TOPLANTISI****18-19 HAZİRAN 2010****GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
ORTAKÖY KAMPÜSÜ**

**Av. Tezay YILDIRIM-** Komisyon Sekreteri- İstanbul Barosu'yla Galatasaray Üniversitesi'nin bu sene 14.'sünü hazırladığı İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısına hoş geldiniz. Açılış konuşmasını yapmak üzere İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı Profesör Doktor Avukat Selçuk Demirbulak'ı davet ediyorum.

**Prof. Dr. Av. Selçuk DEMİRBULAK**

(İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı)

Değerli başkanlar, değerli meslektaşlarım, ülkemizde gündem son derece hızlı biçimde değişir, ama gündemde kalan bir madde sürekli de görmezden gelinir, o da işsizlik sorunu. İşsizlik bir başka ifadeyle, tek bir sözcükle ifade etmek gerekirse fakirleşme dediğimiz bu olgunun muhtelif kaynakları var. Bu teknolojik olabilir, hızlı devinim dolayısıyla geçerliliğini kaybeden emek kalitesinden, mevsimlik olabilir veya bilgi akımının yetersiz olması dolayısıyla fikri olabilir, iradi olabilir, bütün bunların yanı sıra ülkemizde var olan bir başka olumsuz olgu da gizli işsizlik denilen marjinal faydası sıfıra yakın, özellikle kırsal alanda geçerli olan gizli işsizlik.

Evet, bütün bunların yanı sıra aktif nüfusun ki 14'le 65 yaş arasında bulunan aktif nüfusun sadece 22 milyon 400 bini şu anda istihdam piyasasında iş bulabilmiş durumda. Umarım iş güvenliğinin sağlanması geleceğe olumlu bakabilmeleri, gelecekte beklenenin pozitif olabilmesi ancak iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku çerçevesinde olabilir. Sizin çalışanın

iş ilişkisine süreklilik sağlayarak geleceğine güvenle bakmasını, işini kaybetmesinin önüne geçilebilmesini sadece sendikaların, konfederasyonların varlığıyla sağlamanız mümkün değil. Zaten eğer en büyük konfederasyonu kurmak isterseniz günümüzde Türkiye’imizde işsizlik konfederasyonunu kurarsanız size önemli ölçüde oy getireceği de açıktır. İşçinin feshe karşı gerektiği şekilde korunması ve hukuk açısından güvenliğinin sağlanması sendikal özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi, grev hakkının yanı sıra hukuki çerçevenin de kendini yenilemesi ve günün koşullarına uygun kurallar ihtiva etmesiyle mümkün. Bu bağlamda hizmet ilişkisinin işveren tarafından sona erdirilmesine ilişkin olarak bazı güvenceleri getiren 158 sayılı International Labour Organisation’la senkronize olan İş Yasamızın uygulama sorunlarıyla ilgili konuları biraz sonra değerli panelistler irdeleyecekler ve bu konuda bugün ve yarın bizim hukuk dünyamızda uygulamada mevcut olan eksikliklerin hep beraber üzerinde düşünme, üzerinde tezekkür etme fırsatı bulacağız. Bu şekilde bir açığımızı da kapatmaya çabalayacağız.

Evet, ben sözü fazla uzatmak istemiyorum. Bu toplantıda İstanbul Barosu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Komisyonu’yla birlikte organizasyonuna yardımcı olan Galatasaray Üniversitesi’ne İstanbul Barosu adına teşekkür ediyor, sizlere en derin sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

**Av. Tezay YILDIRIM-** Konuşmasını yapmak üzere İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyon Başkanı Avukat Ahmet Şükrü EYMİRLİOĞLU’nu davet ediyorum.

**Av. Ahmet Şükrü EYMİRLİOĞLU**

(İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyon Başkanı)

Değerli Ağabeyimiz Avukat Akkın Sokullu’nun başlattığı İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri konulu sempozyumumuzun bu yıl 14.’sünü gerçekleştiriyoruz. Geçen süre içerisinde gelişen ve olgunlaşan, istikrar bulan sempozyumumuzun artık bir sıçrama yaparak uluslararası bir boyut kazanması ve gerek hukukçular, gerekse konuyla ilgili uygulayıcılar açısından daha da önemli ve vazgeçilmez olması en büyük rüyam, umuyorum ve diliyorum gerçekleşecek. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu olarak Baromuzun en üretken gruplarından biri olmanın, çalışmalarımızın kitap haline getirilmesiyle de daha geniş kitlelere ulaşmanın gururunu yaşıyoruz. Bize çalışmalarımızda

büyük destek veren Baromuzun ve Yönetimimizin gönlümüzde özel bir yeri var, bize güç veren, omuz veren herkese de sonsuz teşekkürler. İş ve sosyal güvenlik hukukunda günceli yakaladığımızı düşünüyoruz. Değerli akademisyenlerimize ve bize bu konuda her türlü desteği veren Yargıtayımıza da teşekkürler. Sizleri aydınlık kaynağımız Yüce Atatürk ve onun kahraman silah arkadaşlarıyla, canlarını vatanımız için vermiş aziz şehitlerimiz, iş ve sosyal güvenlik hukuku üstatlarımız anısına bir dakikalık saygı duruşuna davet ediyorum.

....

Ruhları şad olsun.

Sempozyumumuzun öğleden önceki birinci oturumunu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanımız Sayın Doktor Mustafa KILIÇOĞLU yönetecek. Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim Üyelerinden Profesör Doktor Şükran ERTÜRK malullük ve özürlülük konulu tebliğini sunacak. Öğleden sonraki bölümümüzün oturum başkanı 10. Hukuk Dairesi Başkanımız Sayın Süleyman CANER. Yardımcı Doçent Doktor Hediye ERGİN bize geçiş hükümleri tebliğini sunacak. Daha sonra sosyal güvenlik hukukunda iyi niyet ilkesi ve yersiz ödenen primlerin iadesi, şekli sigorta, geçersiz sigorta tebliğiyle Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Ali Nazım Sözer bizleri bilgilendirecek. Yarınsa Avukat Umur GÜRİŞ'in başkanlığında Profesör Doktor Ali Rıza Okur eski yasada olmayıp yeni yasada olan hükümler ve yeni tanımları sunacak. Sevgili Hocamız Sarper Süzek aniden rahatsızlandı, önce çok endişelendik, ama şimdi iyi. Sarper Süzek Hocamızın yerine oturum başkanlığını 9. Hukuk Dairemizin Onursal Başkanı Sayın Osman Güven ÇANKAYA üstlendi. Yardımcı Doçent Doktor Gaye Yıldız ayrımcılık yasağını bizlere aktaracak. Tüm hukuk camiasına ve katılımcılara yararlı olması dileğiyle saygılar sunuyorum.

**Av. Tezay YILDIRIM-** Konuşmasını yapmak üzere Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Değerli Hocam Doçent Doktor Murat ENGİN Hocamı davet ediyorum.

**Doç. Dr. E. Murat ENGİN**

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı)

Değerli meslektaşlarım. 14.'sünü düzenlediğimiz bu toplantımızda bugüne kadar, yani bu 13 sene içinde burada sunulan tebliğler gerek doktrini geliştirdi, gerekse Yargıtay'la görüş alışverişi yapma imkânı sağladı. Sosyal Güvenlik Yasası'nın yürürlüğe girmesinden bu yana yarattığı sorunlar veya yeni bir yasa, hem de kapsamlı bir yasa olmasının ortaya koyduğu sorunlar karşısında bu 14. toplantımızın da, sosyal güvenliğe ayırdığımız bu toplantımızın da yararlı olacağını umuyorum. Ahmet Beyin de belirttiği gibi önümüzdeki yıl veya ondan sonraki yıl hazırlık aşamalarına göre bu toplantımızı artık uluslararası seviyeye çıkarmanın planları içindeyiz, umarım başarırız. Sözümü bitirmeden önce de bu 14. toplantımızda Galatasaray Üniversitesi adına sponsorluk desteği veren Türkiye Gıda İşverenleri Sendikasına da teşekkürlerimi sunuyorum. Keyifli ve yararlı bir iki gün geçireceğinizi diliyorum.

**Av. Tezay YILDIRIM-** 1. oturumumuzda oturum başkanlığı yapmak üzere Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Doktor Mustafa KILIÇOĞLU'nu davet ediyorum. Malullük ve özürlülük konusunu sunmak üzere Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Profesör Doktor Şükran ERTÜRK'ü davet ediyorum.

## I. OTURUM

Konu  
**MALULLÜK VE ÖZÜRLÜLÜK**

Konuşmacı  
**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK**  
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Oturum Başkanı  
**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU**  
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU-** (Oturum Başkanı) İstanbul Barosu'yla Galatasaray Üniversitesi birlikteliğiyle 14 yıl önce başlayan biraz önce söz edildiği gibi rahmetli Akkın Sokullu Beyefendi'nin başlattığı bu çalışma özellikle benim için son derece önemli, gerek mesleki gelişimde, gerek öğretiyile yakınlaşmamda bir başlangıç ve katkıda bulunmaktadır, bunun benim için ayrı bir önemi haizdir. Bu sene yine bu düzenlemeyi yapan Değerli Yönetici arkadaşlar iyi bir zamanlamayla sosyal güvenlik hukuku ağırlıklı bir çalışmayı tercih etmişlerdir, bu isabetli bir seçimdir. Sosyal güvenlik de hukuk alanları içerisinde üstünlüğü olan bir hukuk alanıdır diye düşünüyorum. Çünkü temelinde işçiyi, insanı özne olarak aldığı gibi onun sosyal güvenliğinin tüm boyutlarını da ele alması niteliğiyle özelliğidir. Devletin varlığının temel nedenlerinden biri sosyal güvenliği sağlamak. Yani vatandaşın devletten istediği en önemli şey sosyal güvenliğinin tüm boyutlarıyla, genişliğiyle sağlanması. Öte yandan da devlet için bir mali unsur oluşu nedeniyle devletin de elinde ki Anayasa'da belirtilen ifadeye göre elindeki olanaklar doğrultusunda sosyal güvenliğini sağlayıcı tedbirler almaktadır. Dolayısıyla bu dengenin hangi seviyede sağlanacağı son derece önemli. O halde herhalde devletin burada yapacağı diğer alanlardaki kârlılığı sosyal güvenliğe aktararak bir dengeleme sağlamak.

Öte yandan şu anki yasa, yasa kuruluş tekniği açısından biraz karmaşık gibi görünmektedir. Hedeflediği amaç belki çok yurtdışı hazırlıklarına, uluslararası sözleşmelere uygun görünse de yasanın kuruluş şekli, tekniği

açısından sıkıntıların varlığını gösteriyor gibi geliyor bana. Bunlar değerli arkadaşlar tarafından da herhalde dile getirilecek. Şimdi ilk konuşmayı Dokuz Eylül Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığında çalışan Profesör Doktor Şükran ERTÜRK Hanımefendi malullük ve özürlülük başlığı altında tebliğini sunacaklar. Sayın Ertürk kitaplarıyla, makaleleriyle, tebliğleriyle gerek iş hukuku, gerek sosyal güvenlik hukuku alanında çok büyük katkıları olan ve Yargıtay tarafından devamlı takip edilen son derece yetkin bir bilim insanıdır. Kendisi bu tebliğiyle birçok yönden bizleri aydınlatacaktır.

Konu

### **MALULLÜK VE ÖZÜRLÜLÜK**

Konuşmacı

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK**

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli katılımcılar, benim size bugün aktarmak istediğim konu 5510 Sayılı Yasa'da malullük ve özürlülük olmakla birlikte biliyorsunuz bu yasanın ortaya çıkış şekli sancılı oldu. Hepinizin malumu olduğu üzere Anayasa Mahkemesi tarafından birtakım hükümleri iptal edildi. Onun üzerine yasanın yürürlüğe girmesi birkaç kez ertelendi. Tüm konular, aşağı yukarı yasa da yer alan konuların tamamı birbiri içerisine atıfta bulunduğu için yasanın anlaşılması Sayın Başkanın ifade ettiği gibi son derece güç, takip edilmesi son derece zor, anlaşılması zor. Her ne kadar sosyal güvenlik alanındaki eski yasalar mülga olsa da, yani yürürlükten kaldırılmış olsa da Anayasa Mahkemesi kararından sonra mülga hükümlerin eski sigortalılar açısından geçerliliğini sürdüreceğinin kabul edilmesi üzerine şu anda mevzuatımızda hem eski yasaların yürürlükte olduğu eski sigortalılar açısından bir dönem, hem de yeni yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte yeni yasanın uygulaması söz konusu. Dolayısıyla bundan sonra ortaya çıkacak uyuşmazlıklar anlamında yüksek mahkemenin, yargıçlarımızın görevi bugüne kadar zordu, bundan sonra daha da zorlaştı yasanın bu şekilde uygulanmasından dolayı.

## **I.MALULLÜĞÜN TANIMI**

Malullük nedeniyle çalışma gücünü tamamen veya kısmen yitiren, bu nedenle de ekonomik durumu kötüleşen sigortalıya maddi destek sağlamak amacıyla, işlev gören sigortaya malullük sigortası denir.

## **II. MALULLÜK AYLIĞI BAĞLANMASININ KOŞULLARI**

### **1 . MALÜL OLMA**

4/I a ve b bendine göre sigortalı olanların

Çalışma gücünü veya meslekte kazanma gücünü en az %60 oranında kaybetmesi anlamına gelmektedir.

4/I c bakımından sigortalı olanlar için

Çalışma gücünün en az %60 oranında kaybedilmesi veya

Vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünün kaybedilmesi anlamına gelmektedir.

### **2. MALULLÜĞÜN ÇALIŞMAYA BAŞLADIKTAN SONRA ORTAYA ÇIKMASI VE DURUMUN SAĞLIK KURULU RAPORU İLE BELİRLENMESİ**

Malül sayılma konusunda, çalışma gücünü kaybettiren nedenin önemi yoktur. İşle ilgili olsun olmasın, çalışma gücünün kaybı %60 oranına ulaşmışsa diğer koşulların gerçekleşmesi şartı ile aylık bağlanabilecektir.

İş Kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünü %60 oranında yitirmek: İş kazası ve meslek hastalığını düzenleyen Kanun'un 13 ve 14. Maddesine uygun olarak bir iş kazası veya meslek hastalığının varlığı aranmakta olup, çalışma gücü kaybından farklı olarak, meslekte kazanma gücünü kaybettiren olay iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanmalıdır.

İş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan meslekte kazanma gücü kaybının %60 ulaşması durumunda, sigortalıya malullük aylığı bağlanmasını gerektirir.

4/I c kapsamında sigortalı olanlar da çalışma gücünü %60 oranında kaybettiklerinde malül sayılacaklardır. Ancak 4/I c liler bakımından, bunların ayrıca vazifelerini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücü kaybına uğrarlarsa yine malül olarak kabul edileceklerdir (m.24/I). Hastalığı sonucu vazifelerini yapamayacak duruma düşenler ise, hastalıkları kanunlarda tayin edilen sürelerden fazla devam etmesi koşuluyla<sup>(1)</sup>, hasta-

1 5510 S. Kanun'un m.4/I c kapsamında sigortalılardan, personel kanunlarına tabi

lıkların mahiyetine ve doğuş sebebine göre malül veya vazife malülü sayılacaklardır (m.25/V). Buna karşılık, yedek subay veya er olarak ya da talim, manevra, seferberlik veya harp dolayısıyla görevleri ile ilgileri kesilmeksizin silah altına alındıkları dönemde malül olup, bu malullükleri asıl görevlerini veya işlerini yapmaya engel olmayanlar hakkında, bu hastalık veya özürleri sebebiyle malullük sigortasına ilişkin hükümler uygulanmaz (m.25/III).

Kanuna göre, m.4/I c kapsamındaki sigortalıların yazılı talepleri halinde, malullük sigortası hükümleri uygulanmaksızın malullüklerinin mani olmadığı başka vazife veya sınıflara nakil suretiyle tayinleri yapılmak üzere istifa etmiş sayılırlar. İstemeleri halinde bu kişiler hakkında daha sonra da mülüllük hükümleri uygulanabilir. Ancak, kurumlarında başka vazife ve sınıflara nakli mümkün olanlardan özel kanunlarına göre yükümlülük süresine tabi olanlar, bu yükümlülüklerini tamamlamadıkça veya malüliyetlerinin yeni vazifelerine de mani olduğuna dair usulüne uygun yeniden rapor almadıkça bu haklarını kullanamazlar (m.25/IV).

Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte, zaten malül sayılmayı gerektirecek durumda ise, kendisine malullük aylığı bağlanmaz (m.25/II). Ancak sigortalının sakatlığı, çalışmaya başladığı tarihte daha hafif olmakla beraber, sigortalı olduktan sonra belli dereceye ulaşmışsa ( %60 çalışma gücü kaybı veya %60 meslekte kazanma gücünden yoksunluk ya da vazifesini yapamayacak durumda olmak) kendisine yine malullük sigortası yardımları yapılır.

Sigortalının çalışma gücünü veya meslekte kazanma gücünü en az %60 oranında yitirdiği, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun olarak düzenlenecek rapor ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilmesi gerekir (m.25/I). Bu konuda Yönetmelik çıkarılmış olup, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği" dir.

### **3. BELLİ SÜRE SİGORTALILIK VE PRİM ÖDEME**

En az on yıldan beri sigortalı olup, 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası priminin bildirilmiş olması gerekir. Ancak sigortalı başka birinin

---

olmayanların hastalık sebebiyle malül sayılmalarına esas alınacak hastalık süresi hakkında kendi özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar 657 sayılı Devlet memurları kanununun hastalık iznine ilişkin hükümleri uygulanır. Kanunlarındaki yazılı sürelerden önce geçen hastalığı en çok bir yıl içinde nüksetmesi halinde eski ve yeni hastalık süreleri birleştirilmek sureti ile işlem yapılır (m.25/VI)

sürekli bakımına muhtaç derecede malül ise, sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün prim bildirilmiş olması yeterlidir (m.26/II b).

5510 S. Kanun'un m.4/I b hükmüne göre sigortalı olanların, malullük aylığına hak kazanmaları için kendi sigortalılığı nedeni ile genel sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarını ödemiş olmaları gerekmektedir.

#### **4. İŞTEN AYRILMA VE KURUMA BAŞVURU**

Aylık bağlanması için, malüllüğün raporla saptanması, sigortalının işten ayrılması veya işyerini kapattıktan ya da devrettikten sonra Kuruma başvurma zorunluluğu vardır (m.26/II c)

#### **III. AYLIĞIN HESAPLANMA YÖNTEMİ**

Malullük aylığı prim gün sayısı 9000 günden az olan sigortalılar için 9000 gün üzerinden, 9000 ve daha fazla olanlar için ise toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden, 29.madde hükümlerine göre hesaplanır. Sigortalı başla birinin sürekli bakımına muhtaç ise tespit edilen aylık bağlama oranı 10 puan arttırılır. Ancak m.4/I a bendi kapsamında sigortalı sayılanalar için 9000 gün prim sayısı 7200 olarak dikkate alınır.

5510 S.Kanun ile artık tüm sigortalılar için aynı esaslara göre malullük aylığı bağlanacak ve bu aylığın oranı da 5434 S.Kanunda olduğu gibi, yaşlılık aylığının hesaplanmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yani Sigortalının ödediği her 360 gün için %2 oranı esas alınacaktır.

#### **IV. AYLIĞIN BAŞLANGICI VE ALT SINIRI**

Malullük aylığı sigortalının işini bırakmış ya da vazifesinden ayrılmış olmak koşuluyla, rapor tarihi yazılı istek tarihinden önce ise, yazılı istek tarihini; yazılı istek tarihinden sonra ise rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren başlar. Aylık, tüm koşulların gerçekleştiği tarihi izleyen aybaşından itibaren başlar.

Kanuna göre, sigortalılara bu Kanun'un uygulanması bakımından hak ettikleri alacaklarının süresi içinde ödenememesi halinde, avans verilmesine kurum yetkili kılınmıştır (m.97/VI) Halbuki 506 S.Kanunda koşulları varsa sigortalıya avans ödenmesi bir zorunluluktur.

Sigortalının Kanun kapsamında sigortalı olup olmadığı, yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışmadıkları ile malullük durumlarının devam edip etmediği Kurumca yürütülecek yoklama işlemleri ile tespit edilir (

Yön.m.79, Tebliği m.6).

Kanuna göre, sigortalıya bağlanacak aylıkların hesabına esas tutar, çalışma sürelerindeki her yıl için 82.maddeye göre tespit edilen prime esas günlük kazanç alt sınırları dikkate alınarak, talep veya ölüm yılına ait Ocak ayı itibarıyla 29.maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenen ortalama aylık kazancın %35'inden, sigortalının bakmakla yükümlü olduğu eşi veya çocuğu varsa %40'ından az olamaz. Ancak uluslar arası sosyal güvenlik sözleşmeleri uyarınca bağlanan kısmi aylıklar için bu hüküm uygulanmaz (m.55/III son cümle)

Kanuna göre, bağlanan aylıklarını tahakkuk ettirildiği tarihten itibaren aralıksız altı ayın sonuna kadar tahsil etmeyenlerin aylıkları, aylık bağlanma şartlarının devam edip etmediğini tespiti amacıyla durdurulur (m.97/IV).

#### **V. YERSİZ ÖDEMELERİN GERİ ALINMASI**

Malullük aylığı almakta olanlara fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen 5510 S.Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler; kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden, Kurumun hatalı işleminden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliği tarihinden itibaren üç ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz; üç aylık sürenin sonunda yapılacak ödemeler ise bu süre sonundan itibaren hesaplanacak olan kanuni faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklardan mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır (m.96/I a, b)

#### **VI. AYLIĞIN DEĞİŞMESİ**

Malullük aylığının bağlanmasına neden olan malullük halindeki değişiklikler malullük aylığını da etkileyecektir. Sigortalının malül sayılmasına neden olan sağlık durumundaki değişiklik, malullük aylığının kesilmesini, yükseltilmesini veya azaltılmasını gerektirebilir. Kontrol muayenesini bizzat sigortalı isteyebileceği gibi, Kurum da gerekli görebilir (m.94/II). Kurumun yazılı bildiriminde belirtilen tarihten sonraki ödeme dönemi başına kadar kabul edilebilir bir özrü olmadığı halde kontrol muayenesini yaptırmayan sigortalının malullük aylığı kontrol muayenesi için belirtilen tarihten sonraki ödeme dönemi başından itibaren kesilir. Ancak kontrol muayenesini Kurumun yazılı bildiriminde belirtilen tarihten başlayarak üç ay içinde yaptıran ve malullük

halinin devam ettiği tespit edilen sigortalının kesilen aylığı, kesilen tarihten başlanarak yeniden bağlanır (m.94/V, VI). Kontrol muayenesini Kurumun yazılı bildiriminde belirtilen tarihten üç ay geçtikten sonra yaptıran ve malullük halinin devam ettiği tespit edilen sigortalının malullük aylığı rapor tarihinden sonraki ay başından başlanarak yeniden bağlanır (m.94/VII).

Kontrol muayenesi sonucunda, malullük durumu değişmemişse, sigortalıya eski malullük aylığının ödenmesine devam edilir. Malullük durumu artmışsa, malullük aylığı yeniden hesaplanır ve rapor tarihini izleyen aybaşından itibaren ödenir. Sigortalının talebi, rapor tarihinden sonra ise, yeni aylık, talep tarihini izleyen aybaşından başlar. Malullük durumu ortadan kalkmışsa, raporu izleyen aybaşından başlanarak aylık kesilir. Azalmışsa, aylık buna uygun olarak yeniden hesaplanır.

#### **VII. MALULLÜK AYLIĞININ KESİLMESİ VE YENİDEN BAŞLAMASI**

Malullük aylığı almakta iken bu Kanuna göre veya yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayanların malullük aylıkları, çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilir ve 80.maddeye göre belirlene prime esas kazançları üzerinden, 81.madde gereğince, kısa ve uzun vadeli sigorta primini ile genel sağlık sigortası primi alınır (m.27/III). Aylığın kesilmesine yol açan çalışma, m.4/I a, b ve c bendine göre çalışmadır.

İşten ayrılarak, yeniden malullük aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunan ya da emekliye ayrılan veya sevk edilenlere, kontrol muayenesine tabi tutulmak ve ilk aylığına esas malullüğün devam ettiği anlaşılacak kaydıyla, m.4/I c kapsamında çalışıyorsa, görevinden ayrıldığı tarihi, diğerlerine ise istek tarihlerini takip eden ödeme döneminden itibaren yeniden malullük aylığı hesaplanarak ödenir.

#### **VIII. GELİR VE AYLIKLARIN BİRLEŞMESİ**

##### **MALULLÜK AYLIĞI VE YAŞLILIK AYLIĞININ BİRLEŞMESİ**

Bu durumda, aylıklardan sadece fazla olanı ödenir (m.54/I a 1)Aylıklar aynı ise sadece yaşlılık aylığı ödenir.

##### **MALULLÜK AYLIĞI VE YAŞLILIK SİGORTASINDAN TOPTAN ÖDEME**

Kanunda konu ile ilgili düzenleme olmamakla birlikte, malullük aylığı yanında ayrıca yaşlılık aylığından toptan ödemeye hak kazanan sigortalıya, yalnız aylığın verilmesi, ayrıca toptan ödeme yapılmayacağı kuralının uygulanması gerekir.

## **MALULLÜK AYLIĞI VE İŞ KAZASI VE MESLEK SİGORTASINDAN GELİR**

Bu sigortalar için ayrı ayrı prim ödenmesi söz konusu olduğundan, aylık veya gelirden yüksek olanın tamamı, düşük olanın da yarısı ödenir. Eşitlik halinde, iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tamamı, aylığın yarısı verilir (M.54/I c)

### **MALULLÜK AYLIĞI VE VAZİFE MALULLÜĞÜ AYLIĞI**

5510 S.Kanun'a göre vazife malüllüğü aylığı almakta iken, tekrar sigortalı olanlardan hem vazife malüllüğü hem de malullük aylığına hak kazanırlarsa, bu aylıklardan yüksek olanı, aylıklar eşitse yalnızca vazife malüllüğü aylığı bağlanır (m.54/I a 6)

## **IX. DEVLET MEMURLARI VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN MALULLÜK DURUMU**

### **1. VAZİFE MALULLÜĞÜ**

5510 S. Kanun'un yürürlüğe girdikten sonra, ilk defa m.4/I c bendi kapsamında sigortalı olup da, kanunda sayılan hallerden biri sonucunda malül duruma düşenler hakkında vazife malüllüğü hükümleri uygulanır. Kanuna göre 25.maddede belirtilen malullük, sigortalıların vazifelerini yaptıkları sırada veya vazifeleri dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken bu işlerden veya kurumlarının menfaatini korumak amacıyla iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde meydana gelen kazadan doğmuş olursa, buna vazife malüllüğü ve bunlara uğrayanlara da vazife malülü denir (m.47/I).

Vazife malüllüğüne yol açan neden, sigortalının vazifesini yaparken kazaya uğramasıdır. Kazanın vazifenin yapıldığı sırada gerçekleşmesi yeterli olup, kazanın vazifeden doğması şart değildir. Sigortalının vazifesi ise, devlet memuriyetine ya da kamu görevine atama işlemi yapmakla yükümlü olduğu iş olarak anlaşılmalıdır. Bunun dışında, sigortalının vazifesi dışında, kendi idaresince görevlendirildiği herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken uğradığı kaza da kanunda vazife malüllüğü aylığı bağlanmasını gerektiren bir hal olarak kabul edilmiştir.

Sigortalının kurumun menfaatini korumak amacıyla bir iş yapması sırasında, kazaya uğraması kanunda vazife malüllüğü hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir hal olarak sayılmıştır.

Sigortalının işverence sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında kazaya uğraması de vazife malüllüğüne yol açacaktır.

Sigortalının işyerindeyken uğradığı kaza da vazife malüllüğüne yol açabilir. Bu hükmün uygulanmasında, kazanın vazife ile ilgili olup olmaması önemli değildir.

## **2. VAZİFE MALULLÜĞÜ HÜKÜMLERİ UYGULANMAYACAK HALLER**

### **Vazife malüllüğü,**

- keyif verici madde kullanmaktan,
- Mevzuata aykırı davranmaktan,
- yasak fiillerden,
- intihar girişiminden doğmuşsa

Vazife malüllüğü hükümleri değil, adi malullük hükümleri uygulanır (m.48)

Vazife malüllüğünün ortaya çıktıktan sonra en çok bir yıl içinde bildirilmesi gerekir.Bu süre içinde bildirim yapılmazsa, adi malullük hükümleri uygulanır (m.49). Erler için bu süre bir buçuk yıldır. Bu süreler, hastalıkların yükümlülük süresinden sonra, tedavinin olanaksız olduğu durumlarda ise bunu gösteren rapor tarihinden itibaren, esirlik ve gaiplik halinde bu hallerin sona erdiği tarihten başlar (m.49/III).

Vazife malüllüğünün hesabı, fiili ve itibari hizmet sürelerinin toplamı otuz yıla kadar olanlar için otuz yıl üzerinden, otuz yıldan fazla olanların, toplam süre üzerinden yapılır (m.55/I).

Kanun'un 52.maddesine göre vazife malullükleri 6.derecedir. Bu malullüklerin nevi ve dereceleri tüzükle belirlenir. Bu derecelere göre, 53.maddeye göre hesaplanacak adi malullük aylıkları arttırılacaktır. Bu artış birinci derecede malullük için %60, ikinci derece için %50, üçüncü derece için %40, dördüncü derece için %30, beşinci derece için %20, altıncı derece için %15 oranında olacaktır (m.55/II).

## **3. HARP MALULLÜĞÜ**

Vazife malüllüğü hali, savaşta, ateş altında, savaş bölgelerindeki hareket ve hizmet sırasında, harbe hazırlık döneminde, düşman silahlarının etkisiyle, askeri iç tedip veya sınır hareketleri sırasında, görevli olarak uçuş sırasında, uçuşun havadaki ve yerdeki etkisiyle, görevli olarak denize dalış sırasında, görevli olarak denizaltı gemisinde veya dalgıç kıtasında bulunduğu sırada TBMM kararı ile veya milletlerarası anlaşmalar gereğince Türk Si-

lahlı Kuvvetlerine Bağlı, asker veya sivil personelin, yurt içinde veya dışında meydana çıkmışsa harp malüllüğü söz konusudur (m.64)

Harp malülü asker ise, bir üst rütbeden, sivil ise bulunduğu veya bulunacağı derecin bir üst derecesi üzerinden vazife-harp malüllüğü aylığı bağlanır. Bir üst derece yoksa, üç kademe, o da yoksa son kademe göstergesi esas alınır (m.64/II).

Türk Silahlı Kuvvetleri vazife malüllerine bağlanacak aylıkların hesabında 64 madde uyarınca harp malüllüğü halinde bağlanacak aylık ve harp malüllüğü zammı ile vazife malüllüğü arasındaki farkın yüzde sekseni vazife malüllüğü aylıklarına yarıca eklenir (m.64/VIII)

Harp ve vazife malülü olanlara hayatta oldukları sürece ödeme yapılır. Ancak ölen malülün son yıldaki pay tutarının beş katı, bir defaya mahsus olmak üzere kendisinden dul ve yetim aylığı bağlanacak olanlara eşit olarak paylaştırılarak ödenir.

Malullük aylığı almakta olanlar, herhangi bir prim ödeme yükümlülüğü olmadan ve ayrıca genel sağlık sigortalısı olarak tescillerine gerek olmaksızın, genel sağlık sigortalısı sayılırlar (m.60/I f). Dolayısıyla sağlık hizmetlerinden yararlanırlar. Genel sağlık sigortasından sağlanan hizmetler arasında rehabilitasyon hizmetine de yer verilmiştir (m.63/b).

Malullük aylığı alanların malullük durumlarının tespiti, kontrolü veya periyodik sağlık muayenesi amacıyla yapılan sağlık hizmeti giderleri ile yol, gündelik giderleri Kurum tarafından ödenir (m.65/IV). Konu Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 31 maddesi uyarınca, yol gideri, gündelik ve refakatçi giderleri için ödenecek tutarlar Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenir.

5510 S.Kanun 506 Sayılı Kanunda bulunmayan bir düzenlemeye yer vererek uzun vadeli sigorta kollarından bağlanacak aylıklar için Kuruma rücu hakkı tanımıştır. Buna göre, malullük ya da vazife malüllüğü üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle olmuşsa, 5510 S.Kanun uyarınca sigortalıya bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir (m.39/I)

Malullük kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerinin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalıya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücu edilemez (m.39/II).

#### **4. KANUN'UN YÜRÜRLÜK TARİHİNDEN ÖNCE AYLIĞA HAK KAZANMIŞ OLANLAR**

Kanun'un geç.m 10/V fıkrasında, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce, malullük durumlarının tespiti için talepte bulunan ve KANUN'UN YÜRÜRLÜK TARİHİNDEN SONRA MALÜL olduğuna karar verilenler hakkında 506 ve 2925 S.Kanunda belirtilen diğer koşulları taşıdıklarının belirlenmesi halinde, bu kanunlara göre aylık bağlanacağı öngörülmüştür. Bu nedenle 4/I a sigortalıları bakımından, Kanun'un yürürlük tarihinden önce malül durumlarının tespiti için sevk talebinde bulunanların Kanun'un yürürlük tarihinden sonra malül olduklarına karar verilenlere toplam olarak 1800 gün veya beş yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün prim ödemeleri halinde, malullük aylığı bağlanacaktır.

Kanun'un yürürlük tarihinden önce mülga sosyal güvenlik kanunlarından 1479 ve 2926 S. Kanun'lara göre malullük aylığı alanlardan Kanun'un yürürlük tarihinde veya sonrasında Kanun'un m.4/I b ve c bentleri kapsamında çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. Bunların a bendi kapsamında çalışmaları halinde ise geçici m.14 de belirtilen sosyal güvenlik primine ilişkin hükümleri uygulanır.

506 ve 2925 Sayılı Kanunlara göre malullük aylığı alanlardan, Kanun'un yürürlük tarihinde ve sonrasında m.4/I a bendi kapsamında çalışmaya başlayanların aylıkları kesilir. Bunların b ve c bentleri kapsamında çalışmaya başlamaları halinde ise aylıkları kesilmez, aylıklarından Kanun'un geçici 14.maddesi uyarınca sosyal güvenlik destek primi kesilir.

Daha ayrıntılı olarak belirtmek gerekirse:

**4 (b) SİGORTALILARI İÇİN** 1/10/2008 tarihinden önce 1479 ve 2926 Sayılı Kanunların mülga hükümlerine göre tarafına malullük aylığı bağlananlar ile bu tarihten önce sevk edilenlerden malul sayılanların malullük aylığı mülga kanun hükümlerine göre kesilecektir.

**1479 Sayılı Kanun kapsamında malullük aylığı almakta iken 1/10/2008 tarihinden sonra;** - 4 (a) kapsamında sigortalı olursa, prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vadeli sigorta kolları primi olmak üzere sosyal güvenlik destek primi kesilecektir. - 4 (b) kapsamında sigortalı olursa, malullük aylığı kesilmeyecek ve herhangi bir prim alınmayacaktır. - 4 (c) kapsamında sigortalı olursa aylığı kesilmeyecektir.

**2926 Sayılı Kanun kapsamında malullük aylığı almakta iken 1/10/2008 tarihinden sonra;** - 4 (a) kapsamında sigortalı olursa, prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vadeli sigorta kolları primi olmak üzere sosyal güvenlik destek primi kesilecektir. - 4 (b) kapsamında sigortalı olursa malullük aylığı kesilmeyecek, tarımsal faaliyette bulunanlar ve muhtarlar hariç aylıklarından sosyal güvenlik destek primi kesilecektir. - 4 (c) kapsamında sigortalı olursa aylığı kesilmeyecektir.

**1/10/2008 tarihinden önce sigortalı olup, 5510 Sayılı Kanun'un 26. maddesine göre tarafına malullük aylığı bağlanmış olan 4 (b) sigortalısı;** - 4 (a) kapsamında sigortalı olursa prime esas kazançlarından geçici 14 üncü madde gereği sosyal güvenlik destek primi, - 4 (b) kapsamında sigortalı olursa 27 nci madde gereği aylığı - 4 (c) kapsamında sigortalı olursa 27 nci madde gereği aylığı, kesilecektir

**1/10/2008 tarihinden sonra sigortalı olup, 5510 Sayılı Kanun'un 26. maddesine göre tarafına malullük aylığı bağlanmış olan 4 (b) sigortalısı;** 4 (a), (b) ve (c) kapsamında çalışırsa aylığı 27 nci madde gereği kesilecektir

**4 (a) SİGORTALILARI İÇİN** 1/10/2008 tarihinden önce 506 ve 2925 Sayılı Kanunların mülga hükümlerine göre tarafına malullük aylığı bağlananların malullük aylığı mülga kanun hükümlerine göre kesilecektir.

506 Sayılı Kanun kapsamında malullük aylığı almakta iken 2008/Ekim ayından sonra; - 4 (a) kapsamında sigortalı olursa aylığı kesilecek, prime esas kazançları üzerinden tüm sigorta kollarına tabi prim alınacaktır. - 4 (b) kapsamında sigortalı olursa malullük aylığı kesilmeyecek, tarımsal faaliyette bulunanlar ve muhtarlar hariç malullük aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilecektir. Prim oranı 2008 yılı için % 12, 2009 için % 13, 2010 yılı için % 14 ve 2011 ve sonraki yıllar için % 15 olarak uygulanacaktır. - 4 (c) kapsamında sigortalı olursa aylığı kesilmeyecektir.

2925 Sayılı Kanun kapsamında malullük aylığı almakta iken 2008/Ekim ayından sonra; - 4 (a) kapsamında sigortalı olursa aylığı kesilecek, prime esas kazançları üzerinden tüm sigorta kollarına tabi prim alınacaktır. - 4 (b) kapsamında sigortalı olursa malullük aylığı kesilmeyecektir. Tarımsal faaliyette bulunanlar ve muhtarlar hariç malullük aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilecektir. Prim oranı 2008 yılı için % 12, 2009 için % 13, 2010 yılı için % 14 ve 2011 ve sonraki yıllar için % 15 olarak uygulanacaktır. - 4 (c) kapsamında sigortalı olursa aylığı kesilmeyecektir.

2008/Ekim ayı başından önce sigortalı olup, 5510 Sayılı Kanun'un 26 ncı maddesine göre tarafına malullük aylığı bağlanmış olan 4(a) sigortalısı; - 4 (a) kapsamında sigortalı olursa 27 nci madde gereği aylığı, - 4 (b) kapsamında sigortalı olursa geçici 14 üncü madde gereği aylığından sosyal güvenlik destek primi, 4 (c) kapsamında sigortalı olursa 27 nci madde gereği aylığı, kesilecektir

2008/Ekim ayı başından sonra sigortalı olup, 5510 Sayılı Kanun'un 26 ncı maddesine göre tarafına malullük aylığı bağlanmış olan 4 (a) sigortalısı; 4 (a), (b) ve (c) kapsamında çalışırsa aylığı 27 nci madde gereği kesilecektir

## X. ÖZÜRLÜLÜK VE ÖZÜRLÜ SİGORTALILAR

### 1. Tanım

Özürlülük, KİŞİNİN İŞ BULMA VE BULDUĞU İŞİ ELİNDE TUTABİLME OLANAĞINI SINIRLAR. Özürlü kişiler, sosyal sigorta ilişkisi kurma yani sigortalı olma ve sigortalılığı devam ettirme konusunda diğer kişilere göre daha fazla güçlkle karşılaşır. Bu nedenle sözü edilen kişilerin korunması büyük önem taşımaktadır. Nitekim Anayasa'nın 61. maddesi uyarınca özürlüler, sosyal güvenlik hakkı bakımından özel olarak korunurlar.

### 2.Koşulları

5510 S.Kanun'a göre, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce 25.maddenin ikinci fıkrası uyarınca malül sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya özürlü bulunan ve bu nedenle malullük aylığından yararlanamayan sigortalılara, en az 15 yıldan beri sigortalı olmak ve en az 3960 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla, yaşlılık aylığı bağlanır (m.28/IV). Maddede ayrıca bir yaş şartının varlığı aranmamaktadır. 5510 S. Kanun'un 4/I a sigortalıları için Kanun'un geçici 6/VII c bendindeki 3960 gün sayısı kademelendirilirken, m.4/I b bendine tabi olanlar için söz konusu koşullar, 01.10.2008 tarihinden sonra tahsis talebinde bulunan sigortalılar için hemen uygulanır.

4/a'lı Maluller (Çalışma Gücü Kaybı %60'ın Üzerinde Olanlar) İçin Yaşlılık Aylığı Şartları

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Sigortalılık Süresi	
		Kadın	Erkek
1.10.2008 - 31.12.2008	3700	15 yıl	15 yıl
1.1.2009 - 31.12.2009	3800	15 yıl	15 yıl
1.1.2010 - 31.12.2010	3900	15 yıl	15 yıl
1.1.2011 - 31.12.2011	3960	15 yıl	15 yıl
1.1.2012	3960	15 yıl	15 yıl

Kanunda ilk defa sigortalı olduğu tarihte malül durumda olmamakla beraber, çalışma gücü kayıp oranları %40 dan fazla olan özürhünerin durumları da özel olarak düzenlenmiştir. Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulu'nca çalışma gücündeki kayıp oranının;

%50-%59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 16 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4320 gün

%40 - %49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 18 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4680 gün

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla ikinci fıkranın a bendindeki yaş şartları aranmaksızın yaşlılık aylığına hak kazanırlar.

Bu hükümler 506 S.Kanundaki hükümlerden farklıdır. Prim ödeme gün sayıları arttırıldıktan başka, bu artışla bağlantılı olarak geçiş hükmüne de yer verilmiştir. (geç.m.6/VI c, d, e). Ayrıca 193 sayılı Gelir Vergisi Kanun'u ile olan bağlantı kaldırılmıştır. Bu sebeple, sigortalıların sakatlıkları nedeniyle, vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış durumda olmaları aranmayacaktır.

Ancak bu konuda 5510 S. Kanun'un 5754 S.Kanunla değişik geçici 10 maddesinden de söz etmek gerekir. Bu madde uyarınca, 5510 S. Kanun'un yürürlük tarihinden önce sigortalı olup, bu Kanun'un yürürlük tarihinden önce veya sonra sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanan sigortalılar hakkında, 506 S. Kanun'un mülga 60.maddesinin C bendinin b alt bendi ve geçici 87 maddesine göre işlem yapılır (geç.m.10/2). Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlananlardan yaşlılık aylığı bağlananların aylıklarının kesilmesi ve tekrar bağlanmasında bu Kanun'un yürürlük tarihinden önceki hükümler geçerlidir ( geç.m 10/III). Sigortalılar bu kapsamda bağlanacak aylık bağlama oranı,5400 gün üzerinden hesaplanan orandan az olamaz (geç. M.10/IV).

Çalışma gücünün %40'ın altında kaybı özel koşullarla yaşlılık aylığı bağlanmasını sağlamayacaktır. Bu nedenle sigortalının en az %40 oranında özürhüner olduğunu bir raporla belgelemesi şart bulunmaktadır. Özürhünerlik dolayısıyla yaşlılık aylığına hak kazanmak için filen belli bir süreden beri

özürlü olmak şart değildir. Aylık bağlanması için başvuruda bulunan tarihte kanunda aranan oranda özürlü sayılmak yeterlidir.

## 2.ÖZÜRLÜLERE İLİŞKİN GEÇİŞ HÜKÜMLERİ

Bununla birlikte, %50 - %59 oranında özürlü bulunanlar için, 4320 günlük süre, ilk defa 4/a'lı olarak;

1.10.2008 – 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 3700 gün olarak,

4958 Sayılı Kanun, 60. maddenin C, a, b'de yaptığı değişiklikle Özürlülük derecesi	Sigortalılık Süresi	Prim Ödeme Gün Sayısı
Birinci derece	En az 15 yıl	En az 3600 gün
İkinci derece	En az 18 yıl	En az 4000 gün
Üçüncü derece	En az 20 yıl	4400 gün

1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4320 günü geçmemek üzere, uygulanır (Kanun geç. M.6/7 d).

### 4/a'lı Özur Oranı %59 Arasında Olan Sigortalılar İçin Yaşlılık Aylığı Şartları

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Sigortalılık Süresi	
		Kadın	Erkek
1.10.2008 - 31.12.2008	3700	16 yıl	16 yıl
1.1.2009 - 31.12.2009	3800	16 yıl	16 yıl
1.1.2010 - 31.12.2010	3900	16 yıl	16 yıl
1.1.2011 - 31.12.2011	4000	16 yıl	16 yıl
1.1.2012 - 31.12.2012	4100	16 yıl	16 yıl
1.1.2013 - 31.12.2013	4200	16 yıl	16 yıl
1.1.2014 - 31.12.2014	4300	16 yıl	16 yıl
1.1.2015 - 31.12.2015	4320	16 yıl	16 yıl
01.01.2015	4320	16 yıl	16 yıl

Özur oranının %40 - %49 oranında olması halinde söz konusu 4680 günlük süre ilk defa 4/a'lı olarak;

1.1.2008 – 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4100 gün olarak,

1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4100 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4680 günü geçmemek üzere, uygulanır (Kanun geç. M.6/7 e).

Buna göre tabloda göstermek gerekirse;

**4/a'lı Özur Oranı %40 - %49 arasında olan Sigortalılar için Yaşlılık Aylığı Şartları**

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Sigortalılık Süresi	
		Kadın	Erkek
1.10.2008 - 31.12.2008	4100	18 yıl	18 yıl
1.1.2009 - 31.12.2009	4200	18 yıl	18 yıl
1.1.2010 - 31.12.2010	4300	18 yıl	18 yıl
1.1.2011 - 31.12.2011	4300	18 yıl	18 yıl
1.1.2012 - 31.12.2012	4400	18 yıl	18 yıl
1.1.2013 - 31.12.2013	4500	18 yıl	18 yıl
1.1.2014 - 31.12.2014	4600	18 yıl	18 yıl
1.1.2015 - 31.12.2015	4680	18 yıl	18 yıl
01.01.2015	4680	18 yıl	18 yıl

**4958 Sayılı Kanun, 60. maddenin C, a, b'de yaptığı değişiklikle:  
506 Sayılı Kanun'un geçici 87. maddesine göre:**

Sahip olunan sigortalılık süresi	Sakatlık derecesi	Sigortalılık Süresi	Prim Ödeme Gün Sayısı
9-12 yıl	II	15 yıl 8 ay	3680 gün
9-12 yıl	III	16 yıl	3760 gün
6-9 yıl	II	16 yıl 4 ay	3760 gün
6-9 yıl	III	17 yıl	3920
3-6 yıl	II	17 yıl	3840 gün
3-6 yıl	III	18 yıl	4080 gün
3 yıldan az	II	17 yıl 8 ay	4080 gün
3 yıldan az	III	19 yıl	4240 gün

**5510 Sayılı Kanun'da öngörülen geçiş hükmüne göre:**

**28. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen 3960 günlük süre ilk defa:**

Bu kanun yürürlüğe girdiği tarih ile 31.12.2008 tarihleri arasından sigortalı sayılanlar için	3700 gün
1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için	Her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 3960 günü geçmemek üzere

**28. maddenin beşinci fıkrasının a) bendinde belirtilen 4320 günlük süre ilk defa:**

Bu kanun yürürlüğe girdiği tarih ile 31.12.2008 tarihleri arasından sigortalı sayılanlar için	3700 gün
1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için	Her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4320 günü geçmemek üzere

**28. maddenin beşinci fıkrasının b) bendinde belirtilen 4680 günlük süre ilk defa:**

<b>Bu kanun yürürlüğe girdiği tarih ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için</b>	4100 gün
<b>1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için</b>	Her takvim yılı başında 4100 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4320 günü geçmemek üzere

#### **4.DEVLET MEMURLARINA İLİŞKİN GEÇİŞ HÜKÜMLERİ**

Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 S.Kanun'a tabi olarak çalışmaya başlamış olup, çalışmaya başlamadan önce ilgili mevzuata göre alınmış ve en az %40 oranda özürlü olduklarını gösterir sağlık kurulu raporu bulunanlar ile en az %40 oranında doğuştan özürlü oldukların belgeleyenlerden aylık talep tarihinde 5510 S. Kanun'un m.4/I C bendi kapsamında sigortalı olanlara, en az 5400 gün uzun vadeli sigorta primi bildirilmiş ya da emekli keseneği ödenmiş olmak kaydıyla, istekleri halinde bu madde hükümleri esas alınarak yaşlılık aylığı bağlanır.

Ancak çalışmaya başladıktan sonra, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulu'nca çalışma gücündeki kayıp oranının;

%50 ile %59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 5760

%40 ile %49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar en az 6480

Gün uzun vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartı ile, haklarında bu fıkra hükmü uygulanır (geç. m.4/VI).

#### **SONUÇ:**

Görüldüğü üzere, malullük aylığının bağlanabilmesi bakımından çalışma gücündeki kayıp oranı (%60) 506. S.Kanun'a göre biraz düşürülmüş olmakla birlikte, sigortalılık süresi on yıla çıkarılmakla önemli ölçüde artırılmıştır. Bu da malullük aylığından yararlanmayı güçleştiren bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

5510 S.Kanun'a göre, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce 25.maddenin ikinci fıkrası uyarınca malül sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya özürlü bulunan ve bu nedenle malullük aylığından yararlanamayan sigortalılara, en az 15 yıldan beri sigortalı olmak ve en az

3960 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla, yaşlılık aylığı bağlanır (m.28/IV). Maddede ayrıca bir yaş şartının varlığı aranmamaktadır. 5510 S. Kanun'un 4/I a sigortalıları için Kanun'un geçici 6/VII c bendindeki 3960 gün sayısı kademelendirilirken, m.4/I b bendine tabi olanlar için söz konusu koşullar, 01.10.2008 tarihinden sonra tahsis talebinde bulunan sigortalılar için hemen uygulanmaya başlamış olması da uygun olmamıştır.

Bunun gibi memurların malüllüğün da bu Yasada düzenlenmiş olması, ileride bu konudaki ihtilaflara İş Mahkemesinde görülecek olması nedeniyle, memurların malüllüğü ve bu konuya ilişkin düzenlemelerinin 5510 s.Yasa dışında bırakılmasının veya bu konuda ihtisaslaşmış olan İdare Mahkemelerinde görülmeye devam etmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Bu karışık hükümleri anlama konusunda gösterdiğiniz gayret için hepinize teşekkür ediyorum.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU-** Oturum Başkanı- Değerli konuklarımız, Sayın Hocamız kendisinin de ifade ettiği gibi son derece karışık bu düzenlemeleri sade bir anlatımla bizlere sunmaya çalıştı. Anlatıldığı kadar ve tebliğde sunulduğu üzere malullük kavramını önce koşulları yönüyle inceledi. Daha sonra aylığın hesaplama yöntemini başlangıç, alt sınır ve geri alınma ve değiştirilme şekliyle sundu. Bağlanma zamanını, yani zamansal açıdan olayı inceledi. Önceki yasayla yeni yasa arasındaki normatif değişikliklere kısaca değindi. Aylığın kesilmesi konusunda anlatımda bulundu. Vazife malüllüğünü ayrı bir alt başlık altında sundu. Daha sonra özürlü kavramına yer verdi, anayasal bağlantılarından söz etti. Yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını ifade etti. Özürlülüğe ilişkin geçici hükümleri anlattı ve dolayısıyla bu karışık konuyu güzel bir şekilde sundu. Şimdi 15 dakika bir ara veriyoruz.

### GENEL GÖRÜŞME

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU-** Oturum Başkanı- Değerli misafirlerimiz, oturumumuzun bu bölümü tartışma bölümü. Soru soracak arkadaşlarımız ad ve soyadlarını belirttikten sonra sorularını kısa ve sade şekilde sorsunlar. İkincisi her ne kadar yasa yakınsa da derdest davalarla ilgili bir soru sorulmamasını, geleneksel olarak böyle bir şey yapacağınızı hiç zannetmiyorum, ama geleneksel olarak bunu da tekrar sizlere anımsatmak istiyorum. Soru

soracak arkadaşlarımız elini kaldırsınlar, yine biraz önce ifade ettiğim gibi ad ve soyadlarını belirterek sorularını sorabilirler. Buyurun efendim.

**Prof. Dr. Ali Rıza OKUR-** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Benim sorum o son söyledikleriyle ilgili olacak, yani yetkili yargıyla ilgili olacak. Sosyal güvenlikle ilgili memurların karşılaştığı sorunlar konusunda artık iş yargısına gidileceğini söylediler. Orada benim aklıma şu geldi, değişik memur gruplarıyla ilgili özel düzenlemeler var, 657, Üniversite Personel Kanunu, ordu mensupları için özel düzenlemeler. Özlük haklarıyla ilgili olarak bir tarafta idari yargıya gitmemiz gerekecek, öbür tarafta da sosyal güvenlik açısından iş yargısına gitmemiz gerekecek. Acaba bu ikilem bu şekilde mi sürecek, yoksa bunun bir ortak çözümü düşünülebilir mi?

**Ercan TURAN-** Yargıtay Tetkik Hâkimiyim. Bu maluliyet aylığının yabancı ülke mevzuatına tabi çalışma dolayısıyla da kesilmesi yönünde bir düzenleme var. Bu aslında yaşlılık aylığı açısından da öngörülmüş bir durum, yasaların mülkiliği ve bunun uygulanabilirliği açısından, yasa tekniği açısından bunu nasıl karşıladığınız öğrenmek isterim. Bir ikinci olarak da ben tam algılayamamış olabilirim konunun karmaşıklığı dolayısıyla, 5510 Sayılı Yasa'nın kapsamındaki 4B anlamında bağımsız çalışanların da 5510 Sayılı Yasa kapsamında da sosyal güvenlik destek primine tabi çalışma olanağı var dendi bu maluliyet aylığı alırken. Belki yormuş olacağım, ama bu konuyu da tekrar bir açıkla mısınız?

**Av. Muhsin PEHLİVANOĞLU-** İstanbul Barosu. Eski yasa uygulamasında maluliyete yeterli değilse, mesela iş kazasından kaynaklanan sebepler maluliyete yeterli değilse sürekli iş göremezlik ödeneği gibi bir durum vardı. Bu yeni yasadaki durumu nedir, Hocamdan bu konuda bilgi istiyorum efendim.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Soruyu bir daha alabilir miyim?

**Av. Muhsin PEHLİVANOĞLU-** Efendim eski yasadaki eğer maluliyet oranı malulen emekli sayılmasına yetecek durumda değilse sürekli iş göremezlik ödeneği ödeniyordu bildiğim kadarıyla yüzde 10'un üzerinde maluliyeti varsa. Bu yeni yasadaki yerini almış mı, yoksa terk edilmiş bir uygulama mı, bu konuda bilginizi istiyoruz efendim.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU-** Oturum Başkanı- Evet, teşekkür ederim. Buyurun efendim.

**Salondan** - Bildiğimiz kadarıyla 5510 Sayılı Yasa'yla ilgili Anayasa Mahkemesinde bir iptal davası var. Bu iptal davasının içeriği konusunda ve ne zaman gündeme alınma ihtimali var, o konuda bilgisi varsa Sayın Hocamın ben o konuda bilgi rica ediyorum. Teşekkür ediyorum.

**Av. Abdülhalim EKE-** Ankara Barosu- Biraz uzatacağım için öncelikle özür diliyorum, sorum aslında bu açıklamalara da bağlı olacak. Şimdi malullük ve özürlülük iki ayrı kavram, ancak yeni kanunda yaşlılık aylığına ilişkin hükümlerde 40'la 60 arasındaki özürlüler için erken emeklilik koşulları tanınması, vergi indiriminden doğan uygulamanın kaldırılıp özürlülere ilişkin uygulamalara aktarılması nedeniyle bazı sorunlar doğuyor. Bu sorunların başlıca temellerini söylemek istiyorum. Bunlardan bir tanesi, özürlülere ilişkin uygulamada ilkelerden birisi vücut fonksiyon kaybının belirlenmesi. Örneğin bir göz körlüğü iş kazası sayılırsa yüzde 100 sayılırken özürlülere göre vücut fonksiyon kaybı iki gözün kaybında yüzde 85'e yakın bir orana tekabül etmekte. Bir başka sıkıntımız daha var, o da Baltazar formülünden kaynaklanan sıkıntı. Bu Baltazar formülünden kaynaklanan sıkıntı şu, malullük aylığının ilkeleriyle iş kazası ve meslek hastalığı geliri bağlanmasının ilkeleri ayrı. SSK Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nde düzenleme şu şekildeydi. Şunlar maluldür diye tek tek sayılmıştı, sonra iş kazasına ilişkin ayrıntılı bir cetvel düzenlenmişti. Ancak şimdi görüyoruz ki malullüğe ilişkin hükümler aynı iş kazasına ilişkin hükümler gibi konuldu, ancak bir şey denildi. Denildi ki, burada iş kazasında Baltazar formülü uygulanır, malullükte uygulanmaz. Bu neydi? Bu şu, Baltazar formülünde eğer arıza birden fazlaysa bir oranlama yapıyorsunuz, en çok olanı birinci sıraya, hafif olanı ikinci sıraya, sonrakini üçüncü sıraya koyuyorsunuz, dördüncü, beşinci var mı yok mu, o ayrı bir tartışma konusudur. Malullükte tek bir arızayı esas alıyorsunuz, eğer o tek bir arıza nedeniyle gelişen başka bir arıza daha varsa onu da nazara alıyorsunuz. Ancak diyelim ki bir elin kaybı, orada bitmiştir, yani o elin kaybıyla ağır ya, tek onu esas alacağız, bir parmağı daha kaybetti, bunu ilave edemiyoruz.

Şimdi kanunda malullük aylığına ilişkin hükümlerde çalışma gücünün kaybı diyor malullüğün belirlenmesinde, iş kazasında yahut meslek hastalığında meslekte kazanma gücünün kaybı diyor. Ancak demiyor ki Baltazar formülü uygulanmaz, ama dönüyorsunuz, şimdi eğer özürlülere ilişkin hükümleri uygulayacaksanız özürlülere ilişkin hükümlerde Baltazar formülü

var. Belki bu anlattıklarım olayı biraz daha karmaşıklaştırdı, ama sonuçları bakımından çok etkin bir hususu düzenliyor. Niye? SSK kanundaki düzenlemeye rağmen, yönetmeliğin adını okumak istiyorum, Çalışma ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin ilgili hükmüne göre diyeyim, orada yaşlılığa ilişkin hükümleri, özürlülüğe ilişkin hükümleri görüyoruz. Ancak uygulamasında, genelgesinde farklı bir şey yaptı. O neydi? O da şu, dedi ki, ben 01.10.2008'den sonra işe giren 4A kapsamındaki sigortalılara ve Bağ-Kur'lulara bu yönetmeliğe göre işlem yaparım. Ancak eskileri eski usule devam ettiririm, vergi indirimi anlamına gelen uygulamayı, yani özürlülerin hak kazanmasına dair uygulamayı devam ettiririm. Burada şu oldu, diyelim ki 4B kapsamında, yani Bağ-Kurlu kişi ben yüzde 40 raporu alıp erken emekli yaşlılık aylığına hak kazanacağım demek isterse gel, ben sende Baltazar formülünü uygulamam, çünkü benim yönetmeliğime göre belirleyeceğim diyor. Ancak siz bunu diyelim ki eskisiniz, 4A kapsamında çalışıyorsunuz, o zaman da gidiyorsunuz özürlülüğe ilişkin hükümlere kalıyorsunuz. Neden yararlanıyorsunuz? Eğer arızanız birden fazlaysa o zaman Baltazar formülüne göre yüzde 50, yüzde 60 oranlarını yakalamanız çok kolay.

Şimdi benim sorum şu, önce bir husustaki değerlendirmemi daha aktarmak istiyorum. Kanunda diyor ki kontrol sonucu malullük aylığı arttırılır. Benim rastlayabildiğim eğer yanlış algılamadıysam bir tek hal var malullük aylığının artmasını gerektiren hal, durum, yüzde 60'dan 70'e, 80'e, 90'a çıkması artırım nedeni değil. Neyi var? Bakıma muhtaç olması koşuluyla artış var. Onun için o hükmü biraz fazlaca yazılmış bir hüküm ya da kafa karıştırıcı buluyorum. Sorum şu, şimdi kurum kontrol mühendisi malulü çağırdı, eski hükümler, yeni hükümler. Dedi ki, sen eski hükümlere göre 2/3, yeni hükümlere göre yüzde 60 çalışma gücü kaybı oranını kaybettin. Şimdi biz hukukçu olarak o kişiye arkadaş, sen bunu kaybettin, ama koşulları bir sorgulayalım. Bu koşulları sorguladıktan sonra eğer sen bu özürlülüğe ilişkin ya da yaşlılıkta erken emeklilik koşullarını değerlendirebiliyorsan buna göre sen yaşlılık aylığına hak kazanırsın diyebilir miyiz, bunu davalarımızda tartışabilir miyiz? Sormak istediğim soru buydu, uzattığım için özür dilerim, kusura bakmayın.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU- Oturum Başkanı-** Tabii bir başka boyutuna

siz değindiniz, zannediyorum yeni bir sempozyum konusu olacak herhalde bu hesaplamalar yeniden, öyle zannediyorum.

**Av. Ali ŞEN- İstanbul Barosu.** Şimdi normalde emekli olan insanlar tekrar sosyal güvenlikle ilgili dayanışma aidatı ödeyerek çalışmaya devam edebiliyorlar, ama bu özürülere bu hak verilmiyor. Bunu hukuken adil buluyor musunuz, bunu soracaktım.

**Av. Özlem Kahraman ENGİN-** İstanbul Teknik Üniversitesi Kamu idarelerinin 4C'lere sağladıkları, vazifeye başlamadan önce servis sağlıyorlar. Bu taşıtlarda meydana gelen kazadaki malullükler vazife malullüğü sayılacak mı?

**Meliha Özel ÇAĞLAYAN-** Kocaeli Sosyal Güvenlik Kurum vekiliyim. Maluliyet durumunun belirlenmesinde kurum sağlık kurulları raporları dikkate alınacaktı. Hâlihazırda kurum tarafından bu uygulama devam etmekte, ancak maluliyet oranlarının maaş bağlamaya yeter oranda tespit edilememesi halinde dava açma yoluyla Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınmakta. Adli Tıp Kurumunun uygulamış olduğu cetvellerle kurum cetvelleri arasında farklılıklardan kaynaklanan oran belirleme farklılıkları doğmakta. Bu cetvellerin birleştirilmesi, aynı cetvelin uygulanması yönünde bilimsel bir çalışma yapılabilir mi? Ayrıca mahkeme kararıyla belirlenen maluliyet oranına göre bağlanacak maaşta kurumun bahsetmiş olduğu genelgesindeki sevk ve tahsis tarihiyle dikkate alınabilir mi, yoksa mahkeme karar tarihi veya Adli Tıp Kurumu rapor tarihinden itibaren mi maaş bağlanacaktır? Bu hususta bir açıklama rica edeceğim.

**Süleyman CANER- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı-** Uygulayıcıların gözlerini korkutmamak lazım, çok kapsamlı, karışık olduğunu hepimiz biliyoruz. Biz sizler sayesinde bunun anlaşılabilir hale getirileceğini düşündüğümüz için buradayız. Siz bunu becerdiniz, sizi o nedenle de kutluyorum. Şimdi ben soru sormaktan çok bir açıklamada bulunmak istiyorum dışarıda da bana sorulan sorular ve uygulayıcıların tereddütlerini gidermek açısından. Şimdi 506 Sayılı Yasa'da 2/3 olarak belirlenen maluliyet oranı 5513 Sayılı Kanun'un 25 ve devamı maddelerinde yüzde 60 olarak belirlendi. Şimdi 5510 Sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce maluliyet aylığı bağlanması istemiyle kuruma başvuran, ancak istemi kurumca reddedildiği için yargı yoluna başvuran bir kişinin yöntemince belirlenen maluliyet

oranı şayet yüzde 60'sa bu yüzde 60 5510 Sayılı Kanun kapsamında maluliyet aylığı bağlanması için yeterlidir. Ancak diğer koşulların da 5510 Sayılı Kanun hükümlerince belirlenmesi şartıyla. O nedir? Sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı da yeni yasa hükümlerine göre belirlenmek suretiyle eldeki davalarda önceki yasa hükmü yerine yürürlükteki 5510 Sayılı Yasa uygulanır. Burada şöyle bir tereddüt olabilir, her yasa yürürlüğe girdikten sonra meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır düşüncesinden hareketle bunda bir sakınca görülebilir. Ancak sosyal güvenlik hukukunun kamusal niteliği dikkate alınarak yeni yasanın koşulları varsa devam eden davalarda usulün 76. maddesi de gözetilmek suretiyle maluliyet aylığı bağlanması mümkündür.

Ayrıca maluliyet aylığının kurum Sağlık Kurulu'nca belirlenmesi esastır. Bu yargılama aşamasında kurum Sağlık Kurulu'nca belirlenen maluliyet oranı kurum yönünden bağlayıcı, ilgililer yönünden bağlayıcı değildir. Bazen hem kurum vekili, hem davacı vekili bu kurul kararına farklı noktalardan itiraz ederler. Örneğin yüzde 80 olarak belirlenen maluliyet oranına kurum vekili, başlangıç tarihine de davalı vekili itiraz etmişse kurum yönünden bağlayıcılık dikkate alınmak suretiyle yüzde 80 maluliyet kesinleşmiştir, ancak davacı vekilinin başlangıç noktasındaki itirazı incelenir. Ayrıca aylık başlangıcıyla ilgili 27. maddedeki açıklamalarınıza katıldığımı da belirterek yazılı istek ve rapor tarihine ilişkin de bir açıklamada bulunmak istiyorum. Şayet sigortalı kurumun herhangi bir sağlık ünitesinde, üniversitede, devlet hastanesinde, herhangi bir yerde Sosyal Sigorta İşlemleri Sağlık Tüzüğüne göre bir rapor almış ve bu raporu ibraz etmek suretiyle maluliyet aylığını talep etmişse ve sonradan yapılan incelemede, örneğin Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporda bu maluliyet oranı başvuru tarihinden önce olmakla birlikte doğrulanmışsa işte orada kurumun belirlediği maluliyet oranı yerine önceki raporun yargılama aşamasında örneğin Adli Tıp Genel Kurulu'nca doğrulanması halinde yine rapor tarihinden sonra yazılı istek tarihini takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanması mümkündür. Bunu açıklamak istedim.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU- Oturum Başkanı-** Sayın Hocam, buyurun efendim cevaplar için.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Ben hemen Sayın Başkanımıza soru sorarak

başlayacağım. Şunu anlayamadık, siz dediniz ki, eğer sigortalı eski kanunda, 506 Sayılı Kanun döneminde müracaatta bulundu ve malullüğünün tespitini istedi. 2/3 oranında çalışma gücü kaybı değil, ama yüzde 60 oranında çalışma gücü kaybı varsa sanki aynı ceza hukukundaki gibi, daha lehe olan hüküm uygulaması gibi daha lehine, daha düşük bir oranla malullük aylığının bağlanması söz konusu. Ancak diğer koşulları da yerine getirmesi gerekir dediniz. Yani 10 yıl sigortalılık ve 1800 gün primi arıyorsunuz.

**Süleyman CANER-** Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı- Evet, şimdi maluliyet oranını yeni yasadaki diğer koşulları eski yasadaki harmanlamak suretiyle değil, eski yasaya göre bu kişinin maluliyet aylığı alması 2/3 malullük oranına ulaşmadığı için mümkün değildir. Dolayısıyla eski yasanın uygulanması onun lehine değildir. Ancak yeni yasadaki yararlanabilmesi yüzde 60 maluliyet oranı altlığı yeni yasayla, 5510 Sayılı Yasa'yla getirilen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı kıstası esas alınmak suretiyle buna maluliyet aylığı bağlanması mümkündür diyorum.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Anladım, ama bu geçici hükümlere aykırı bir yorum tarzı gibi geldi.

**Süleyman CANER-** Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı- Onu şöyle açıklayayım. Biz bunu daha evvel de birçok yerde belirttik, şimdi sosyal güvenlik hukukunun kamusal niteliği dikkate alındığında ve bu Anayasa'nın 60. maddesindeki herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir, devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır, bu Genel Kurul kararlarında da yer almıştır. Orada şunu söylüyoruz, maddi hukukun her zaman hayatın değişen sosyal akışı içinde gelişen tüm olayları ve ayrıntıları kurallaştırma gücüne sahip olmadığı da dikkate alınarak çıkarlar dengesi ve adalet duygularını gözeterek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlü bulunan yargı organlarının sigortalılar lehine yeni düzenlemeler içeren yasalar yürürlüğe girdiği durumlarda yeni yasanın uygulanması gerekir noktasından hareket ediyoruz. Hukuk Genel Kurulu'nun da kabulü bu noktadadır, nitekim bu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 743 sayılı eski Medeni Kanun'un 152. maddesinde düzenlenen aile reisliği kavramının kaldırılmasını müteakip 2926 Sayılı Tarım Bağ-Kur Kanunu'yla aile reisliği kavramını içeren 2. maddesi 4956 Sayılı Kanun'un 48. maddesiyle değiştirildikten sonra

Yargıtay yasa değişikliğinden önce gerçekleşen sigortalılıkların da aile reisi oldukları için kabul edilmeyen sigortalılıklarının kabulüne karar vermiştir ve genel uygulama da bu doğrultudadır.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Yani yanlış anlamamışım, ama ben bütün bunlara rağmen sigortalı lehine görünse de yasada yer alan bir hüküm karşısında böyle bir yorum tarzı, sigortalı lehine, kısmen lehine, neden lehine? Çünkü eskiden beş yıl sigortalılık ve ortalama 180 gün prim ödeme sayısı-yla aylık bağlanabilecekken şimdi birdenbire 10 yıl şartını arıyorsunuz eski sigortalı açısından.

**Süleyman CANER-** Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı- Ama Hocam, o zaman şunu düşünelim. O eski yasa dönemindeki sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı ve maluliyet oranına göre bu kişiye hiç yararlanma mümkün değil. Ancak şayet diğer yeni yasayla getirilen ek süreleri, arttırılmış süreleri, gün sayısını yerine getirmiş olanlar yönünden lehe bir hükümdür diye düşünüyorum.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Evet, lehe, ama yasaya rağmen lehe, öyle düşünüyorum.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU-** Oturum Başkanı- Herhalde, affedersiniz, şimdi burada tabii hukuk metodolojisi sorunu ortaya çıkıyor. Hukuk metodolojisinde yasaların öncelik ve sonrası dikkate alındığında özellikle sosyal güvenlik yasaları ve iş hukuku yasalarının bir ayrıcalığı oluyor. Öncelikle lehe olan yeni yasaların uygulanma özelliği var. Yani bu aranızdaki tartışma konusu metodoloji sorunu.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Evet, kurum sigortalı lehine yorum yapıyor, yerinde bir yorum tarzı gibi görünüyor.

Şimdi sorulara geçiyorum, Ali Rıza Hocam bu iş mahkemeleriyle idari yargı arasındaki sorunun nasıl çözüleceğini sordular. Tabii iş mahkemelerinin bu anlamda bakacağı davalar bu Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar olacak. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu yürürlükten kalkmış değil veya personel kanunlarının yine 657 Sayılı Kanun özlük haklarına ilişkin, yani memuriyete ilişkin, kamu görevliliğine ilişkin hükümler bakımından idare mahkemelerinin görevi devam edecek. Bu anlamda özlük haklarıyla sosyal güvenlik hukuku anlamında söylediğimiz malullük, vazife malullüğü gibi konularda bir çakışma olacak mı, onu

uyuşmazlıklar ortaya çıktığı zaman göreceğiz. Bana şu an için, şu an itibarıyla özlük hakları, sosyal güvenlik hakları çıkmayacakmış gibi görünüyor. Yani özlük haklarına idare mahkemeleri, ama sosyal güvenlik hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklara da iş mahkemeleri bakacak. Ancak tabii iş mahkemelerini de bu anlamda özlük haklarından bağımsız düşünemeyeceğimiz için bu özlük haklarının en azından neler olduğunu öğrenmesi veya görmesi gerekecek, öyle bir zorunluluk ortaya çıkacak. Yani bugüne kadar iş mahkemelerinin hiç uğraşmadığı bir alana girmeleri gerekecek. Yani devlet memurlarıyla ilgili düzenlemeleri gözden geçirmek gerekecek.

Yabancı ülke mevzuatına göre çalışma malullük aylığının kesilmesine yol açacak dedi Sayın Tetkik Hâkimi arkadaşımız. Evet, bunu belirttim, aynı kural yaşlılık aylığı açısından da söz konusu. Yasaların mülkiliği prensibine aykırı, yani yasanın sizi yabancı ülkede takip etmemesi gereken, Türk hukukuna göre geçerliliği olan bir mevzuat sizi yabancı ülkede takip etmemeli, aynı ülkede yabancı ülkedeki mevzuat da sizi Türkiye'de takip etmemeli. Ancak kurum bu konuda biliyorsunuz Yargıtay kararlarına da konu oldu, yani yabancı ülke mevzuatı kapsamında çalışma aylığının kesilmesine yol açacak bir çalışma şekli midir? Daha önceki Yargıtay kararlarında da tartışıldı, öncelikle çalışma bu aylığın kesilmesine yol açmayacak bir şekilde çalışma şekli kabul edilmişken, daha sonraki kararlarında yasada yer almamasına rağmen yabancı mevzuata uygun olarak yapılar çalışmanın da yine malullük aylığının kesilmesine yol açacağı yargı kararlarında belirtildi. Dolayısıyla o kararlara uygun bir yasal düzenleme, kurum mümkün olduğunca tabii aylık bağlama ve aylığın devam ettirilmesi konusundaki yükümlülüğünden kurtulmak için böyle bir düzenlemeyi mülkilik prensibine aykırı olmasına rağmen kabul etmiş oldu.

4B çalışanları için sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı var mı dediniz. Evet, var, hem eski sigortalılar açısından söz konusu, hem de yeni sigortalılar açısından böyle bir olanak var. Maluliyet oranı yüzde 10 oranındaysa sürekli iş görmezlik geliri bağlanır mı diye sordu avukat arkadaşımız. Burada da tabii maluliyet olarak nitelendirmeyeceğiz onu, Kanun'un sistematığına uygun olarak bir iş kazası veya meslek hastalığı neticesinde meslekte kazanma gücünün yüzde 10 ve daha fazla kaybedilmesi durumunda sürekli iş görmezlik gelirin yine 13. ve 14. maddeler uyarınca bağlanması söz konusu olacak. Ancak bu soru şöyle de ilgili, di-

ğer arkadaşımızın hesaplama yöntemleri, Baltazar formülüyle ilgili sorduğu soruyla da bağlantılı. Şöyle, şimdi bu gerek meslekte kazanma gücü kaybı oranının tespiti, gerekse çalışma gücü kaybı oranının tespiti bir yönetmelik uyarınca gerçekleştiriliyor. Malullüğün tespiti de yine bu yönetmelik çerçevesinde yapılıyor, ama hepsi birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen, gerek meslekte kazanma gücü, gerek çalışma gücü kaybı, gerekse maluliyet hukuki anlamda, teknik anlamda farklı kavramlar olmasına rağmen bu yönetmeliğin tek bir hesaplama yöntemi ve işin kötüsü matematiksel ve daha çok tıp hukukuna dayanan bir hesaplama yöntemini benimsediğini görüyoruz. Dolayısıyla hukukçuların hukuki anlamda ileri sürebileceği karşı görüşler bu anlamda bu tespitlerde dikkate alınmıyor. Aynı şey sizlerin takip ettiği davalarda da sizin söylediğiniz gibi meslekte kazanma gücü kaybı oranının tespitiyle malullük oranının tespiti arasında mahkeme tarafından tespit yapılmasını istediğimiz zaman bakıyorsunuz çok farklı oranlar geliyor. Bu farklı oranların matematiksel veya tıp alanındaki gerekçesini biz hukukçuların tek başına belirlemesi mümkün değil.

**Abdülhalim EKE- Ankara Barosu-** Sayın Başkanım Süleyman Beyin bu yüzde 60 lehedir beyanına aslında görünüşte lehe, bir kısım sigortalı için lehe olduğunu açıklamak için şu eklemeyi yapmak istiyorum. Şimdi malullüğe ilişkin hükümleri aynen iş kazası, meslek hastalığı gibi hesaplar duruma gelince yaşa ilişkin koşullara da tabi oldu. Öyle olunca diyelim ki 25 yaşında yahut 30 yaşındaki bir sigortalı 2/3'ü normalde kaybetmiş, ama siz bunu bu yeni yönetmeliğe göre hesapladığınız zaman yaş nedeniyle bu dört puan, beş puan düşer. Bunu nerede izliyoruz? Örneğin Sayın Başkanım, iş kazası geçiren işçi gözünü kaybetti, geliyor, eğer yaşı ileriyle, 40 ve yukarıysa yüzde 43,2 geliyor, ama yok, yaşı gençse yüzde 37, yüzde 38 geliyor. Yani yüzde 40'lık bir oranda beş puanlık bir oynama varsa yaştan kaynaklanan 2/3'lük, yani yüzde 66,66'lık bir oranda daha çok bir orana tekabül edecek. Dolayısıyla bu yüzde 60'lık oran malullük hükümlerinin yaşa ilişkin hükümlere tabi tutulması nedeniyle genç sigortalılar için hiç de lehe bir düzenleme değil. Kim için, bu sadece 39, 40 yaş ve daha yukarısı olanlar için uygulanabilecek bir düzenleme gibi görünüyor bu yönetmelik çerçevesinde.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Dolayısıyla benim de söylemek istediğim

şu, yani bunu bir matematiksel hesap olmaktan kurtarmamız lazım. Sadece matematik verilerinin dikkate alınarak böyle bir hesaplamanın ve böyle bir tespitin yapılmasının mümkün olmadığını, hukukçuların da bu anlamda hukuki açıdan değerlendirilme yapılması gerektiğini de düşünüyorum. Mesela yine Alman hukukunda bu tespitler, değerlendirmeler yapılırken sadece salt özür veya sakatlık gibi matematiksel veriler değil, bu kimsenin iş piyasasında iş bulma olanağı nedir, tekrar iş bulabilme şansı nedir, bu kadar özürle iş bulabilme şansı nedir şeklinde değerlendirmeler yapılıyor. Ancak bizde bu tür değerlendirmeler yapılmadığı için sadece matematiksel verilerle yapılan bu değerlendirmelerin açıkçası çok sağlıklı olduklarını söylemek noktasında mümkün değil, bu görüşünüze katılıyorum. O nedenle özellikle bütün tespitlerin bir tek yönetmelik çerçevesinde yapılmış olması da bu anlamda bunların farklı kavramlar olduğu dikkate alınırca farklı değerlendirmelere tabi tutulması gerektiğini söylemek mümkün.

Özürülere yeniden çalışma olanağının verilmesi konusu, verilmiyor, neden böyle bir olanak verilmediğini sordu arkadaşımız. Yasa koyucunun bu konudaki bir tercihi, yani kurum kolayını bulsa verdiği aylıkların tamamını kesecek. Dolayısıyla sosyal güvenlik destek primiyle çalışma olanağını zaten 4A'lılar açısından ortadan kaldırdı. Özürülüler için de böyle bir olanağı almış olmasını başka hangi gerekçeyle açıklamak mümkün, bilemiyorum.

Servislerde meydana gelen kaza vazife malullüğü sayılacak mı? Evet, sayılacak, bunu söyledik. İdare tarafından sağlanan bir taşıtla işe geliş gidiş sırasında meydana gelen bir kaza aynı 13. maddedeki hükümler gibi orada iş kazası olarak nitelendiriliyor, burada vazife malullüğüne yol açan bir sebep olacak. Çünkü kısa vadeli sigorta hükümleri memurlar ve kamu görevlileri açısından uygulanmıyor. O nedenle böyle bir ilave yapıldı, yasanın eski, ilk halinde böyle bir düzenleme yoktu. Ancak bunların da önemli olan idare tarafından sağlanan bir taşıt olması, taşeron eliyle yapılması veya başka bir sözleşme çerçevesinde yapılması taşımanın bu anlamda önemli değil, yeter ki söylediğim gibi idare tarafından sağlanan bir taşıt olsun. O nedenle serviste meydana gelen kaza vazife malullüğüne yol açacak, ama belediye otobüsünde meydana gelen bir kaza bu anlamda vazife malullüğüne yol açmayacak.

Son olarak bir kurum avukatı arkadaşımız kurum sağlık kurulu raporunun gerekli olduğunu vurguladı, cetvellerin farklı uygulandığından bahset-

ti, rapor tarihinde mi aylık bağlanacak gibi bir soru sordunuz. Bu konuda yazılı talep tarihiyle rapor tarihinin hangisinin öncelikli olduğuna bakacağız. Eğer yazılı talep tarihi rapor tarihinden önceyse yazılı talep tarihinden itibaren, rapor tarihi daha sonraki bir tarihsel raporu takip eden aybaşından itibaren aylığın bağlanması söz konusu olacak. Ancak bu konuda Sayın Başkanımın bir çekince olduğunu söylediği, yani uygulamada yine sigortalı lehine bir yorum yaptıklarını belirtti. O da dikkate alınmak suretiyle o aybaşından itibaren aylıkların bağlanacağını söylemek mümkün.

**SALONDAN-** Mavi kart verilmişse işveren tarafından işe gidip gelmesi için...

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Mavi kart işveren tarafından sağlanan bir taşıt olmadığı için o sadece sağlanan bir olanak olarak değerlendirilecek. Dolayısıyla vazife malullüğünden yararlanmak söz konusu olmayacak.

Anayasa Mahkemesi'yle ilgili bir şey sordunuz. Bir iptal davası tekrar var ve bu talep iki yılı geçti herhalde değil mi Hocam, iki yılı aştı Anayasa Mahkemesi'nin önünde. Anayasa Mahkemesi gündeme almadı bugüne kadar, ama son gayri resmi, geçen ay Ankara'daydık, kurumun düzenlediği bir toplantı vardı. O toplantıdan edindiğim, kurum tarafından bize söylenen bir şey Anayasa Mahkemesi'nin raportörünün bu konuda bir rapor hazırladığı ve bu raporun mevcut olduğu, ancak tabii ne şekilde, içeriği konusunda herhangi bir bilgi sahibi değiliz. Ancak iptal söz konusu olsa bile yine bu iptalin kısmı olabileceğini, yani tamamıyla yasanın yürürlükten kaldırılması diye bir uygulamanın söz konusu olmayacağını söyleyebiliriz. Yine arada Hocamla sohbet ettik, kurum başkanının bir beyanatu olmuş, biz reform niteliğinde yeni bir çalışma yapıyoruz şeklinde, yeniden tamamıyla hükümlerin gözden geçirilmesi şeklinde yeni bir çalışma başlattıkları şeklinde televizyonda Hocam izlemiş, eğer böyle bir çalışma başlattıysa vay halimize. Evet, teşekkür ederim.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU- Oturum Başkanı-** Sayın Hocamız sorulan güzel sorulara yine doyurucu, güzel yanıtlar verdi, o yönüyle kendisine teşekkür ediyoruz. Anlaşılan şu, sosyal güvenlik düzenlemeleri bir aysbergin deniz üstünde kalan bölümü gibi duruyorsa da aslında bu aysbergin deniz altında kalan bölümünün çok sorunlar getireceği, anayasal ve uluslararası sözleşmeler açısından sıkıntı yaratacağı şimdiden gözlemlenmektedir.



## II. OTURUM

1. Konu

### GEÇİŞ HÜKÜMLERİ

Konuşmacı

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN**

Marmara Üniversitesi

İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Oturum Başkanı

**Süleyman CANER**

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Değerli katılımcılar, öğleden sonraki oturumumuza hoş geldiniz. Hocamızın da belagatli ve özlü anlatımıyla çok kolay anlayacağımız bir konuya başlayacağız, Geçiş hükümlerine geçiyoruz. Hocam, buyurun lütfen.

Konu  
**GEÇİŞ HÜKÜMLERİ**

Konuşmacı  
**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN**  
Marmara Üniversitesi  
İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

**§ 1. GİRİŞ**

5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”<sup>(2)</sup> son 25 maddesini “Geçici ve Son Hükümler” başlığı altında, eski sistemden yeni sisteme geçişi düzenleyen geçici maddelere ayırmıştır. Kanun geçici m.1’de “Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasına ilişkin bazı geçiş hükümleri”, geç. m.2’de 5510 Sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına tabi geçen çalışmalar için bağlanacak aylıkların hesabı, geç. m.3’de önceki mevzuat hükümlerinin uygulanması, geç. m.4’te 5434 SAYILI KANUN’A ilişkin geçiş hükümleri, geç. m.5’te Toptan ödeme ve ihya geçiş hükümleri, geç. m.6’da 506 SAYILI KANUN’A ilişkin geçiş hükümleri, geç.m.7’de 506-1479-5434-2925-2926 Sayılı Kanunlara ilişkin ortak geçiş hükümleri, geç. m.8’de 1479 SAYILI KANUN’A ilişkin geçiş hükümleri, geç.m.9’da Emeklilik yaşına ilişkin bazı geçiş hükümleri, geç. m.10’da 506 Sayılı Kanun’un malullük ve sakatlık hükümlerine ilişkin geçiş hükümleri, geç. m.11’de Sigorta tesciline, sigorta sicil numarasına ve dış temsilciliklerdeki görevlilere ilişkin geçiş hükümleri, geç. m.12’de Genel Sağlık Sigortası geçiş hükümleri, geç. m.13’de 4046 Sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin geçiş esasları, geç. m.14’de Sosyal Güvenlik destek primine ilişkin geçiş hükümleri, geç. m.15’de prime esas kazancın beyanına ilişkin geçiş hükmü, geç. m.16’da Kendi adına ve hesabına tarımsal faaliyette bulunan sigortalılar ile esnaf muafılığından yararlanan kadın sigortalılara ilişkin geçiş hükümleri, geç. m. 17’de kendi adına ve hesabına çalışanların sigortalılıklarının durdurulmasına ilişkin hükümler, geç. m. 18’de Bazı aylık tazminat ve yardımlara ilişkin geçiş hükümleri, geç. m.19’da Aylık alanlardan kesilecek sağlık sigortası primi, geç.m. 20’de 506 Sayılı Kanun’un geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklar ve ilgili hükümler, geç. m.21’de 2108

2 RG.16.6.2006, 26200.

Sayılı Yasa'ya ilişkin geçiş hükümleri, geç. m.22'de Anonim şirket kurucu ortaklarının sigortalılıklarına ilişkin geçiş hükümleri, geç. m.23'de Sosyal güvenlik prim yapılandırması bozulanlara ilişkin hükümler, geçici m.24 ve geç.m. 25'de Sosyal güvenlik alacaklarına ilişkin hükümler yer almıştır.

Bu hükümler, belli bir süre sonra yürürlükten kalkacak olmakla birlikte, eski sigortalılar ve kazanılmış haklar yönünden son derece önemlidir.

## **Ş 2. SOSYAL GÜVENLİK YASALARINA İLİŞKİN GEÇİŞ HÜKÜMLERİ**

Geçici 1. maddenin 1. fıkrasında, 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.10.2008 tarihinden önce, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'na tâbi olanların her türlü hak ve yükümlülüklerinin 5510 S. Kanun m. 4/1- (a) kapsamında, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve bu Kanun ile mülga 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na tâbi olanların her türlü hak ve yükümlülüklerinin 5510 S. Kanun m.4/1- (b) kapsamında, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na tâbi olanların her türlü hak ve yükümlülüklerinin 5510 S. Kanun m. 4/1- (c) kapsamında kabul edileceği düzenlenmiştir.

Sonraki düzenlemelerde, her bir sosyal güvenlik yasasına ilişkin farklı geçiş hükümleri ile bu Kanunlara ilişkin ortak hükümler yer almıştır. Burada da, önce her bir sosyal güvenlik kanununa ilişkin düzenlemeler ayrı ayrı ele alınacak, daha sonra bu kanunlara ilişkin ortak hükümler incelenecektir.

### **I. 506 SAYILI KANUN'A İLİŞKİN HÜKÜMLER**

#### **1.Yaşlılık Aylığı ile İlgili Hükümler**

##### **a) Normal Emeklilik Koşulları**

1.10.2008 tarihinde 5510 S. Kanun'un 106 maddesi ile yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında çalışmaya başlayan sigortalıların emekliliğe hak kazanmaları açısından üç ayrı grup mevcuttu.<sup>(3)</sup>

İlk gruba girenler, 4447 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 8.9.1999'dan

---

3 Sözer, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Sosyal Sigortalara İlişkin Hükümleri Üzerine, s.131;Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, s.358.

önce sigortalı olup, bu tarih itibariyle emekliliğe hak kazanmış olanlar ve sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ile 23 yıl ve daha fazla olan erkeklerdir.<sup>(4)</sup> Bunlar, halen çalışmakta da olsalar, kadınlar 20, erkekler 25 yıllık sigorta süresini doldurup, 5000 gün prim ödediklerinde yaş şartı aranmaksızın emekli olabileceklerdir (506 s.K. geç m. 81/A).<sup>(5)</sup>

İkinci gruba girenler, 8.9.1999 tarihi itibariyle sigortalılık süresi 18 yıldan az kadınlar ile 23 yıldan az erkeklerdir. Bu gruptakiler kademeli geçiş koşullarına tabidirler (506 s.K. geç.m. 81/B).<sup>(6)</sup>

Üçüncü gruptakiler 8.9.1999 tarihinde ilk kez çalışmaya başlayanlardır. 58 yaşını tamamlayan kadınlar ve 60 yaşını dolduran erkekler, en az 7000 gün prim ödediklerinde veya aynı yaşları tamamladıklarında 25 yıldan beri sigortalı olmaları ve en az 4500 gün prim ödemeleri koşuluyla, emekli olabileceklerdir (506 s.K. m. 60/A).

İşte 506 s.K. m. 60/A'daki bu düzenleme 5510 Sayılı Kanun'un geçici 9. maddesinin 1. fıkrasında aynen tekrarlanmıştır: "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olup da 8/9/1999 tarihinden 30/4/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar; kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 7000 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla veya kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar". Böylece, 08.09.1999 ile 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.4.2008 tarihleri arasında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında ilk kez sigortalı olanların, sigortalı oldukları gündeki geçerli koşullarla yaşlılık aylığına hak kazanma olanakları korunmuştur.

---

4 Bilindiği gibi 08.09.1999 tarih ve 4447 Sayılı Kanun'un 17'inci maddesi ile 506 SAYILI KANUN'A eklenen geçici 81'inci madde ile yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları açısından 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar için bir geçiş dönemi öngörülmüştür. 4447 S. Kanun ile yapılan değişiklikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Güzel, 4447 Sayılı Kanun İle 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, s. 1833- 1862.

5 Bunların hakkı saklı tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi ve geçiş dönemi tabloları için bkz.: Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 440-441.

6 4447 Sayılı Kanun ile ilgili bu geçiş dönemine ilişkin düzenlemelerin değerlendirilmesi için bkz.: Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 442-444; Güzel/Okur, Yaşlılık Aylığının Son Mağdurları 09.09.1999-22.05.2002 Kuşağı, s. 25-26.

**08.09.1999 ile 30.04.2008 tarihleri arasında ilk defa sigortalı olanlar için geçiş dönemi Emeklilik Seçenekleri**

**I. Seçenek**

Koşullar	Ödenecek Prim Günü	Doldurulacak Yaş	
		Kadınlarda	Erkeklerde
8.9.1999 - 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olma	7000	58	60

**II. Seçenek**

Koşullar	Sigortalılık Süresi	Ödenecek Prim Günü	Doldurulacak Yaş	
			Kadınlarda	Erkeklerde
8.9.1999 - 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olma	25 Yıl	4500	58	60

Sosyal güvenlik reformu ile emekli olma şartları açısından farklı sigortalı gruplar ortaya çıkmıştır. 5510 Sayılı Kanun ile emekli olma bakımından mevcut emeklilik gruplarına üç yeni grup daha eklenmiştir:<sup>(7)</sup>

aa) 1.10.2008–31.12.2035 tarihleri arasında sigortalı olacaklar, kadınlar 58, erkekler 60 yaşını doldurunca emekli olabileceklerdir (5510 s.K. m. 28/2-a). Prim ödeme gün sayısı ise 4/I-a'lılar için 7200 gün olarak uygulanacaktır. <sup>(8)</sup>

**1.10.2008-31.12.2035 geçiş dönemi prim tablosu**

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Doldurulacak Yaş	
		Kadınlarda	Erkeklerde
1.10.2008 - 31.12.2035	9000 (4/I-a'lılar için 7200)	58	60

bb) 1.1.2036-31.12.2047 arasında sigortalı olacak 4/I-a'lı ve 4/I-b'liler 9000 gün, 4/I-c'liler 7200 gün prim ödeyecek, yaş da kademeli olarak kadınlarda 58 ve erkeklerde 60'dan, her yıl birer basamak yükseltilerek 1.1.2048'de ortak yaş olarak 65'e ulaşılacaktır.

7 Bkz. Sözer, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Sosyal Sigortalara İlişkin Hükümleri Üzerine, s.131-132.

8 5510 Sayılı Kanun'un ilk şeklinde 9000 günlük prime 20 yılda geçilmesini öngören bir geçiş süreci öngörülmüştü. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nun Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme, s. 228-229.

**1.1.2036-31.12.2048 geçiş dönemi yaş tablosu**

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Doldurulacak Yaş	
		Kadınlarda	Erkeklerde
1.1.2036 - 31.12.2037	9000 (4/I-a, 7200)	59	61
1.1.2038 - 31.12.2039	9000 (4/I-a, 7200)	60	62
1.1.2040 - 31.12.2041	9000 (4/I-a, 7200)	61	63
1.1.2042 - 31.12.2043	9000 (4/I-a, 7200)	62	64
1.1.2044 - 31.12.2045	9000 (4/I-a, 7200)	63	65
1.1.2046 - 31.12.2047	9000 (4/I-a, 7200)	64	65
1.1.2048	9000 (4/I-a, 7200)	65	65

cc) İlk kez 1.1.2048 tarihinden sonra sigortalı olacaklar 9000 gün, 4/I-a'lılar 7200 gün prim ödemek ve kadın ve erkek 65 yaşını doldurmak koşulu ile emekli olabileceklerdir (5510 s.K. m.28/2 -(b), 7).

**b) Diğer Emeklilik Koşulları****aa) İleri Yaştakiler Açısından**

5510 s. K.'nun 28. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bu düzenlemeye göre, "Sigortalılar, ikinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün maddeli aylığından yararlanabilirler". Benzer bir düzenleme 506 Sayılı Kanunda da bulunmaktadır. Kadınlar 58, erkekler ise 60 yaşını doldurmuş olmak, 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün prim ödemek koşuluyla yaşlılık aylığına hak kazanabilmektedirler (506 s.K. m. 60/I,A-b).

"İleri yaştakiler için kolaylaştırılmış emeklilik"<sup>(9)</sup> olarak da adlandırılabileceğimiz m. 28/3'deki bu düzenlemeye göre, emekli olabilmek için ödenmesi gereken prim miktarı 9000 günden 5400 güne indirilmekte, buna karşılık doldurulması gereken yaş, üç yıl artırılmaktadır. Yani, m.28/2- (a)'daki erkekler için 60, kadınlar için 58 olan emeklilik yaşı sırasıyla 63'e ve 61'e çıkarılmaktadır. Böylece yaş koşulunu yerine getiren kişiler 15 yıllık çalışmayla (5400:360= 15) yaşlılık aylığına hak kazanabileceklerdir. Bu düzenleme ile 5510 S. Kanun'un ilk şeklinde 1.1.2048'den sonra kadın ve erkekler için 65 olan emeklilik yaşı 68'e yükselmekteydi.<sup>(10)</sup> Bu düzenleme de Uluslararası Ça-

9 Bkz. Şakar, SSK'lıların Adı "4/a'lı" Oldu!, s. 94-95.

10 Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz.: Okur, Sosyal Güvenlik Reformu:Uzun Dönemli Sigorta Dallarını, s. 111; Caniklioğlu, Sosyal Sigorta Hakları ve Yükümlülükleri, s. 172; Ergin, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme, s. 230.

İşma Örgütü'nün (ILO) "Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi"nin 26. maddesine aykırılık oluşturmak-taydı. Çünkü, 102 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 26. m.'ne göre, yaşlılık yardımlarının yapılabilmesi için mevzuatla belirlenecek yaş haddinin 65 yaşından yukarı olmaması gerekmektedir. Bunun için 28. m.'nin 2. fıkrasına 65 yaşını geçmemek üzere ibaresi 5754 Sayılı Kanun<sup>(11)</sup> ile eklenmiştir.

İleri yaştakiler için kolaylaştırılmış bu emeklilikte de bir geçiş sürecine yer verilmiştir. 28. maddede belirtilen 5400 günlük süre ilk defa; 30.4.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4600 gün, 1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4600 güne 100 gün eklenmek suretiyle 5400 günü geçmemek üzere uygulanacaktır (Geçici m. 6/VIII-b,1,2).

### 1.1.2009–31.12.2047 ileri yaştakiler için geçiş dönemi tablosu

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Doldurulacak Yaş	
		Kadınlarda	Erkeklerde
30.4.2008 - 31.12.2008 tarihleri arasında ilk defa sigortalı olanlar için	4600	61	63
1.1.2009 - 31.12.2009	4700	61	63
1.1.2010 - 31.12.2010	4800	61	63
1.1.2011 - 31.12.2011	4900	61	63
1.1.2012 - 31.12.2012	5000	61	63
1.1.2013 - 31.12.2013	5100	61	63
1.1.2014 - 31.12.2014	5200	61	63
1.1.2015 - 31.12.2015	5300	61	63
1.1.2016 - 31.12.2035	5400	61	63
1.1.2036 - 31.12.2037	5400	62	64
1.1.2038 - 31.12.2039	5400	63	65
1.1.2040 - 31.12.2041	5400	64	65
1.1.2042 - 31.12.2042	5400	65	65
1.1.2043	5400	65	65

#### bb) Maden İşçileri Açısından

5510 Sayılı Kanun'un 28. m.'nin 6. fıkrasına göre Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işlerinde sürekli veya münavebeli olarak en az 20 yıldan beri çalışan sigortalılar 55 yaşında emekli olabileceklerdir.

5510 S. Kanun'un yürürlük tarihinden, yani 1.10.2008 tarihinden önce 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı sayılan maden işçi-

11 17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ( RG. 8.5.2008, 26870).

lerinin emekliliği için geçici 9. m.'nin 6. fıkrasına üç alternatif emeklilik seçeneği getirilmiştir.

**1. Seçenek:** En az 20 yıldan beri Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde sürekli çalışan ve bu işlerde en az 5000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeyen sigortalılara m.28/2-a'daki yaş şartı aranmaksızın yaşlılık aylığı bağlanabilecektir.

Koşullar	Ödenecek Prim Günü	Sigortalılık Süresi	Yaş Şartı
1.10.2008 tarihinden önce 506 s. Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı olma	5000	20 yıl	Yok

**2. Seçenek:** En az 25 yıldan beri Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı münavebeli işlerinde sürekli çalışan ve bu işlerde en az 4000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeyen sigortalılara m.28/II-a'daki yaş şartı aranmaksızın yaşlılık aylığı bağlanabilecektir.

Koşullar	Ödenecek Prim Günü	Sigortalılık Süresi	Yaş Şartı
1.10.2008 tarihinden önce 506 s. Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı olma	4000	25 yıl	Yok

**3. Seçenek:** 50 yaşını dolduran ve malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi çalışmalarının en az 1800 gününü Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde geçirmiş olan sigortalılara da yaşlılık aylığı bağlanır.

Koşullar	Ödenecek Prim Günü	Doldurulacak Yaş
1.10.2008 tarihinden önce 506 s. Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı olma	1800	50

Maden ocakları (elementer cıva bulunduğu saptanan cıva maden ocakları hariç), kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altında yapılan işlerde çalışanlar için her 360 güne karşılık 180 gün fiili hizmet zammı ödenir.

Geçici 9. maddenin 6. fıkrasına göre, 1.10.2008 tarihinden önce 5. fıkra da belirtilen işlerde çalışmaya başlayan sigortalıların, 1.10.2008 tarihinden önce veya sonra bu işlerde geçen çalışmalarının en az 1800 gün olması halinde bu çalışmalarının dörtte biri toplam prim ödeme gün sayılarına ilave edilir. Bunlar için malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, sigortalının prime esas kazancının % 23'üdür. Bunun % 9'u sigortalı hissesi, % 14'ü de işveren hissesidir. 1.10.2008 tarihinden sonra ilk defa maden işyerlerinin yeraltı veya yeraltı münavebeli işlerde çalışmaya başlayanlar hakkında, 5510 S.Kanundaki fiili hizmet zammı süresine ait hükümleri uygulanır.

cc) *Maluller Açısından*

aaa) *İlk defa 5510 S. Kanuna tabi çalışacaklar için*

5510 S. Kanun'un 28. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında iki grup malul ele alınmış ve hangi koşullarla yaşlılık aylığına hak kazanacakları düzenlenmiştir.

aaaa) *Kayıp oranı en az % 60 olan malüller*

Bunlar 5510 S. Kanun'un 25. maddesine göre malul sayılanlardır. 25. maddeye göre 4/I-a ve 4/I-b bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını, 4/I-c kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az % 60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilen sigortalı, malül sayılır.

Ancak, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün % 60'ını veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalı bu hastalık veya özürlü sebebiyle malüllük aylığından yararlanamaz (5510 s.K. m.25/II). İşte bu durumdakilere 5510 Sayılı Kanun'un 28/4. maddesi yaşlılık aylığı bağlanmasını öngörmüştür. Bunun için sigortalının:

- Çalışmaya başladığı sırada 25. maddeye göre malul olması,
- 15 yıldan beri sigortalı olması,
- 3960 gün (11 yıl) malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi ödemiş olması aranır.

Böylece malul sigortalıya 33 yaşını doldurunca (18+15) yaşlılık aylığı bağlanabilecektir.

Geçici 6. maddeye göre kademeli geçiş uygulanarak, belirtilen 3960 günlük süre ilk defa; 1.10.2008 ila 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar için 3700 gün olarak, 1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise, her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 3960 günü geçmemek üzere uygulanacaktır (5510 s.K. Geç. m. 6/7-c, 1,2).

**1.10.2008 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olan ve malullük oranı %60'ın üzerindeki için emeklilik geçiş dönemi tablosu**

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Sigortalılık Süresi	
		Kadınlarda	Erkeklerde
1.10.2008 - 31.12.2008	3700	15 yıl	15 yıl
1.1.2009 - 31.12.2009	3800	15 yıl	15 yıl
1.1.2010 - 31.12.2010	3900	15 yıl	15 yıl
1.1.2011 - 31.12.2011	3960	15 yıl	15 yıl
1.1.2012	3960	15 yıl	15 yıl

*bbbb) Kayıp oranı % 60'ın altında olanlar*

28. maddenin 5. fıkrasında sakatlara bağlanacak yaşlılık aylığı konusunda kolaylaştırılmış iki imkan daha getirilmiştir. Burada sigortalılık süresi ve prim gün sayısı artırılmış, sadece çalışma gücü kaybı dikkate alınarak bir kademe-lendirme yapılmış, meslekte kazanma gücü dikkate alınmamıştır. Buna göre;

a) Çalışma gücü kayıp oranları % 50–59 arasında olanlar en az 16 yıl sigortalı olma ve 4320 gün (12 yıl) prim ödeme koşuluyla, 34 yaşını doldurunca (18+16) yaşlılık aylığına hak kazanacaktır.

b) Çalışma gücü kayıp oranları, % 40–49 arasında olanlar ise, en az 18 yıl sigortalı olma ve 4680 gün (13 yıl) prim ödeme koşuluyla, 36 yaşını dol-durunca (18+18) yaşlılık aylığına hak kazanacaklardır.

Geçici 6. maddeye göre kademeli geçiş ile yukarıda belirtilen 4320 gün-lük süre ilk defa; 1.10.2008 ila 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayı-lanlar için 3700 gün olarak, 1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılan-lar için ise, her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4320 günü geçmemek üzere uygulanacaktır (Geç. m.6/VII-d,1,2).

Yine kademeli geçiş ile yukarıda belirtilen 4680 günlük süre ilk defa; 1.10.2008 ila 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4100 gün olarak, 1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4100 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4680 günü geç-memek üzere uygulanacaktır (Geç. m. 6/VII-e,1,2).

**Çalışma gücü kayıp oranı %50-59 arasında olanlar için emeklilik geçiş dönemi tablosu (1.10.2008 - 31.12.2015)**

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Sigortalılık Süresi	
		Kadınlarda	Erkeklerde
1.10.2008 - 31.12.2008 (1.1.2007)	3700	16 yıl	16 yıl
1.1.2009 - 31.12.2009	3800	16 yıl	16 yıl
1.1.2010 - 31.12.2010	3900	16 yıl	16 yıl
1.1.2011 - 31.12.2011	4000	16 yıl	16 yıl
1.1.2012 - 31.12.2012	4100	16 yıl	16 yıl
1.1.2013 - 31.12.2013	4200	16 yıl	16 yıl
1.1.2014 - 31.12.2014	4300	16 yıl	16 yıl
1.1.2015 - 31.12.2015	4320	16 yıl	16 yıl
1.1.2016	4320	16 yıl	16 yıl

**Çalışma gücü kayıp oranı %40-49 arasında olanlar için emeklilik geçiş dönemi tablosu (1.10.2008 - 31.12.2014)**

Tarihler	Ödenecek Prim Günü	Sigortalılık Süresi	
		Kadınlarda	Erkeklerde
1.10.2008 - 31.12.2008	4100	18 yıl	18 yıl
1.1.2009 - 31.12.2009	4200	18 yıl	18 yıl
1.1.2010 - 31.12.2010	4300	18 yıl	18 yıl
1.1.2011 - 31.12.2011	4400	18 yıl	18 yıl
1.1.2012 - 31.12.2012	4500	18 yıl	18 yıl
1.1.2013 - 31.12.2013	4600	18 yıl	18 yıl
1.1.2014 - 31.12.2014	4680	18 yıl	18 yıl
1.1.2015	4680	18 yıl	18 yıl

*bbb) 1.10.2008 tarihinden önce ilk defa sigortalı olanlar için*

5510 S. Kanun'un "506 Sayılı Kanun'un malullük sakatlık hükümleri ile sosyal güvenlik destek primi ödemesi geçiş hükümleri" başlıklı geçici 10. m.'nin 1. fıkrasında, ilk defa çalışmaya başladıkları tarihte malul sayıldıkları için, malullük aylığı bağlanamayanların alacakları yaşlılık aylığı düzenlenmiştir. Bu hükme göre: m. 4/1- (a) kapsamında olup, 1.10.2008 tarihinden önce ilk defa sigortalı olanlardan, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 53. maddesine göre malul sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya özürü bulunan ve bu nedenle malullük aylığından yararlanamayan sigortalılar, yaşları ne olursa olsun en az onbeş yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar.

Benzer bir hükme 5510 S.Kanun'un 28/4. maddesinde de yer verilmiştir. Ancak 28.maddede 3960 gün (11 yıl) prim koşulu öngörülmüş, geçici 10.maddede ise 3600 gün (10 yıl) prim şartı aranmıştır.

5510 S. Kanun'un 26. m.'ne göre malullük aylığı bağlanabilmesi için, "En az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması" gerekmektedir. <sup>(12)</sup>

506 Sayılı Kanun ise toplam 1800 gün, veya en az beş yıldan beri sigortalı olup ortalama 180 gün (beş yıl için toplam 900 gün) prim ödemiş olma şartını aramaktaydı. 5510 S. Kanunda sadece başkasının bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için en az beş yıldan beri sigortalılık ve toplam 900 gün prim ödeme koşulu arandığından, prim ödeme yükü artırılmış, dolayısıyla malullük aylığı koşulları ağırlaştırılmıştır. <sup>(13)</sup> Zira yeni Kanunda en az 10 yıldan beri sigortalı olup 1800 gün prim ödenmişse malullüğe hak kazanılabilmektedir. Eski düzenlemeye göre sigortalılık süresi 5 yıldan 10 yıla çıkarılmış, başkasının bakımına muhtaç derecede malul sigortalıların 900 gün prim ödeyerek malullük aylığından yararlanabilme hakları ellerinden alınmıştır.

506 Sayılı Kanun ise üç ayrı grubu malul saymaktaydı:

- Çalışma gücünün 2/3 sini kaybedenler (506 s.K. m. 53/A, 1, a),
- Hastalık sonucu çalışma güçlerinin 2/3 sini kaybedenler (506 s.K. m. 53/A, 1, b),
- İş Kazası Meslek Hastalığı sonucu meslekte kazanma güçlerinin % 60 ını kaybedenler (506 s.K. m. 53/A, 1, c).

5510 S. Kanunda, 506 S. Kanun'dan farklı olarak, sigortalının malul sayılması için ya çalışma gücünün ya da iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60 oranında kaybedilmesi gerekli görülmüştür ( 5501 s.K. m.25 /1). Hastalık sonucu çalışma gücünün kaybı, malullük halleri arasından çıkarılmıştır.

Sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış durumda olan sigortalılar, yaşları ne olursa olsun, en az 15 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3600 gün primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanabiliyorlardı. 506 Sayılı Kanun'un 60. maddesinin (C) fıkrasının (b) alt bendinde 4958 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile sa-

12 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Caniklioğlu, 5510 SAYILI KANUN'A Göre Malullük Aylığı, s. 145-161.

13 Şakar, SSK'lıların Adı "4/a'lı" Oldu!, s. 94.

katlık vergi indirimi belgesi olanların yaşlılık aylığından yararlanma şartları yeniden düzenlenmiştir. <sup>(14)</sup> Bu değişiklikten sonra;

Sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış durumda olan sigortalılardan: 06.08.2003 tarihine göre;

- I. derecede sakatlığı olanlar yaşları ne olursa olsun en az 15 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak,

- II. derecede sakatlığı olanlar yaşları ne olursa olsun en az 18 yıldan beri sigortalı olmak ve en az 4000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak,

- III. derecede sakatlığı olanlar yaşları ne olursa olsun en az 20 yıldan beri sigortalı olmak ve en az 4400 gün,

malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şartıyla yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir.

4958 Sayılı Kanun ile sakatlık vergi indirim belgesi olanların sakatlık derecelerine göre yaşlılık aylığından yararlanma koşullarını değiştirdiği gibi bu durumda olanların hemen etkilenmelerini önlemek amacıyla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na geçici 87. madde eklenmiştir. Geçici 87'inci maddeyle, sakatlık vergi indiriminden yararlananların, bu maddenin yürürlüğe girdiği 6 Ağustos 2003 tarihindeki sigortalılık süresine göre emeklilikte kademeli bir yaş haddi getirmiştir.

Geçici 87. maddeye göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanun'un 60. maddesinin (C) bendinin (b) alt bendinde yapılan değişikliğin uygulanmasında; bu maddenin yürürlüğe girdiği 06.08.2003 tarihinde;

a) 12 yıl ve daha fazla sigortalılık süresi bulunanlar hakkında sakatlık derecesi ne olursa olsun bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümler uygulanır.

b) 9 yıldan fazla 12 yıldan az sigortalılık süresi bulunup II. derece sakatlığı olanlar 15 yıl 8 ay sigortalılık süresi ve 3680 gün,

9 yıldan fazla 12 yıldan az sigortalılık süresi bulunup III. derece sakatlığı olanlar 16 yıl sigortalılık süresi ve 3760 gün,

c) 6 yıldan fazla 9 yıldan az sigortalılık süresi bulunup II. derece sakatlığı olanlar 16 yıl 4 ay sigortalılık süresi ve 3760 gün,

---

14 29.7.2003 tarihli 4958 Sayılı Yasa, RG.6.8.2003, 25191.

6 yıldan fazla 9 yıldan az sigortalılık süresi bulunup III. derece sakatlığı olanlar 17 yıl sigortalılık süresi ve 3920 gün,

d) 3 yıldan fazla 6 yıldan az sigortalılık süresi bulunup II. derece sakatlığı olanlar 17 yıl sigortalılık süresi ve 3840 gün,

3 yıldan fazla 6 yıldan az sigortalılık süresi bulunup III. derece sakatlığı olanlar 18 yıl sigortalılık süresi ve 4080 gün,

e) 3 yıldan az sigortalılık süresi bulunup II. derece sakatlığı olanlar 17 yıl 8 ay sigortalılık süresi ve 3920 gün,

3 yıldan az sigortalılık süresi bulunup III. derece sakatlığı olanlar 19 yıl sigortalılık süresi ve 4240 gün,

Malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar.

## **2. Topluluk Sigortası İle İlgili Hükümler**

### **a) Topluluk sigortası uygulamasının sona ermesi**

1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5510 Sayılı Kanun'un 106. maddesi ile serbest çalışan avukatların sosyal güvenliklerinin topluluk sigortası yoluyla sağlanmasına ilişkin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 186, 188 ve 191. maddeleri ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 86. maddesi yürürlükten kaldırıldığından, topluluk sigortası uygulamaları da 1.10.2008 tarihinde sona ermiştir. <sup>(15)</sup>

Ancak, topluluk sigortasından yararlananlar açısından geçiş hükümleri getirilmiştir. 5510 S. Kanun'un geçici 6. m.'nin 4. f.'na göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 86 ncı maddesi hükmüne göre topluluk sigortasına tâbi olanların ödedikleri iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri genel sağlık sigortası dahil 5510 S. Kanuna göre ödenmiş sayılır. Bu süreler yatırıldıkları sigorta kolları bakımından başlangıç süresi ve prim ödeme gün sayısı olarak kabul edilir (5510 s.K. geç. m. 6/4).

Serbest çalışan avukatlar 1.10.2008 tarihinden itibaren 5510 Sayılı Kanun'un m. 4/I-b kapsamında sigortalı ve genel sağlık sigortalısı sayılacak ve haklarında malullük, yaşlılık, ölüm, iş kazası ve meslek hastalığı

15 Tasarıdaki Topluluk Sigortalılığı ile ilgili hükümler için bkz.: Akın, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, s. 46-47.

sigortaları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanacaktır (5510 s.K. geç. m.6).

**b) Kuruma Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi verilmesi**

5510 S. Kanun'un yürürlük tarihi (1.10.2008) itibarıyla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanun'un mülga 86 ncı maddesine göre malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından topluluk sigortasına devam edenler, 5510 S. Kanun'un 4. maddesi kapsamında durumları değerlendirilerek, durumlarına uyan bent kapsamında sigortalı sayılacaktır. Bunların kendileri veya işverenleri tarafından verilmesi gereken belgeler en geç üç ay içinde Kuruma verilmek zorundadır (5510 s.K. geç. m. 6/5).

Bu bağlamda 1.10.2008 tarihinden önce topluluk sigortasına devam etmekte olan avukatların Kanun'un m. 4/I-b kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumu'na tescil işlemleri topluluk sigortası kayıtları esas alınarak Kurumca sağlanacak olmakla birlikte, kayıtların doğrulanabilmesi için avukatların da Kanun'un yürürlük tarihinden üç ay içerisinde, yani 31.12.2008 tarihine kadar, örneği Kurumca hazırlanan "Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi"ni doldurarak Kuruma vermeleri gerekmektedir (5510 s.K. geç. m. 6). 1.10.2008 tarihinden sonra serbest avukat olarak çalışmaya başlayacak olanların Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmeleri için ilgili vergi daireleri görevli kılınmıştır, söz konusu avukatların ayrıca bildirim yapma yükümlülüğü yoktur (5510 s.K. m. 8).

**3. Diğer Geçiş Hükümleri****a) Sigortalılık Süresi**

Geçici 6. maddenin 1. fıkrasına göre, 506 SAYILI KANUN'A göre 1.4.1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar hakkında, 5510 S. Kanun'un 38 inci maddesini ikinci fıkrasındaki sigortalılık süresinin 18 yaşın doldurulduğu tarihten başlayacağına ilişkin hükmü uygulanmaz. Bu düzenleme ile 1.4.1981 tarihinden önce 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerine göre tescili yapılmış olanların, 18 yaşın altında geçen prim ödeme gün sayılarının 5510 SAYILI KANUN'A göre geçerli kabul edilmesi sağlanmaktadır.

**b) Sosyal Yardım Zammı**

Geçici 1. maddenin 3. fıkrasına göre, 1.10.2008 tarihi itibarıyla 506 sayılı ve 1479 Sayılı Kanunlara göre ödenmekte olan sosyal yardım zammı ile telafi edici ödeme tutarları, 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte öde-

nen tutarlar esas alınarak, ilgililerin gelir ve aylıklarına ilâve edilerek ödenir. Sosyal yardım zammının ilavesinde tamamı dağıtılacak şekilde, hak sahiplerinin gelir ve aylıklardaki hisseleri esas alınır.

Geçici 6. m.'nin 2. fıkrası'na göre "506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga ek 24 üncü maddesinde sayılan kurum ve kuruluşlarca, kuruma ödenmeyen sosyal yardım zamları, Hazine tarafından ilgili kurum ve kuruluşlardan tahsil edilmek üzere Kuruma ödenir". Bu düzenleme ile de Kamu kurumlarının sosyal yardım zammı borçlarının Hazine tarafından ödeneceği ve karşılığının Hazine tarafından ilgili kurumlardan tahsil edileceği hükme bağlanmıştır.

### **c) İşyeri Tescili**

Geçici 6. m.'nin 3. f.'na göre, 506 Sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmış olan işyeri tescilleri, 5510 S. Kanun hükümlerine göre yapılmış sayılır. Kamu idarelerinden bu şekilde işyeri tescili bulunmayanlar, 11 inci maddede belirtilen işyeri bildirdesini 5510 S. Kanun'un yürürlük tarihinden (1.10.2008) itibaren onbeş gün içinde Kuruma vermek zorundadır. İşyeri bildirdesinin bu süre içinde Kuruma verilmemesi durumunda, 102 nci maddenin (b) bendi gereğince idarî para cezası uygulanır (geç. m.6/3). 5510 S. Kanun'un 102/1-(b) bendine göre, yasanın 11. maddesinde belirtilen bildirgeyi, Kurumca belirlenen şekle bblve usûle uygun vermeyenler veya Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde, anılan ortamda göndermeyenler veya bu Kanunda belirtilen süre içinde Kuruma vermeyenlere;

- Kamu idareleri ile bilanço esasına göre defter tutmak zorunda olanlar için asgarî ücretin üç katı tutarında,

- Diğer defterleri tutmak zorunda olanlar için asgarî ücretin iki katı tutarında,

- Defter tutmakla yükümlü olmayanlar için bir aylık asgarî ücret tutarında, idarî para cezası uygulanır.

### **d) 991 Sayılı Kanun**

Geçici 6. m.'nin 6. f.'na göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanun'un mülga 96 ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre Sosyal Sigortalar Kurumuna devir olan sandıklardan 23/1/1968 tarihli ve 991 Sayılı Kanun'un geçici 2 nci maddesine göre bağlanmış emekli, adi malûllük veya vazife malûllüğü aylıkları ile 23/1/1968 tarihli ve 991 Sayılı Kanun'un geçici 1 inci mad-

desinin birinci fıkrasına göre Kurumca bağlanan aylıklarla dul ve yetim aylıkları (aylık alan tek kişi de olsa) toplamı, net asgari ücretin % 70'inden aşağı olamaz.

Bu düzenleme ile 506 Sayılı Kanun'un mülga 96. maddesine göre Sosyal Sigortalar Kurumuna devredilen sandıklarca mülga 991 Sayılı Kanun'un geçici 1 inci maddesine göre Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan aylıklara ilişkin alt sınır % 35'den %70'e yükseltilmektedir.<sup>(16)</sup>

### **e) İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkelerde Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliği**

Geçici 6. maddenin son fıkrasına göre, Sosyal Güvenlik Sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş üstlenen işverenlerce çalıştırılmak üzere bu ülkelere götürülen Türk işçilerinden, 1.10.2008 tarihinden önce sadece malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi topluluk sigortasına devam edenler ile isteğe bağlı sigortalı olarak söz konusu ülkelere götürülmüş olan sigortalıların, 5510 s. K. m.5/g bendi kapsamında sigortalılıkları 1.10.2008 tarihinden itibaren üç ay içerisinde işverenlerince sağlanır ve buna ilişkin yükümlülükler yerine getirilir.” (geç. m.6/son).

### **f) Prime Esas Kazancın Beyanı**

Eskiden Bağ-Kur'lu olup da daha sonra 5510 S. Kanun m. 4/I-b kapsamına alınan sigortalıların prime esas kazançlarını hangi kriterlere göre beyan edecekleri konusu geçici 15. maddede düzenlenmiştir. Bu maddede Sosyal Güvenlik Kurumu'na 4/I-b'li sigortalıların prime esas kazançlarını beyan etmek için süre belirleme yetkisi verilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu, hem Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde, hem de çıkarmış olduğu tebliğde, 4/I-b'li sigortalıların prime esas kazançlarını en geç 31.12.2008 tarihine kadar belirleyerek Kuruma bildirmeleri gerektiğini belirtmiştir.

1.10.2008 tarihinden önce sigortalı olarak kaydı ve tescili yapılmış olanların 5510 S. Kanun'un 80. maddesine göre belirlenen prime esas kazançlarını Kurumca belirlenecek sürede beyan etmemeleri halinde, ödeyecekleri aylık primler beyanda bulununcaya kadar daha önce ödemiş oldukları gelir basamaklarına karşılık gelen tutarlar üzerinden alınacaktır. Ancak, bu tutarlar 82. maddede belirtilen asgari günlük kazanç alt sınırına göre hesap-

---

16 Bkz. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası madde gerekçeleri, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1139m.htm> (31.12.2006).

lanan aylık prime esas kazanç tutarından az olamayacaktır (geç. m.15/2).

#### **g) Köy Muhtarları**

1.10.2008 tarihinden önce 2108 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine göre muhtar seçildikleri tarih itibarıyla 1479 SAYILI KANUN'A göre kayıt ve tescilleri yapılan köy muhtarlarından; 5510 S. Kanun'un m. 4/I-b bendinin (1) numaralı alt bendi hükümlerine göre sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin 1.10.2008 tarihinden itibaren altı ay içinde yazılı talepte bulunmaları halinde sigortalılıkları aynen devam ettirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar hakkında ise 5510 S. Kanun hükümleri uygulanır.

#### **h) Anonim şirket kurucu ortakları**

Geçici 22. maddeye göre, 5510 S. Kanun'un m. 4/I-b bendinin (3) numaralı alt bendinde belirtilen anonim şirketlerin kurucu ortaklarından daha önce 1479 Sayılı Kanun'un 24 üncü maddesine tabi olarak sigortalı olanlardan sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin 1.10.2008 tarihinden itibaren altı ay içinde yani 1.4.2009 tarihine kadar yazılı talepte bulunmaları halinde sigortalılıkları aynen devam ettirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanların sigortalılıkları ise 1.10.2008 tarihi itibarıyla sona erer.

## **II. 1479 SAYILI KANUN'A İLİŞKİN HÜKÜMLER**

### **1. Yaşlılık Aylığı**

Geçici 9. maddenin 2. fıkrasına göre, 4/I-b kapsamında olup da 8.9.1999 tarihinden 30.4.2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve 25 tam yıl sigorta primi ödemiş olması şartıyla tam yaşlılık aylığından veya kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını doldurması ve en az 15 tam yıl malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemesi şartıyla kısmi yaşlılık aylığından yararlanırlar.

30.4.2008 tarihine kadar Bağ-Kur kapsamında ilk defa sigortalı sayılanlar, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve en az 25 tam yıl malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemek şartıyla tam yaşlılık aylığından yararlanma olanakları korunmuştur (geç. m. 9/2).<sup>(17)</sup>

17 Burada 1479 Sayılı Kanun'un 35/II. maddesi tekrarlanmıştır.

**8.9.1999 – 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar için tam yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları**

Geçiş Dönemi Koşulu	Sigortalılık Süresi	Doldurulacak Yaş	
		Kadınlarda	Erkeklerde
8.9.1999 - 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olma	25 tam yıl	58	60

30.4.2008 tarihine kadar Bağ-Kur kapsamında ilk defa sigortalı sayılanlar, kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını doldurmak ve en az 15 tam yıl malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemek şartıyla kısmi yaşlılık aylığından yararlanma olanakları korunmuştur. 5400 gün (15x360=5400) prim ödeme koşulunu yerine getirmeleri ile emekli olabileceklerdir (geç. m. 9/2).

**8.9.1999 – 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar için kısmi yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları**

Geçiş Dönemi Koşulu	Sigortalılık Süresi	Doldurulacak Yaş	
		Kadınlarda	Erkeklerde
8.9.1999 - 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olma	En az 15 tam yıl	60	62

## 2. Kayıt ve Tescil

5510 S. Kanun'un "1479 SAYILI KANUN'A ilişkin geçiş hükümleri" başlıklı geçici 8. m.'nin 1. f.'na göre, 4/I-b kapsamında sigortalı niteliği taşıdıkları halde 1.10.2008 tarihinden önce kayıt ve tescilini yaptırmamış olanların sigortalılık hak ve yükümlülüğü, 1.10.2008 tarihinden itibaren başlar.

## III. 2925 SAYILI KANUN'A İLİŞKİN HÜKÜMLER

2925 Sayılı Kanun kapsamındaki tarım işçileri de 8.9.1999 tarihinden 5510 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihine kadar ilk defa sigortalı olanlar kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 15 yıldan beri sigortalı olup 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemek şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar (Geçici m. 9/4). Bu düzenleme 2925 Sayılı Kanun'un 20. maddesindeki koşulların tekrarıdır. Böylece, 08.09.1999 ile 30.4.2008 günleri arasında 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında ilk kez sigortalı olanların, sigortalı oldukları günde geçerli koşullarla yaşlılık aylığına hak kazanma olanakları korunmuştur.

### 8.9.1999 – 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar için yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları

Geçiş Dönemi Koşulu	Sigortalılık Süresi	Ödenecek Prim Günü	Doldurulacak Yaş	
			Kadınlarda	Erkeklerde
8.9.1999 - 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olma	15 yıl	3600	58	60

#### IV. 5434 SAYILI KANUN'A İLİŞKİN HÜKÜMLER

##### 1. Kamu görevlilerine uygulanacak Kanun

Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararı <sup>(18)</sup> ile kamu görevlileri 5510 S. Kanun'un kapsamından çıkarılmışlardı. Ancak, kamu görevlileri 5754 Sayılı Kanun ile tekrar 5510 Sayılı Kanun kapsamına alınmışlardır.

Geçici 4. maddenin 1. fıkrasına göre, 1.10.2008 tarihi itibarıyla 5434 S. Kanuna göre, aylık, tazminat, harp malullüğü zammı, diğer ödemeler ve yardımlar ile 5454 Sayılı Kanun'un 1. maddesine göre ek ödeme verilmekte olanlara, 5434 Sayılı Kanunda belirtilmiş olan şartları haiz oldukları müddetçe bunların ödenmesine devam olunacaktır (f.1).

Ancak, 5 ila 10 yıl arasında fiili hizmet süresi olan iştirakçilerden dolayı dul ve yetim aylığı almakta olanların, aylık ve diğer ödemeleri, 5510 S. Kanun'un 32., 34. ve 37. maddelerindeki şartları haiz oldukları müddetçe devam edilecektir (geç. m.4, f.1).

1.10.2008 tarihinden önce iştirakçiliği sona erenlerden tahsis talebinde bulunacaklar ile 1.10.2008 tarihinden önce 5434 S. Kanun hükümlerine göre tahsis talebinde bulunanlardan işlemleri devam edenler hakkında, 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılacaktır (geç. m.4, f.2).

1.10.2008 tarihinden önce iştirakçi iken, 1.10.2008 tarihinden sonra 4/I-c kapsamına alınanlar ile 1.10.2008 tarihinden önce 5434 SAYILI

18 RG, 30.12.2006, 26392, 5. M. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. OKUR/ERGİN, Tek Çatı Tek Yasadan, Tek Çatı Çok Yasaya, s. 32-39; ALPER, İptal, Bir Fırsata Dönüştürülmelidir, s. 4-19; ERGİN, İptalle Gelen Sorun: Reformdan Geriye Ne Kaldı? Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 Tarihli Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, s. 27-65; ARICI, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, s. 6-25; ERBAŞ, Sosyal Güvenlik Kavramının Tarihi Gelişimi ve 5510 Sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesi'nce İptali Karşısında Yeniden Yapılanma Fırsatı Üzerine Düşünceler, s. 125-129; ARASLI, Anayasa Mahkemesi İptal Kararı ve Sosyal Güvenlikte Geline Son Durum, s. 130-139; SERDAROĞLU, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı, Sosyal Güvenlik ve Siyasal Rejim Sorunu, s.49-55; YORGUN, 5510 Sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve Çatırdayan Norm ve Standart Birliği, s. 126-145.

KANUN'A tabi olarak çalışmış olup 4/I-c bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında 5434 S. Kanun hükümlerine göre işlem yapılacaktır (geç. m. 4, f.4).

1.10.2008 tarihinden önce 5434 S. Kanuna tabi iştirakçi olanların aylıklarının bağlanması, artırılması, azaltılması, kesilmesi, yeniden bağlanması, toptan ödemeleri, ilgi devamı, ihya ve borçlanmaları, diğer ödemeler ve yardımlar ile emeklilik ikramiyeleri hakkında 5434 SAYILI KANUN'A göre işlem yapılır ve bunlar hakkında 2829 Sayılı Kanun hükümleri uygulanır (geç. m. 4, f.5).

1.10.2008 tarihinden önce 5434 Sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmaya başlamış olup, çalışmaya başlamadan önce ilgili mevzuatına göre alınmış ve en az % 40 oranında özürlü olduklarını gösterir sağlık kurulu raporu bulunanlar ile en az % 40 oranında doğuştan özürlü olduklarını belgeleyenlerden aylık talep tarihinde 4/I-c kapsamında sigortalı olanlara; en az 5400 gün uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş ya da emekli keseneği ödenmiş olması kaydıyla, istekleri halinde bu madde hükümleri esas alınarak yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak çalışmaya başladıktan sonra, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulu'nca çalışma gücündeki kayıp oranının;

a) % 50 ila % 59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar en az 5760,

b) % 40 ila % 49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar en az 6480,

gün uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması kaydıyla, haklarında bu fıkra hükümleri uygulanacaktır (geç. m. 4, f. 6).

1.10.2008 tarihinde kamu idarelerinde hizmet akdi ile veya sözleşmeli olarak çalışanlardan; ilgili kanunları gereği 5434 Sayılı Kanun ile ilgilendirilenler aynı statüde çalışmaya devam ettikleri sürece, 4/I-c kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlar hakkında geç. m.4 hükümleri uygulanacaktır (geç. m.4, f.7).

1.10.2008 tarihinden önce iştirakçi olup, bu tarih itibarıyla 4/I-c kapsamına alınanların kesenek ve karşılıkları, fiili hizmet zammı ve itibari hizmet süresi karşılıkları ile % 100 artış farkları hakkında 5434 Sayılı Kanun'un hükümleri uyarınca işlem yapılacaktır (geç. m.4, f.8).

## **2. Kamu görevlilerinin genel sağlık sigortası primi**

Geçici 12. maddenin 2. fıkrasına göre, "Kamu idarelerinin sağlık hiz-

metlerinin sağlanmasına ilişkin görevleri, yürürlükten kaldırılan kanunlardaki hak ve yükümlülükler çerçevesinde ilgili kayıt ve işlemler Kurumlar tarafından devralınan tarihe kadar devam eder. Devir süreci 3 yıl içinde tamamlanır”.

Geçici 4. maddenin 8. fıkrasına göre de, kamu idarelerinin sağlık hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin görevlerinin 3 yıl içinde Kurum tarafından devralınmasından itibaren, kamu idarelerince bu kapsamdaki sigortalılar için her ay emekli keseneklerine esas aylıklarının % 12'si oranında ayrıca genel sağlık sigortası primi ödenir. Bunlar için Kanun'un 81. maddesinin (h) bendi uyarınca ödenecek ek karşılıkların hesabında, genel sağlık sigortası primi tutarları dikkate alınmaz (geç. m. 4, f.8).

### **3. Kamu görevlilerinin aylıklarının artırılması**

5434 SAYILI KANUN'A göre ödenen aylıklar ile geç. m. 4'e göre bağlanacak aylıklar, memur maaş katsayılarındaki artışlara göre yükseltilir. Ayrıca 5434 S. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra barem, teşkilat, kadro ve sair kanunlar ile aynı rütbe, kadro ve sair kanunlarda yapılacak değişiklikler sonucunda aylık tutarlarında meydana gelecek yükselmeler, aynı rütbe, kadro unvanı ve dereceden bağlanmış bulunan emeklilik, malullük ve vazife malullüğü aylıkları ile dul ve yetim aylıkları hakkında da uygulanacaktır (geç. m. 4, f.9).

### **4. 5434 Sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacakların takip ve tahsil işlemleri**

1.10.2008 tarihinden önceki dönemlere ait 5434 Sayılı Kanundan kaynaklanan alacakların takip ve tahsil işlemleri 5434 Sayılı Kanun'un 5510 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan ilgili hükümlerine göre Kurumca sonuçlandırılacaktır. Ancak bunlardan 1.10.2008 tarihinden önce Maliye Bakanlığının ilgili birimleri tarafından takip ve tahsil işlemleri başlatılmış olanların işlemleri bunlar tarafından sonuçlandırılacaktır (geç. m.4/12).

### **5. Toptan ödeme ve ihya**

5510 S. Kanun'un 4/I-c kapsamındaki sigortalıların borçlandığı, ihya ettiği hizmetleri ile birlikte 5510 Sayılı Kanun'a göre aylığa hak kazanmaları ve müracaat etmeleri halinde, paranın ödendiği tarihi takip eden ay başından itibaren kendilerine aylık bağlanır. Ancak emeklilik ikramiyesi ödenmiş süreler emeklilik ikramiyesinde nazara alınmayacaktır (geç. m.4/13).

1.10.2008 tarihinden önce 5434 Sayılı Kanun'a göre iştirakçi olup,

1.10.2008 tarihinden sonra 5510 s.K.'un birinci fıkrası kapsamında sigortalılığı bulunmayanların borçlandığı, ihya ettiği hizmetleri ile birlikte 5510 S. Kanuna göre aylığa hak kazanmaları ve müracaat etmeleri halinde, bu maddeye göre borçlandığı ve ihya ettiği hizmetlerine ait paranın ödendiği tarihi takip eden ay başından itibaren kendilerine 5510 s.K. ile yürürlükten kaldırılan 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre hesaplanarak aylık bağlanır. Hak sahipleri hakkında bu fıkra hükmü uygulanmak suretiyle aylığa hak kazandıklarında hesaplanan aylıkları, 5510 S. Kanun'un 32 nci, 34 üncü ve 37 nci maddelerine göre ödenecektir. Ancak bu süreler emeklilik ikramiyesinde nazara alınmayacaktır (geç. m.4/15).

Kesenek veya toptan ödemeleri zamanaşımına uğramış olması nedeniyle hizmetleri tasfiye edilmiş olanların, tasfiye edilmiş süreleri 5510 S. Kanuna göre birleştirilecek hizmetlerden kabul edilir (geç. m.4/16)..

Personel mevzuatına göre almış oldukları disiplin cezası sonucu 23/4/1999 tarihi ile 14/2/2005 tarihleri arasında memuriyetleri sona erenlerden, 22/6/2006 tarihli ve 5525 Sayılı Kanun uyarınca haklarında verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile ortadan kaldırılanların, bu Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren altı ay içerisinde Kuruma müracaatları halinde, görevlerinden ayrıldıkları tarih ile göreve başladıkları tarih arasındaki prim veya kesenek ödenmemiş süreleri, istekleri halinde, görevlerinden ayrıldıkları derece ve kademelerine prim veya kesenek ödenmemiş veya borçlanmak istedikleri sürenin her üç yılına bir derece ve her yılına bir kademe verilmek ve öğrenim durumları itibarıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesindeki yükselebilecekleri dereceleri geçmemek üzere tespit edilecek derece, kademe ve ek göstergeleri ile emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait tüm unsurların toplamının müracaat tarihinde yürürlükte olan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlar esas alınarak, yine o tarihteki kesenek ve karşılık oranları borçlandırılmak suretiyle hizmetten sayılır. Bundan doğacak borç tutarının tamamı borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde kendileri tarafından eşit taksitlerle veya defaten ödenir (geç. m.4/17).

## **6. Ölüm aylığı**

1.10.2008 tarihinden önce ölen, ancak 5510 Sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre ölüm aylığının bağlanabilmesi için yeterli prim ödeme gün sayısı olmayan sigortalının hak sahiplerinin, prim ödeme gün sayısı bakımından 5510 Sayılı Kanun hükümlerine göre ölüm

aylığına hak kazanması halinde, müracaat tarihini takip eden aybaşından itibaren, 5510 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre hesaplanacak aylıkları, 5510 Sayılı Kanun'un 32., 34. ve 37. maddelerine göre ödenir (geç. m.4/14). Böylelikle, 1.10.2008 tarihinden önce ölen ve hizmet yılı 5 yıldan fazla 10 yıldan az olması nedeniyle aylık bağlanamayan hak sahiplerine 5510 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra aylık bağlanması imkanı getirilmiştir.

5434 S. Kanun'un 67. maddesinde, dul ve yetim aylığı bağlanacakların, karı, koca, çocuklar ile anne ve baba olduğu düzenlenmiştir. İştirakçinin ölümü halinde hak sahiplerine aylık bağlanması için 10 yıl ve daha fazla süre prim ödenmiş olması gerekmektedir (5434 s. K. m. 66). Dul eşe aylık bağlanabilecek hallerde, dul eş Sandığa tabi olarak çalışıyor veya emekli aylığı- malullük aylığı alıyorsa, hak sahibi çocuk olmasa bile dul eşin hissesi % 50'den fazla olamaz (5434 s. K. m. 68/4). Hak sahibi çocuklara da eğitim sürelerinin devamınca aylık bağlanmaktadır. 5510 S. Kanuna göre, 5 yıldan beri sigortalı olup toplam 900 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi ödenmiş sigortalının hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilmektedir (5510 s. K. m.31).

## **7. Durumları Özel Olarak Düzenlenenler**

### **a) Belediye Başkanları**

1.10.2008 tarihinden önce, seçimler neticesinde belediye başkanı olarak görev yapmış olup, 1.10.2008 tarihinden önce 5434 Sayılı Kanun'un mülga ek 68. maddesine göre makam tazminatı ve buna bağlı olarak temsil veya görev tazminatı ödenenler hariç olmak üzere, sosyal güvenlik kanunlarına göre emeklilik veya yaşlılık aylığı almakta olanlardan;

- 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun mülga 39. maddesine göre aylık bağlanması şartlarını haiz olanlara, 1.10.2008 tarihinden itibaren,

- Bu kişilerden, 1.10.2008 tarihi itibarıyla 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun mülga 39 uncu maddesine göre aylık bağlanması şartlarını haiz olmayanlara ise bu şartları haiz oldukları tarihten itibaren,

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun ek 68 inci maddesinde belirtilen şartlar da dikkate alınarak, emsali belediye başka-

nının almakta olduğu makam tazminatı ve buna bağlı olarak temsil veya görev tazminatı tutarı, almakta oldukları emeklilik veya yaşlılık aylıklarına ilave edilmek suretiyle ödenir (Geç. m. 4/11).

1.10.2008 tarihinden önce seçimler neticesinde belediye başkanı olarak görev yapmış olup, 5510 S. Yasa'ya göre sigortalı iken malûllük veya yaşlılık aylığı bağlananlardan;

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun mülga 39 uncu maddesine göre aylık bağlanması şartlarını haiz olanlara 5510 S. Kanun'un geçici 2 nci ve geçici 4. maddeleri hükümleri de dikkate alınarak bu fıkra da belirtilen şartlar dahilinde söz konusu tazminatlar aylıklarına ilave edilmek suretiyle ödenir (Geç. m. 4/11).

1.10.2008 tarihinden önce seçimler neticesinde belediye başkanı olarak görev yapmış olanlardan ölenlerin 5510 S. Kanun'un ölüm aylığına hak kazanma koşullarını düzenleyen 32. maddesinde belirtilen şartlara sahip olmaları halinde;

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun mülga ek 68 inci maddesinde belirtilen şartlar da dikkate alınarak,

Hak sahiplerine bu Kanun'un 34 üncü, geçici 1 inci ve geçici 2 nci ve geçici 4. maddeleri hükümlerine göre söz konusu tazminatlar,

1.10.2008 tarihinden önce ölenler için 1.10.2008 tarihinden itibaren,

1.10.2008 tarihinden sonra ölenler için ise ölüm tarihinden itibaren ölüm aylıklarına eklenmek suretiyle ödenir (Geç. m. 4/11).

1.10.2008 tarihinden önce seçimler neticesinde belediye başkanı olarak görev yapmış olanlardan; malûllük aylığı almakta olanlar ile malûllük aylığına hak kazanacaklar 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun mülga 39 uncu maddesinde belirtilen aylık bağlamaya ilişkin şartlar dikkate alınmaksızın makam ve temsil tazminatı haklarından yararlandırılır (Geç. m. 4/11).

Geçici 4. maddenin 11. fıkrasına göre tazminat tutarları ödendikçe Hazineden tahsil edilir.

T.C. Emekli Sandığı'nın mutata uygulamasında, Emekli Sandığı haricindeki bir sosyal güvenlik kurumundan emekli olup belediye başkanlığı yapmış olanların, bu sandıktan makam tazminatı talepleri 5434 S. Kanun'un ek 68. maddesi dayanak gösterilerek reddedilmekteydi. Yani, sadece Emekli Sandığı'na tabi olarak emekli olmuş ve belediye başkanlığı yapmış olan

kişilere makam tazminatı ödenmekteydi. Kanımızca, geçici 4. m.'nin 11. fıkrası'ndaki bu düzenlemeden sonra, daha önce Emekli Sandığı dışındaki diğer sosyal güvenlik kurumlarına tabi çalışması olup belediye başkanlığı yapan kişilere de 5434 S. Kanun'un ek 68. maddesi uygulanacak ve makam tazminatı ödenebilecektir.

### **b)Emniyet Hizmetleri Sınıfında Çalışanlar**

1.10.2008 tarihinde Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrenciler ile Emniyet Hizmetleri Sınıfında 4/I-c kapsamında çalışmakta olanların bu okullarda geçen başarılı eğitim süreleri istekleri halinde;

borçlanma talep tarihinde ilgisine göre en az aylık alan polis veya komiser yardımcısının emekli keseneğine esas unsurları üzerinden, bu süreler ait sigortalı ve işveren hissesi priminin tamamı borçlandırılmak suretiyle hizmetten sayılır. Bundan doğacak borç tutarının tamamı borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren 2 yıl içinde kendileri tarafından ödenir.

5510 Sayılı Kanun'un 41. maddesinde sigortalıların borçlanabilecekleri süreler sayılmış, bunlar arasında Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda geçen süreler yer verilmemiştir. Geçici 4. m.'nin 13. f.'ndaki bu düzenleme ile 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte emniyet hizmetleri sınıfında çalışmakta olanlara, yukarıda sayılan eğitimde geçen sürelerini borçlanabilmeleri imkanı getirilmiştir.

### **c) Muvazzaf Astsubay Nasbedilenler**

1.10.2008 tarihinden önce üniversitelerin çeşitli fakülte, yüksek okul veya meslek yüksek okullarında kendi hesabına öğrenim yaptıktan sonra muvazzaf astsubay nasbedilenlerin sözü edilen okullarda geçen başarılı öğrenim süreleri de istekleri halinde;

borçlanma talep tarihinde en az aylık alan astsubay çavuşun emekli keseneğine ait unsurlar üzerinden, geç. m. 4/10'a göre borçlandırılarak tahsil edilmek suretiyle hizmetten sayılır.

## **V. 506, 1479, 5434, 2925, 2926 Sayılı KanunLARA İLİŞKİN ORTAK GEÇİŞ HÜKÜMLERİ**

### **1) Sigortalılık Süresi**

Geçici 7. m.'nin 1. f.'nda, 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte 1.10.2008 tarihinde yürürlükten kaldırılan 506, 1479, 5434, 2925 ve 2926

Sayılı Yasalara ve 506/geç. m. 20'deki sandıklara göre başlayan sigortalılık, hizmet süreleri, fiili hizmet süresi zammı, itibari hizmet süreleri, borçlandırılan süreler ve sigortalılık sürelerinin tabi oldukları kanun hükümlerine göre değerlendirileceği belirtilmiştir.

## 2) Primler

5510 S. Yasa'nın 4/I-b bendi kapsamında olan sigortalıların, yani bağımsız çalışanların 5510 S. Kanun'un 17 nci maddesine göre hesaplanacak günlük kazançlarında;

1.10.2008 tarihinden sonraki süreler için prime esas kazanç hesabında dikkate alınan unsurlar, 1.10.2008 tarihinden önceki süreler için prime esas kazanç hesabında da dikkate alınacaktır (Geç. m. 11/3).

Hizmet akdiyle çalışan sigortalılar için Kanun'un 17 nci maddesi gereğince tespit edilecek günlük kazanç hesabına esas üç aylık dönemdeki kazançları Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce olanların son takvim ayı itibarıyla gelirlerinin hesaplanmasında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 506 Sayılı Kanun hükümleri uygulanır (geç. m. 11/4).

## 3) Sigorta Sicil Numarası

1.10.2008 tarihinden önce mevcut sosyal güvenlik kurumlarında tescili yapılan sigortalılar ve ilk defa tescili yapılacak sigortalılar ile bunların hak sahipleri için ortak bilgi bankası oluşturulur. Bu sigortalılar ile sisteme yeni katılacak sigortalıların tescilinde, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaraları sosyal güvenlik sicil numarası olarak esas alınır (geç. m. 11/1).

Sigortalıların eski sigorta sicil numaraları, 5510 S. Kanuna göre tescil edilecekleri tarihe kadar kullanılmaya devam edilir (geç. m. 11/2).

## 4) İşyeri Bildirgesi

1.10.2008 tarihinden önce 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre iştirakçi çalıştıran ve 1.10.2008 tarihinden sonra da 4/I-c kapsamında sigortalı sayılan kişileri çalıştırmaya devam eden kamu idareleri 11. madde uyarınca işyeri bildirgesini Kurumca belirlenecek sürede vermek zorundadırlar. İşyeri bildirgesinin Kurumca belirlenecek süre içinde verilmemesi durumunda, 102 nci maddenin (b) bendi gereğince idari para cezası uygulanır (geç. m.11/6).

## 5) Toptan ödeme ve ihya

Geçici 5. maddeye göre, 4/I-a ve 4/I-b kapsamındaki sigortalılar için 5510 S. Kanuna göre yapılacak toptan ödemelerin, 1.10.2008 tarihinden

önceki hizmet sürelerine ait bölümü, 5510 S. Kanun'la bazı maddeleri yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre 1.10.2008 tarihi itibarıyla hesaplanarak, 1.10.2008 tarihi ile toptan ödemenin yapılmasına ilişkin yazılı istek tarihine kadar geçen yıllar için her yılın güncelleme katsayısı ile çarpılarak bulunan tutar, 1.10.2008 tarihinden sonraki süreler için 5510 S. Kanuna göre hesaplanan toptan ödeme tutarına ilâve edilerek ödenir.

5510 S. Kanun'un 4/I-a ve 4/I-b kapsamındaki sigortalılar için 1.10.2008 tarihinden önce toptan ödeme yapılarak tasfiye edilen hizmetlerin 31 inci, 36 ncı ve 41 inci maddelere göre ihyasında veya borçlanılmasında, 1.10.2008 tarihi itibarıyla 5510 S. Kanun'la bazı maddeleri yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre hesaplanan tutarı, 1.10.2008 tarihi ile ihya talebine ilişkin yazılı istek tarihi arasında geçen yıllar için, her yılın güncelleme katsayısı ile çarpılarak bulunan değeri dikkate alınır (Geçici m. 5/2).

## **VI. YAŞLILIK AYLIĞININ HESAPLANMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER**

### **1. Genel olarak**

Geçici 1. m.'nin 2. fıkrasına göre, 506, 1479, 2925 ve 2926 Sayılı Kanunlara **göre bağlanan veya hak kazanan;** aylık, gelir ve diğer ödenekler ile 8/2/2006 tarihli ve 5454 Sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre ödenmekte olan ek ödemenin verilmesine devam edilir. Bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, 5510 S. Kanun ile yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanır.

Bu düzenlemeye göre, 5510 Sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan yasalara göre aylık bağlanmış ya da hak kazanılmış olması eski yasalara göre bir "kazanılmış hak"tan söz edebilmek için şarttır. Geçici 1. m.'nin 2. fıkrasındaki bu açık hüküm karşısında, 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla (1.10.2008) aylık bağlanmış veya yaşlılık aylığına hak kazanmamış, kişilerin hakları saklı tutulamayacak ve bunlar aylığa hak kazanma bakımından 5510 S. Kanun hükümlerine tabi olacaklardır. Kanun koyucunun kazanılmış hak kavramını oldukça sınırlı bir şekilde düzenlediği bu hüküm, haksız ve adil olmayan sonuçlar yaratabilecek niteliktedir. Çünkü, aylık bağlanmış ya da hak kazanmış sigortalı için daha önceki ilgili sosyal güvenlik kanunu, çalışmaya devam eden sigortalı için ise 5510 Sayılı Kanun ve geçiş hükümleri uygula-

nacağından, bağlanacak aylıklarda büyük farklılıklar ortaya çıkabilecektir.<sup>(19)</sup>

Geçici 1. m.'nin 2. f.'ndaki düzenleme sonucunda ortaya çıkabilecek adalete aykırı sonuçların giderilebilmesi için Öğretideki bir görüşe göre, 4447 Sayılı Kanunda olduğu gibi, aylığa hak kazanmış ya da kazanmasına belirli bir süre kalmış olan sigortalıların kazanılmış haklarının korunması gerekir. <sup>(20)</sup>4447 Sayılı Kanun ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yaşlılık aylığına hak kazanmaya ilişkin hükümleri değiştirilirken, 4447 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yaşlılık aylığına hak kazanmış ya da kazanmasına iki yıl ya da daha az süre kalmış sigortalıların kazanılmış hakları saklı tutulmuş, bu kişilere eski yasa hükümlerine göre aylık bağlanması gerektiği düzenlenmişti. (4447 s.K. m.17). <sup>(21)</sup>Kanımızca da, 5510 Sayılı Yasa'da benzer bir hükme yer verilmesi isabetli olurdu. 5510 S. Yasada, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda yapılacak değişikliklerle birlikte bu yönde düzenleme getirilmesi adalete ve eşitliğe daha uygun olacaktı. <sup>(22)</sup>Ancak 5510 Sayılı Kanunda 5754 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden sonra da yine bu durumda çok önemli bir değişiklik olmamış, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte "talepte bulunan" yerine "hak kazanan" ifadesi tercih edilmiştir. Bu ifade değişikliği de uygulamada çok önemli bir değişiklik yaratmayacaktır.

Geçici 1. maddenin 3. fıkrasına göre, 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.10.2008 tarihi itibarıyla 506 ve 1479 Sayılı Yasalara göre ödenmekte olan sosyal yardım zammı ile telafi edici ödeme tutarları, 5510 S. Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte ödenen tutarlar esas alınarak, ilgililerin gelir ve aylıklarına ilave edilerek ödenir. Sosyal yardım zammının ilavesinde tamamı dağıtılacak şekilde, hak sahiplerinin gelir ve aylıklardaki hisseleri esas alınır (geç. m.1/3).

## **2. 5510 Sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına tâbi olanlar**

---

19 Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, s.213-214.

20 Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, s.214.

21 Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, s.214; 4447 S. Kanun ile getirilen değişiklikler konusunda bkz.: Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 442-444; Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, s. 359.; Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s. 119 vd.

22 Aynı yönde bkz.: Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, s.214.

Geçici 2. maddede 5510 Sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına tâbi geçen çalışmalar için bağlanacak aylığın hesaplanması düzenlenmiştir. Bu maddeye göre 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce (1.10.2008 tarihinden önce) 506, 1479, 2925 ve 2926 Sayılı Kanunlara tabi olanlara bağlanacak yaşlılık aylıkları aşağıda belirtildiği gibi hesaplanır:

*a) Sigortalının bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen sürelerdeki prim ödeme gün sayılarına veya fiili hizmet süresine ait aylık; bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki kanun hükümlerine göre, aylık talep tarihindeki toplam prim ödeme gün sayısı veya fiili hizmet süresi üzerinden, bu Kanun'un yürürlük tarihi itibarıyla hesaplanacak aylığın bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadarki prim ödeme gün sayısı veya fiili hizmet süresi ile orantılı bölümü, aylık talep tarihine kadar geçen yıllar için, her yıl gerçekleşen güncelleme katsayısı ile çarpılarak hesaplanır.*

*b) Sigortalının bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen sürelerdeki prim ödeme gün sayılarına ait aylığı, aylık talep tarihindeki toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden 29 uncu madde hükümlerine göre hesaplanacak aylığın, bu Kanun'un yürürlük tarihinden sonraki prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadardır. Ancak, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 3600 prim gün sayısını doldurmamış olan sigortalıların yaşlılık aylığı bağlama oranının hesabında, sigortalının Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen ve Kanun'un yürürlük tarihinden önceki prim gün sayısını 3600 güne tamamlayan hizmet sürelerinin her 360 gününü için % 3 oranı esas alınır.*

*c) Aylık, (a) ve (b) bentlerine göre hesaplanan kısmi aylıkların toplamından oluşur. Aylıklar ayrıca 29 uncu maddenin son fıkrasına göre artırırlarak belirlenir."*

*Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 17/7/1964 tarihli ve 506 Sayılı Kanun'un geçici 82 nci maddesinin (a) bendine göre gösterge sistemi içinde hesaplanacak kısmi aylıklara esas gösterge, sigortalıların ortalama yıllık kazanç hesabına giren takvim yılı sayısı esas alınmak suretiyle hazırlanacak olan gösterge ve üst gösterge tespit tabloları esas alınarak belirlenir.*

*Bu Kanun'un yürürlük tarihine kadar geçen sürelerle ilişkin aylığın hesabında esas alınan asgari aylık tutarı ile 17/7/1964 tarihli ve 506 Sayılı Kanun'un geçici 82 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenen eski tam aylık tutarı, toplam prim ödeme gün sayısı içinde bu Kanun'un yürürlük tarihine kadar geçen prim ödeme gün sayısının oranına tekabül eden tutar*

üzerinden esas alınır.

Yurt dışı hizmet borçlanması yapanların aylıkları da yukarıda belirtilen fıkralara göre hesaplanır.

Bu Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı sayılanlardan, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce ilgili kanun hükümleri ile bu madde hükümlerine göre yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra çalışmaya başlaması nedeniyle aylıkları kesilenlerden, işten ayrılarak yeniden yaşlılık aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunanların yeni aylıkları, bu Kanun'un 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre hesaplanır.

Malüllük ve ölüm aylıkları, bu Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar için yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümler, (b) bendi kapsamındaki sigortalılar için ise bu Kanun'un yürürlük tarihinden önceki hükümlere göre esas alınan süreler dikkate alınarak 27 nci veya 33 üncü madde hükümlerine göre hesaplanır.

Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanunda belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak kanun, bu Kanunla mülga 2829 Sayılı Kanun hükümlerine göre tespit olunur ve bunlar hakkında, bu Kanun'un geçici maddelerindeki hükümler uygulanır. Ancak, bunlardan bu Kanun'un geçici 4 üncü maddesi kapsamına girmeyenlere 5434 Sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz. Bu Kanunla mülga 2829 SAYILI KANUN'A göre 5434 Sayılı Kanun hükümleri uygulanması gerekenlerden, bu Kanun'un geçici 4 üncü maddesi kapsamına girmeyenler için, bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri esas alınır. (a) bendi hükümlerinin uygulanmasına esas alınacak kanun, bu Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında geçen süreler hariç, bu Kanunla mülga 2829 Sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenir. Bu Kanuna tabi hizmetlerle 506 Sayılı Kanun'un geçici 20 nci maddesine tabi sandıklarda geçen hizmetlerin birleştirilmesinde de bu fıkra hükümleri esas alınmak suretiyle bu Kanunla mülga 2829 Sayılı Kanun hükümleri uygulanır. „

Yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalının aylığı, ortalama aylık kazancı ile aylık bağlama oranının çarpımı sonucunda bulunan tutardır (Geç. m.

2/6).<sup>(23)</sup>

Yaşlılık Aylığı = Ortalama Aylık Kazanç x Aylık Bağlama Oranı  
olarak formüle edilebilir.

*Aylık bağlamaya esas alınan ortalama aylık kazanç: Sigortalının her yıla ait prime esas kazancının, kazancın ait olduğu yıldan itibaren aylık talep tarihine kadar geçen yıllar için, her yıl gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenerek bulunan kazançlar toplamının, itibari hizmet süresi ile fiili hizmet süresi zammı hariç toplam prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanan ortalama günlük kazancın otuz katıdır (Md. 29/II).*

Ortalama Aylık Kazanç= Ortalama Günlük Kazanç x 30

Ortalama Günlük Kazanç =  $\frac{\text{Her Yılın Prime Esas Kazancı} \times \text{Güncelleme Katsayısı}}{\text{Toplam Prim Ödeme Gün Sayısı}}$

*Güncelleme Katsayısı: "Her yılın Aralık ayına göre Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan en son temel yıllık tüketici fiyatları genel indeksindeki değişim oranının % 100'ü ile sabit fiyatlarla gayri safi yurtiçi hasıla gelişme hızının % 30'unun toplamına (1) tam sayısının ilâve edilmesi sonucunda bulunan değeri," ifade eder (5510 S. Kanun m. 3/c-29).*

## **VII. YAŞLILIK AYLIĞININ ARTIRILMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER**

5510 S. Kanun'un 55. maddesinin 2. fıkrasında, bağlanan gelir ve aylıkların, her yılın Ocak ve Temmuz ödeme tarihlerinden geçerli olmak üzere, bir önceki altı aylık döneme göre Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan en son temel yıllık tüketici fiyatları genel indeksindeki değişim oranı kadar artırılarak belirleneceği kurala bağlanmış; geçici 1. maddenin dördüncü fıkrasında da, bu kuralın 4/I-a ve 4/I-b kapsamında sigortalı sayılanlara ve bunların hak sahiplerine bağlanmış olan aylık ve gelirler için de uygulanması öngörülmüştür.

Oysa, 5510 S. Kanun'un geçici 4. maddesinin 9. fıkrasına göre, "5434 SAYILI KANUN'A göre ödenen aylıklar ile bu madde kapsamında bağlanacak aylıklar, memur maaş katsayılarındaki artışlara göre yükseltilir. Ayrıca 5434 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra barem, teşkilat, kadro ve sair kanunlar ile aynı rütbe, kadro ve sair kanunlarda yapılacak deği-

23 Yaşlılık aylığının hesaplanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s. 257 vd.

şiklikler sonucunda aylık tutarlarında meydana gelecek yükselmeler, aynı rütbe, kadro unvanı ve dereceden bağlanmış bulunan emeklilik, malûllük ve vazife malûllüğü aylıkları ile dul ve yetim aylıkları hakkında da uygulanır”. Dolayısıyla kamu görevlilerinin aylıklarının artırılması ile 4/I-a ve 4/I-b kapsamındakilerin aylıklarının artırılması arasında farklılık yaratılmış olmaktadır.

### VIII. SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

5510 S. Kanunda, sigortalıların hem yaşlılık aylıklarını alıp, hem de Sosyal Güvenlik Destek Primi (SGDP) ödeyerek çalışabilmeleri imkanını düzenleyen 30. maddesinin 4. fıkrası hiç uygulanmadan 5754 S. Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Sosyal Güvenlik Destek priminin miktarı 5510 Sayılı Kanun'un 81. maddesinin (e) bendinde düzenlenmiştir. <sup>(24)</sup>

Anayasa Mahkemesi, 5510 S. Kanun'un 30. m.'nin 4. f.'ndaki "...81 inci maddenin (e) bendi gereğince sosyal güvenlik destek primi alınır." bölümünü Kanun'un m. 4/1-(b) kapsamına giren sigortalılar yönünden Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırı bularak iptal ederken, diğer sigortalılara uygulanan prim oranları yönünden bir ölçüsüzlük bulunmadığı sonucuna varmış ve bu düzenlemeyi Anayasa'nın 2. ve 60. maddelerine uygun bulmuştu. 5510 Sayılı Kanun'da 5754 Sayılı Kanun ile sosyal güvenlik destek primi konusunda çok önemli değişiklikler yapılarak, Sosyal Güvenlik Destek priminin miktarını düzenleyen 81. maddenin (e) bendi kaldırılmış, yerine 30. maddenin 3. fıkrasının b bendine sadece bağımsız çalışanlar için bir hüküm getirilmiştir: "4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi ha-

24 81. maddenin (e) bendine göre:

Yaşlılık aylığı almakta iken bu Kanuna tabi bir işte çalışanlara uygulanacak sosyal güvenlik destek primi oranı (a), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen prim oranlarının toplamı kadardır. Sigortalı ve işveren hissesi bu bentlerde belirtilen oranlarda olacaktır.

(a) bendinde malûllük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi düzenlenmiştir. Oranı % 20'dir. % 9'unu sigortalı, % 11'ini işveren ödeyecektir.

(c) bendinde İş Kazası ve Meslek Hastalığı sigortası primi düzenlenmiştir. Oranı % 1-6,5 dir. Tamamını işveren ödeyecektir.

(f) bendinde Genel Sağlık Sigortası prim oranına yer verilmiştir. Oranı % 12,5 dir. Bunun % 5'ini sigortalı, 7,5 ini de işveren ödeyecektir.

Toplam Sosyal Güvenlik Destek Prim oranı % 39- 33,5 arasında değişmektedir. Bunun % 14 ünü sigortalı (9+5), % 33,5-39 unu da (11+1-6,5+7,5) işveren ödeyecekti. 506 Sayılı Kanunda % 30 olan oran 5510 S. Kanun'da % 33,5-39'a çıkarılmıştı. 506 S. Kanunda sigortalı hissesi % 7,5, işveren hissesi % 22,5 iken, şimdi bu oran sigortalı için % 14'e, işveren için de % 19,5-25'e çıkarılmıştı.

*riç olmak üzere diğer alt bentlerine tabi çalışmaya başlayanlardan aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edilir. Bunlardan, almakta oldukları aylıklarının % 15'i oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir...”*

Böylelikle, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının aksi yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik destek primini sadece bağımsız çalışanlar yönünden iptal etmiş, kamu görevlileri ve işçiler açısından ise Anayasa'ya aykırılık görmemiştir. 5510 S. Kanundaki düzenleme ile, kamu görevlileri ile işçiler açısından sosyal güvenlik destek primi kaldırılmış, bağımsız çalışanlar açısından zaten yüksek olan Sosyal Güvenlik Destek Primi % 10'da % 15'e çıkarılarak ağırlaştırılmıştır. Bu düzenleme karşısında eğer kamu görevlileri ve işçiler emeklilikten sonra çalışmaya başlarsa aylıkları kesilecektir. Bu hüküm Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesi ile ve Anayasa'nın 48. maddesinde garanti altına alınmış olan çalışma hakkı ile bağdaşmamaktadır.<sup>(25)</sup>

Geçici 14. maddede sosyal güvenlik destek primine ilişkin bir geçiş hükmüne de yer verilmiştir: *“Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir”* (Geç. m. 14/1). Bu madde için özel bir yürürlüğe girme tarihi belirtilmediği için 5510 S. Kanun'un diğer hükümleri ile birlikte 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe gireceğinden, 1.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayan işçi, bağımsız çalışan ve kamu görevlileri hem yaşlılık aylığı alıp hem de SGDP ödeyerek çalışabileceklerdir. Yine 1.10.2008 tarihinden önce emekli olup aylık almaya başlayanlar ile halen sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenlerin kazanılmış hakları da maddede korunmuştur.

Özetle, geçici m.14/1'e göre, 1.10.2008 tarihinden önce,

25 **Okur/Ergin**, 5510 Sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, s. 1456.

- iştirakçi veya sigortalı olanlar,  
 - vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve  
 - 1.10.2008 tarihinde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından 5510 S. Kanun'la yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilecektir.

Ancak; 5510 S. Kanun'un m. 4/I-a kapsamında çalışanlar için sosyal güvenlik destek primi oranı 80 inci maddeye göre tespit edilen prime esas kazançlar üzerinden 81 inci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen prim oranına yüzde 30 oranının eklenmesi suretiyle bulunan toplamdır. Yüzde 30 oranının dörtte biri sigortalı, dörtte üçü işveren hissesidir. Bu kapsamda sayılan kişilerden sosyal güvenlik destek primine tabi olanların prim ödeme yükümlüsü bunların işverenleridir. Bunlar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanacaktır. (Geçici m. 14/I-a).

### Sosyal Güvenlik Destek Primine Tabi olarak Çalışma

	1.10.2008 tarihinden önceki SGDP uygulaması		1.10.2008 tarihinden sonraki SGDP uygulaması		1.10.2008 tarihinden sonra sigortalı olanlar için SGDP uygulaması	
	4/I-a	4/I-b	4/I-a	4/I-b	4/I-a ve 4/1 c	4/I-b
SSK	Prime esas kazançlarının % 30'u	Diğer Kurumlardan aylık alanlar için Bağ-Kur 12. Basamak karşılığı gelirin %10'u	Prime esas kazançlarının %30'u + Kısa vadeli sigorta kolu prim oranı = %31 - %36,5	Emekli aylıklarından %12 oranında prim kesilecek, Bu oran kademeli olarak üç yılın sonunda %15'e yükselecektir.	Emekli aylığının tamamı kesilir.	Emeklilerin aylıklarından %15 oranında prim kesilir.
Bağ-Kur		Almakta olduğu emekli aylık miktarının %10'u				

Geçici m. 14/I-b hükmüne göre, 5510 S. Kanun'un m. 4/I-b kapsamında sigortalı sayılanlardan, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından alınacak belgelerle doğrulamak kaydıyla faaliyette bulunulmadığına ilişkin süreler hariç olmak üzere çalışılan süreleri için, sosyal güvenlik destek primi oranı olarak 5510 S. Kanun'un 30. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde belirtilen hükümler uygulanır. Bu oran, bu maddenin yürürlüğe girdiği yılda % 12 olarak, takip eden her yılın Ocak ayında bir puan artırılarak uygulanır. Ancak bu oran % 15'i geçemez.

**1.10.2008 tarihinden itibaren 4/I-b kapsamında çalışan emeklilerin SGDP Oranları**

SGDP Kesintisine Tabi Emekli Aylığı	2008 Yılında %	2009 Yılında %	2010 Yılında %	2011'den itibaren %
4/I-b Bağ-Kur sigortalılarına ilgili yılı Ocak ayında ödenen en yüksek yaşlılık aylığını geçmemek üzere, emekli aylığı üzerinden	12	13	14	15

Harp malûlleri ile Terörle Mücadele Kanun'u, Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'a göre aylıkları hesaplanarak ödenen veya asayiş ve güvenliğin sağlanması ile ilgili kanunlara göre vazife malûllüğü aylığı almakta iken; 1.10.2008 tarihi itibarıyla çalışmaya devam edenler ile sonradan 5510 S. Kanuna tabi çalışmaya başlayacaklar için sosyal güvenlik destek primi uygulanmaksızın 5510 S. Kanun'un 5. maddesinin (c) bendi hükümleri uygulanır (geç. m.14/I-c).

5434 Sayılı Kanun'a göre vazife malûllüğü aylığı almakta iken 1.10.2008 tarihi itibarıyla 5510 S. Kanun'un m.4/I-a ve 4/I-b bendi kapsamında çalışmaya devam edenler hakkında, 1.10.2008 tarihinden itibaren bir ay içinde yazılı talepleri doğrultusunda 5510 S. Kanun'un iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri ve uzun vadeli sigorta kolları veya sosyal güvenlik destek primine ait hükümler uygulanır. Bunlardan uzun vadeli sigorta primi ödeyenlerin belirtilen süre içinde yazılı talepte bulunmama- ları halinde ayrıca iş kazası meslek hastalığı hükümleri uygulanır, sosyal güvenlik destek primi kesilmez. 1.10.2008 tarihinden önce iştirakçi olup, 1.10.2008 tarihinden sonra 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre vazife malûllüğü aylığı bağlananlardan 4/Ia ve 4/I-b kapsamında çalışmaya başlayanlar hakkında da yazılı talepleri doğrultusunda işlem yapılır. Bu bent kapsamında olanlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. 3713 Sayılı Kanun'a göre vazife malûllüğü aylığı almakta olanlar, sınıf veya görev değiştirerek çalışmaya devam eden iştirakçiler ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan ve 4/I-c kapsamında çalışan veya daha sonra çalışmaya başlayan er ve erbaşların, 1.10.2008

tarihinden sonra müracaat tarihlerini takip eden aybaşından itibaren 5510 S. Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre görevlerinden ayrılmasına gerek kalmaksızın alınacak emekliye sevk onayına istinaden vazife malûllüğü aylıkları bağlanarak ödenir. Bu kapsamda olup da görevlerinden emekliye ayrılanlar hakkında, 5510 S. Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır (geç. m. 14/I-d).

## **IX. GENEL SAĞLIK SİGORTASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER**

### **1. Kayıtların tutulması**

Geçici 12. m.'nin 1. f.'na göre, 5510 Sayılı Kanun'un uygulamasında sağlık hizmeti sunucularının sigortalılık kontrolü ve diğer provizyon işlemlerini elektronik ortamda yapmaya başlaması için gerekli altyapının kurulmasına kadar, sağlık bilgilerinin yazılı olarak tutulmasına başlanır ve sağlık belgesinin veya sağlık karnesinin Kurumca verilmesine devam edilir. Bu düzenleme ile Genel Sağlık Sigortası kapsamındaki kişilerin hak sahipliğinin ve hak ettiği sağlık hizmetlerinin elektronik ortamda kontrolü için gerekli olan bilgisayar donanım ve yazılım alt yapısının kurulmasına kadar geçecek süre içinde mevcut sistemin sürdürülmesi amaçlanmıştır.<sup>(26)</sup>

Kamu idarelerinin sağlık hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin görevleri, yürürlükten kaldırılan kanunlardaki hak ve yükümlülükler çerçevesinde ilgili kayıt ve işlemler Kurum tarafından devralınan tarihe kadar devam eder. Devir süreci üç yıl içinde tamamlanır (Geç. m. 12/2).

### **2) Devam eden tedavi hizmetleri**

Kişilerin yürürlükten kaldırılan kanun hükümleri gereğince hak ettikleri sağlık hizmetleri, 5510 S. Kanun hükümleri gereğince kapsama alınmamış ise tedavi tamamlanıncaya kadar yürürlükten kaldırılan yasa hükümlerine göre Kurumca sağlanmaya devam edilir. 67. madde gereği hesaplanan 30 günün hesabında kişilerin lehine olan durum uygulanır. Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce başlayan, ancak, bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra faturalandırılan tedavi giderleri Kurum tarafından karşılanır

---

26 Bkz.: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası Madde Gereçekleri, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1139m.htm> (31.12.2006).

Bkz.: *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası Madde Gereçekleri*.

(Geç. m.12/3).

Bu düzenleme ile de Genel Sağlık Sigortası kurumsal alt yapısının kurulmasına kadar geçecek sürede, sağlık hizmetlerini veya yardımlarını karşılamakla yükümlü kurumların faaliyetlerinin aksamadan devam etmesi amaçlanmıştır. Ancak sağlanacak sağlık hizmetlerine ilişkin yasa hükümleri daha önce yürürlüğe gireceği için, eski yasalar gereği kazanılmış hakların bir yıl süreyle ya da tedavi sonuçlanıncaya kadar devam etmesi amaçlanmıştır.<sup>(27)</sup>

### **3) Yeşil kartlılarla ilgili hükümler**

5510 S. Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren 2 yıl süresince m.60/I-c bendinin (1) numaralı alt bendi uygulanmaz. Bu sürede 18.6.1992 tarihli ve 3816 Sayılı Kanun kapsamında yeşil kart verilen ve verilecek kişiler durumlarında değişiklik olmaması kaydıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın m. 60/I-c bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır.

3816 S. Kanun kapsamında yeşil kart almak için müracaat etmekle birlikte, 3816 S. Kanun hükümlerine göre tespit edilen aile içindeki kişi başına düşen gelir payının aylık tutarı; asgari ücretin üçte birinden asgari ücrete kadar olduğu tespit edilen kişiler için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının üçte biri, asgari ücretten asgari ücretin iki katına kadar olduğu tespit edilen kişiler için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarı; asgari ücretin iki katından fazla olduğu tespit edilen kişiler için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının iki katı prime esas asgari kazanç tutarı olarak esas alınır (Geç. m. 12/4).

### **4) Bildirim yükümlülüğü**

Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler ve genel sağlık sigortası dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan genel sağlık sigortalıları (m.60/I d,g bentlerince sigortalı sayılanlar) için 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren en geç iki yıl içinde (1.1.2009'a kadar) bildirim yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu süre içinde 60/I, d,g

27 Bkz.: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası *Madde Gereçekleri*.

bentleri gereğince genel sağlık sigortalısı sayılanlar; tescil talebi olmayanların 18 yaşından küçük çocuklarının sağlık hizmetlerinden yararlandırılması halinde bu kişilerin tescili çocuklarının sağlık hizmet sunucusuna müracaat tarihi itibarıyla yapılır. Ancak, aile hekimliği uygulamasına başlanan illerde, bu kişiler, iki yıllık süre beklenmeden genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak kapsama alınacaklardır ( geç. m. 12/5).

### **5) Katılım payı**

Aile hekimleri tarafından başlatılan sevk zincirine uygun olarak alınan sağlık hizmetlerinde 68. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen katılım payları, üç yıl süreyle % 50 oranında azaltılarak uygulanabilir (geç. m. 12/6).

### **6) Hizmet basamakları ve sevk zinciri**

5510 S. Kanun'un 70. maddesinin birinci fıkrasına göre, sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır. Bu basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasında sevk zinciri; tanı, ön tanı, hekimlerin ve dış hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınmak suretiyle tüm yurttan veya il ya da ilçe bazında Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenir. Aile hekimleri birinci basamak hizmet sunucuları içinde yer alır.

Geç. m. 12/7'ye göre, 70 inci maddenin birinci fıkrası gereği yapılacak belirlemeler, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde tamamlanır.

5510 S. Kanun'un 70. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Kurum'ca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. Bir yıl içinde sağlık hizmeti sunucularının basamaklandırılması işlemleri tamamlanuncaya kadar sevk zinciri uygulamasını il ve ilçe bazında ertelemeye Sağlık Bakanlığı yetkilidir (geç. m. 12/7).

### **7) Sevk zincirine uygun tedavi**

5 ve 6. fıkrada, Aile hekimleri tarafından başlatılan sevk zincirine uygun olarak yapılan sağlık hizmetleri için alınan katılım paylarının üç yıl süreyle % 50 oranında azaltılarak uygulanması, 70. maddenin birinci fıkrası gereği yapılacak belirlemelerin, bu Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde tamamlanması ve bu süre içerisinde 70. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanmasının il ve ilçe bazında ertelenmesi hususunda Sağlık Bakanlığı'na yetki verilmesi düzenlenmektedir.

### 8) Genel Sağlık Sigortası kapsamı

8. fıkraya göre: İlgili kanunları gereği tedavi yardımları karşılanan kişiler, 1.10.2008 tarihinde herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, 5510 S. Kanun açısından genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılır. 1.10.2008 tarihinde ilgili kanunları gereği bakmakla yükümlü olunan kız çocukları 5510 S. Kanun gereğince de bakmakla yükümlü olunan kişi sayılır. Ancak durumlarında değişiklik olduğunda sağlık hizmetlerinden yararlanma koşulları 5510. S. Kanun hükümlerine göre yeniden belirlenir. Bu kişilerin sigortalı ve sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişilere ilişkin bilgileri ilgili kurumlar tarafından 1.10.2008 tarihinden itibaren en geç üç ay içinde Kuruma bildirilir.

Bu geçiş hükmü ile, halen sağlık güvencesine sahip olan ve fıkroda sayılan kişilerin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın genel sağlık sigortası kapsamına alınması sağlanmıştır. Bu kişilerin bilgilerinin Kuruma aktarılması için üç aylık süre tanınmıştır.

### 9) Tarım İşçileri

Geç. 12. m.'nin 10. fıkrası ile 2925 sayılı Süreksiz Tarım İşçileri Kanunu kapsamında sigortalılık hali devam eden sigortalılar ile bunların sağlık yardımına müstahak eş ve çocukları, genel sağlık sigortası hükümlerine göre sağlanan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

### 10) Türk Silahlı Kuvvetleri Personelinin Tedavileri

Geçici 12. m.'nin 9. fıkrasına göre: "211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun, bu Kanuna aykırı hükümleri, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl süreyle uygulanır". 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun<sup>(28)</sup> 57 ila 70. <sup>(29)</sup> maddeleri arasında düzenlenen sağlıkla ilgili hükümlerine baktığımızda, bu Yasa kapsamındaki kişiler için sağlık hizmetleri bakımından Genel Sağlık Sigortası hükümlerinden ayrılan çok farklı düzenlemelerin olduğunu görüyoruz. <sup>(30)</sup> İşte bu hükümler

28 Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, RG 10 .01.1961, 10703, 4. t. Düstur, C. 1, s. 1008.

29 Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil personel için de 115 ve 116 . maddelerde düzenlenmiştir.

30 Örneğin, hastalanan askerlerin muayene ve tedavileri kendi kıta ve kurumlarının kadrolarında gösterilen tabiplerce yapılacağına ilişkin (211 s. Y. m. 57/1-a), hastalananlar için amirlere bildirim mecburiyetine ilişkin (m. 62), tedavilerde katılım payı alınmayacağına

5510 S. Yasanın yürürlüğünden sonra iki yıl, 1.10.2008'e kadar, daha uygulanmaya devam edecektir.

### **11) Sağlık hizmetlerine ilişkin hükümler**

63. maddede sayılan finansmanı Kurumca sağlanacak sağlık hizmetleri ile 65. madde gereği ödenecek gündelik, yol, yatak ve yemek giderlerinin 72. madde hükümlerine göre Kurumca ödenecek bedelleri tespit edilip yayımlanincaya, 73. madde hükümlerine göre sağlık hizmeti sunucuları ile sözleşmeler yapılıncaya kadar, Kurum tarafından belirlenmiş olan usûl ve esaslar, sağlık hizmeti bedelleri ile protokol ve sözleşmeler geçerlidir.

### **12) Aylık alanlardan kesilecek sağlık sigortası primi**

Geçici 19. maddeye göre, 1479 ve 2926 Sayılı Kanunlara göre aylık almakta olanlarla 5510 S. Kanun'un m.4/I-b kapsamında çalışmaları nedeniyle 5510 S. Kanun'un geçici 2 nci maddesine göre aylık bağlanacaklara ilgili dosyasından on yıl süreyle sağlık sigortası veya genel sağlık sigortası primi ödememiş olanlardan, sağlık sigortası ve genel sağlık sigortası primi kesilmiş olan süreler düşülmek kaydıyla, aylıklarının % 10'u oranında ve 10 yılı tamamlayacak süreyle genel sağlık sigortası primi kesilir.

## **X. 4046 SAYILI KANUNA İLİŞKİN HÜKÜMLER**

5510 S. Yasa'nın geçici 13. maddesine göre, 24.11.1994 tarihli ve 4046 Sayılı Kanun'un 21. maddesi kapsamında iş kaybı tazminatı alanlar, <sup>(31)</sup> 4/1-(a) kapsamında sigortalı ve genel sağlık sigortalısı sayılır, ancak kısa vadeli sigorta kollarına tabi değillerdir. 4046 Sayılı Kanun'un 21. madde-

---

ilişkin hükümler bulunmaktadır (m. 66/1-a). Bunlardan başka, sağlık hizmetlerinden erkek ve kız kardeşler de yararlanabilmektedir (m.69/1-b, 4).

31 4046 Sayılı Yasa'nın "İş Kaybı Tazminatı Ödenmesi ve Diğer Hizmetlerin Verilmesi" başlıklı 21. m.'nin 1. fıkrasına göre: "Bu Kanuna göre özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda (iştirakler hariç) bir hizmet akdine dayalı olarak ücret karşılığı çalışırken bu kuruluşların özelleştirmeye hazırlanması,özelleştirilmesi,küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen veya tamamen durdurulması,sürelili veya süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedenleriyle; hizmet akitleri,tabii oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona erenlere, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir. Ayrıca bunlara yeni iş bulma, meslek geliştirme,edindirme ve yetiştirme eğitimi hizmetleri özelleştirme fonundan desteklenerek ve finanse edilerek,öncelikle sağlanır. Kapatma ve tasfiye halleri dışında sakat statüsü ile (ilgili kanunların öngördüğü I, II ve III.derece) çalışanlar işten çıkarılamaz. Kapatma ve tasfiye halinde ise, işten çıkarılan sakat personele (ilgili kanunların öngördüğü I, II ve III. derece) iş kaybı tazminatı bu Kanun'un tanıdığı hakların iki katı oranında ödenir.İş kaybı tazminatı ödenmesi ve sağlanabilecek diğer hizmetlere ilişkin işlemlerin yürütülmesinden İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü görevli, yetkili ve sorumludur".

sine göre “Bu Kanuna göre özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda (iştirakler hariç) bir hizmet akdine dayalı olarak ücret karşılığı çalışırken bu kuruluşların özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen veya tamamen durdurulması, süreli veya süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedenleriyle; hizmet akitleri, tabi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona erenlere, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir”.

Sigortalıların sigortalı olduklarını ayrıca Kuruma bildirme sorumlulukları yoktur (geç. m. 13/2).

Türkiye İş Kurumu tarafından ilk iş kaybı tazminatının ödendiği tarihi takip eden ay sonu itibarıyla, iş kaybı tazminatı alanlara ilişkin primlerin aktarıldığı anda sigortalı bildirimi ve tescili yapılmış sayılmaktadır (geç. m. 13/3). Bu kapsamdakilerin sigortalılıkları iş kaybı tazminatı ödeme süresinin bittiği tarihte sona ermektedir. İş kaybı tazminatı sona erenler için, Kuruma ayrıca bildirim yapılmasına gerek görülmemiştir. İş kaybı tazminatı sona erenler için 5510 S. Yasa'nın 9. maddesi hükümleri uygulanmaz.

İş kaybı tazminatından yararlananlar için Türkiye İş Kurumu prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte 5510 S. Yasa kapsamında işyeri ve işveren sayılmaz (geç. m. 13/5).

#### **XI. 506 Sayılı Kanun'un GEÇİCİ 20. MADDESİ KAPSAMINDAKİ SANDIKLARA İLİŞKİN HÜKÜMLER**

Geçici 20. maddenin 1. fıkrasına göre, 506 Sayılı Kanun'un geçici 20 nci maddesi kapsamındaki bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler personeli için kurulmuş bulunan sandıkların iştirakçileri ile aylık veya gelir bağlanmış olanlar ile bunların hak sahipleri herhangi bir işleme gerek kalmaksızın 8.5.2008 tarihinden itibaren üç yıl içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilerek 5510 S. Kanun kapsamına alınır. Üç yıllık süre Bakanlar Kurulu kararı ile en fazla iki yıl daha uzatılabilir. Devir tarihi itibarıyla sandık iştirakçileri 5510 s. K. m. 4/I-a bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.

Devir işlemi tamamlanıncaya kadar, sandık iştirakçileri, sandıktan aylık ve gelir alanlar ile bunların hak sahiplerinin sağlık ve sosyal sigorta yardımlarının sağlanması ile primlerinin tahsil edilmesine, ilgili sandık mevzuat

hükümlerine göre sandıklarca ve sandık iştirakçilerini istihdam eden kuruluşlarca devam edilir (Geçici m. 20/4).

Devir işlemi tamamlandıktan sonra sandıklarca ödenen aylık ve gelirlerin, bu Kanun'un yürürlük tarihinden önceki süreler için 506 Sayılı Kanun, 1.10.2008 tarihinden sonraki süreler için 5510 S. Kanun hükümleri uygulanmak suretiyle hesaplanacak aylık ve gelirlerin üzerinde olması halinde söz konusu farklar, peşin değer hesabında dikkate alınır ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ilgililere ödenmeye devam edilir. Devir tarihinden sonra bu kişilerin gelir ve aylıklarının durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi ve yeniden bağlanması işlemleri sırasında vakıf senetlerine göre yapılacak hesaplamalar ilgili sandıklar veya sandık iştirakçilerini istihdam eden kuruluşlar tarafından Kurum kontrolünde yapılır (Geçici m. 20/5).

Devir tarihi itibarıyla sandıklarda iştirakçi olanlar ile sandıklardan ayrılmış olup, aylık veya gelir almayanların sandıklara karşı hak sahibi olmaları halinde tahsis talep tarihi itibarıyla aylıkları, 5510 S. Kanun'un geçici 2 nci maddesi hükümlerine göre hesaplanır. Geçici 2. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin uygulanmasında 1.10.2008 tarihinden önceki dönem için 506 Sayılı Kanun hükümlerine göre Kurum tarafından ve vakıf senetlerine göre ilgili sandıklar ve sandık iştirakçilerini istihdam eden kuruluşlar tarafından Kurum kontrolünde hesaplama yapılır. Geçici 2 nci madde kapsamında hesaplanacak aylıklar ile sandıkta geçen süreler dikkate alınarak sandık hükümlerine göre hesaplanacak aylıklar arasında fark olması halinde söz konusu farklar, peşin değer hesabında dikkate alınır ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ilgililere ödenmeye devam edilir. Bu kişilerin gelir ve aylıklarının durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi ve yeniden bağlanması işlemleri sırasında vakıf senetlerine göre yapılacak hesaplamalar ilgili sandıklar veya sandık iştirakçilerini istihdam eden kuruluşlar tarafından Kurum kontrolünde yapılır (Geçici m. 20/6).

Sandık iştirakçileri ile aylık ve/veya gelir bağlanmış olanlar ve bunların hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na devrinden sonra bu kişilerin tabi oldukları vakıf senesinde bulunmasına rağmen karşılanmayan diğer sosyal hakları ve ödemeleri, sandıklar ve sandık iştirakçilerini istihdam eden kuruluşlarca karşılanmaya devam edilir (Geçici m. 20/7).

30/4/2008 tarihinden itibaren, sandıklarca bağlanmış/bağlanacak olan

gelir veya aylıklara yapılacak artışlar, 506 Sayılı Kanun'a göre bağlanan gelir veya aylıklara yapılan artışlardan fazla olamaz (Geçici m. 20/12).

## XII. PRİM AFFINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un <sup>(32)</sup> 26. ve 27. maddeleri ile 31.5.2006 tarihli ve “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”na <sup>(33)</sup> geçici 23 ve 24. maddeler eklenmiş ve yapılan düzenlemelerle sigortalıların Sosyal Güvenlik Kurumu’na (SGK) birikmiş alacakları için ödeme kolaylığı getirilmiştir. 5510 Sayılı Kanun'un geçici 23. maddesi hükümlerine göre yeniden yapılandırma anlaşmalarının ihyasında ve aynı Kanun'un geçici 24. maddesi kapsamına giren borçların peşin veya 24 aya kadar taksitler halinde ödenmesinde SGK'nca yapılacak uygulamaya açıklık getirmek amacıyla 3.6.2008 tarihli 2008/50 sayılı Sosyal Güvenlik Alacaklarının, Yeniden Yapılandırma Anlaşmalarının İhyası, Peşin veya Taksitle Ödenmesi Hakkında Genelge yayınlanmıştır.

Geçici 23. madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için, yeniden yapılandırma haklarının **30.6.2008 tarihi ve önceki bir tarihte** kaybedilmiş olması ve yeniden yapılandırma ihya taleplerinin en geç 28.7.2008 tarihine kadar yapılması gerekmektedir (2008/50 sayılı Genelge, 1.2). Yine, geçici 23. maddeye göre yapılan başvuru sonucunda vadesinde ödenmediği veya eksik ödendiği anlaşılan taksit tutarlarının tamamının **en geç başvuru tarihini takip eden altı aylık süre içinde** ödenmesi şartı bulunmaktaydı (2008/50 sayılı Genelge, 1.4.1).

5510 SAYILI KANUN'A eklenen geçici 24. madde kapsamına ise, Uzlaşma Komisyonunca karara bağlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanarak Resmi Gazetede yayımlanan borçlar hariç olmak üzere **başvuru tarihine kadar tahakkuk ettiği halde ödenmemiş olan**, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre takip edilen özel sektör işverenleri ile resmi sektör işverenlerinin, **2008/Mart ve önceki ay/dönemlere** ilişkin;

- Sigorta primi borçları,
- Sosyal güvenlik destek primi borçları,
- İşsizlik sigortası primi borçları,
- İdari para cezası borçları,

32 RG. 26.5.2008, 26887.

33 RG.16.6.2006, 26200.

- 30.6.2008 tarihine kadar müracaat edilmek kaydıyla 31.3.2008 tarihine kadar bitirilmiş olan özel bina inşaatı ile ihale konusu işlerden, SGK'nca yapılan ön değerlendirme, araştırma veya tespit sonucunda yeterli işçilik bildiriminde bulunmadığı anlaşılanların *fark işçiliğe ilişkin borçları*, girmekteydi (2008/50 sayılı Genelge, II, A, 1.2).

5510 Sayılı Kanun'un geçici 24. maddesi kapsamına giren borçların anılan maddeye göre peşin veya taksitle ödenebilmesi için SGK'na 27.5.2008 tarihinden 28.7.2008 tarihine kadar müracaat edilmesi gerekmektedir (2008/50 sayılı Genelge, II, A, 1.2).

5510 S. Kanun'un geçici 23 ve geçici 24. maddesindeki prim borçlarının ödenmesine ilişkin sürelerin her ikisi de eş zamanlı olarak 28.7.2008 tarihinde dolmuştur. Daha sonra üçüncü prim affına ilişkin düzenleme 5797 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un <sup>(34)</sup>4. maddesi ile 5510 SAYILI KANUN'A geçici 25. madde eklenmesi suretiyle yapılmıştır. Bu yeni düzenlemede, geçici 24. madde kapsamına giren borçları yapılandırılmamış olan işveren ve sigortalıların, geçici 25. maddenin yürürlüğe girdiği 19.8.2008 tarihinden itibaren 20 gün içinde yazılı olarak SGK'ya başvurmaları halinde söz konusu borçlarının peşin veya 12 aya kadar taksitle ödeneceği hükme bağlanmıştır. Bu uygulamaya açıklık getirmek amacıyla 20.8.2008 tarihli 2008-79 sayılı Genelge yayınlanmıştır. Geçici 25. maddenin kapsamına, geçici 24. madde kapsamına giren borçlar girmektedir. Buna göre, geçici 25. madde kapsamına, bu maddeye göre yapılan başvuru tarihine kadar tahakkuk ettiği halde ödenmemiş olan,

1. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre takip edilen;
  - a) İşverenlerin **2008/Mart ve önceki ay/dönemlere** ilişkin;
    - *Sigorta prim borçları*,
    - *Sosyal güvenlik destek primi borçları*,
    - *İşsizlik sigortası primi borçları*,
    - *İdari para cezası borçları*,

- 31.3.2008 tarihine kadar bitirilmiş olan özel bina inşaatı ile ihale konusu işlerden, ilgili mevzuat uyarınca 30.6.2008 tarihine kadar fark işçilik borcunun ödeneceğine dair müracaat edilmiş olması kaydıyla, SGK'ca

yapılan ön değerlendirme, araştırma veya tespit sonucunda yeterli işçilik bildiriminde bulunmadığı anlaşılanların *fark işçiliğe ilişkin borçları*,

- *Sosyal yardım zammı borçları*,

b) *İsteğe bağlı sigortalıların*, 2003/Mayıs ile 2008/Mart dönemleri arasında isteğe bağlı sigortalılıklarının devam ettiği süre içindeki prim borçları,

c) Topluluk sigortasına tabi olanların, 2008/Mart ve önceki dönemlere ilişkin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ait *prim borçları*,

2. 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kuru u Kanunu ile 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı olanların, *31.3.2008 tarihine kadar olan prim ve sosyal güvenlik destek primi borçları*, girmektedir (2008/79 sayılı Genelge, 2).

Geçici 25. maddeye göre başvurunun 19.8.2008 ile 8.9.2008 tarihleri arasında yapılması gerektiğinden, bu maddeye göre başvuru imkânı da **8.9.2008** tarihinde dolmuştur.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında getirilen dördüncü prim affını düzenleyen Geçici 17. madde ise 30.4.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu madde ile 30.4.2008 tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunan mülga 1479 ve 2926 Sayılı Kanunlara tabi sigortalıların, sigortalılık sürelerinin belirlenmesi, durdurulması, değerlendirilmesi ve yeniden başlatılmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. <sup>(35)</sup> Bu konuya açıklık getirmek amacıyla SGK'nca "5510 Sayılı Kanun Gereğince Kendi Adına ve Hesabına Bağımsız Çalışanlardan 5 Yılı Aşan Süreye İlişkin Prim Borcu Bulunanlar İçin Yapılacak İşlemler Hakkında Tebliğ" <sup>(36)</sup> ve 28.1.2009 tarihli 2009/17 sayılı Genelge yayınlanmıştır.

Geçici 17. maddeye göre, SGK'nun çıkaracağı tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren uygulama başlayacaktır. Söz konusu tebliğ de 14.1.2009 tarihinde yayımlandığından, yayımı takip eden aybaşından itibaren, yani 1.2.2009 tarihinde uygulama başlamıştır.

## **1. PRİM AFFINDAN YARARLANMANIN KOŞULLARI**

### **a) 30.4.2008 tarihinden önceye ait beş yıllık prim borcunun olması**

35 1479 ve 2926 Sayılı Kanunlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2008, s.634-708, 709-719.

36 RG. 14.01.2009, 27110.

1479 ve 2926 Sayılı Kanunlara göre sigortalı olarak tecilleri yapılanlar, sigortalılığı devam eden, sona eren ve 3.8.2009 tarihine kadar 5458 ve 5510 Sayılı Kanunlara göre yapılandırması bozulanlardan 30.04.2008 tarihi itibariyle beş yılı aşan (60 aydan fazla) süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalılar ve/veya bunların hak sahipleri 5510 Sayılı Kanun'un geçici 17. maddesi kapsamında sayılacaklardır. Bu düzenleme karşısında, 1479 ve 2926 Sayılı Kanunlara tabi olup 30.4.2008 tarihi itibariyle 5 yıl, yani 60 ay ve altında prim borcu bulunan sigortalılar ise geçici 17. madde ile getirilen hükümlerden yararlandırılmayacaktır. Burada niçin 5 yıl ölçüsünün alındığını anlamak güçtür. Bu düzenleme karşısında 30.4.2008 tarihinden önceye ait 60 ay değil de 55 ay prim borcu olan kişiler kapsam dışında kalmaktadırlar. Kanımızca, 30.4.2008 tarihinden önceki döneme ait tüm prim borçlarının geçici 17. madde kapsamına alınması daha adaletli ve eşitlik ilkesine daha uygun bir düzenleme olacaktır.

**b) Prim borcunun 3.8.2009 tarihine kadar ödenmesi**

5510 S. Kanun'un Geçici 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, prim borcunun "...Kurumca çıkarılacak genel tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren 6 ay içerisinde ,..." ödenmesi gerekmektedir. Söz konusu Tebliğ 14.1.2009 tarihli 27110 sayılı Resmi Gazetede yayınlandığından, yayımı takip eden aybaşı olan, 1.2.2009 tarihinden itibaren 6 ay içerisinde, yani 3.8.2009 tarihine kadar prim borcunun ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde sigortalılıkları, sigortalılık süresinin başladığı tarih itibarıyla durdurulacaktır. Prim borcunun ödenmemesi nedeniyle sigortalılıkların durdurulması 5510 S. Kanun'un 92. maddesinin I. fıkrasında düzenlenen sigortalılığın zorunlu olması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Ancak yine maddede, prim borçları ödenince sigortalılığın canlandırılacağı hükmü de getirilmiştir.

Sigortalılıklarının durdurulmasını talep edenler ile 3.8.2009 tarihine kadar talepte bulunmayanlar için ikinci bir imkan Geçici 17. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, 3.8.2009 tarihinden sonra da talepte bulunulması halinde, müracaat tarihindeki 5510 Sayılı Kanun'un 80. maddesinin 2. fıkrasına göre belirlenecek prime esas kazanç tutarı üzerinden hesaplanacak borç tutarının tamamı, borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödenebilecek ve bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir. Örneğin, sigortalının 10.8.2009 tarihinde prim borcunu ödemek

için SGK'na müracaat ettiğini varsaydığımızda, 15.8.2009 tarihinde hesaplanan borç sigortalıya tebliğ edilirse borcun tamamının 15.11.2009 tarihine kadar ödenmesi halinde söz konusu süreler hizmet olarak değerlendirilecektir. Bu bağlamda geçici 17. madde hükümlerinden yararlanma imkanı 3.8.2009 tarihinde sona ermeyip, bu tarihten sonra da devam etmektedir.

## 2. Prim borcunun hesaplanması

5510 S. Kanun'un Geçici 17. maddesi ile 1479 S. Kanun'un Ek 19. maddesi sigortalılığın durdurulması açısından benzer hükümler içermekle birlikte, sigortalılığın canlandırılması açısından Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2009/17 sayılı Genelgesi ile farklı prim ödeme yöntemi benimsenmiştir. 1479 S. Kanun'un Ek 19. maddesine göre, sigortalının en son bulunduğu basamağın yazılı başvuru tarihindeki değeri üzerinden borçları hesaplanacaktır (Genelge 2009/17, 7). 1 Ekim 2008 tarihinde 1479 Sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldığı için, basamak sistemi ortadan kalkmış, bağımsız çalışanların prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında beyan edecekleri gelirlerine göre prim ödeyecekleri hükme bağlanmıştır (5510 s. K. m.80/2). Ek 19. madde hükmün göre prim borcu hesaplandığında, son tablo olan 1 Temmuz 2008- 30 Eylül 2008 döneminde geçerli Bağ-Kur Prim ve Kesenek Tutarları Tablosuna göre, 10. basamakta olan bir sigortalının ödeyeceği aylık toplam primi 275, 54 TL'dir. İlgilinin ödeyeceği prim borcu da bu miktar üzerinden hesaplanacaktır. Geçici 17. maddeye göre 5510 s.K.'nun 2. f.'ndaki prime esas kazancın alt sınırından bile bildirim yapılsa 666,00 TL üzerinden borç hesaplanırken, Ek m. 19'a göre 10. basamaktaki bir kişi en son bulunduğu basamağın karşılığı olan 275, 54 TL üzerinden prim borcunu ödeyecektir. İki farklı hükme göre yapılan hesaplamada (666,00 - 274,54=) 391.46 TL fark bulunmaktadır. Bu düzenleme ile ilgililer Ek m. 19'a göre daha az miktarda prim borcu ödeyeceklerdir. Dolayısıyla 2009/17 s. Genelge'deki bu düzenleme ile adeta örtülü bir prim affi getirilmiş bulunmaktadır.

## § 3. SONUÇ

1. 5510 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce ülkemizde hizmet akdi ile çalışanların, kamu görevlilerinin, kendi adına ve hesabına çalışanların sosyal güvenliği 506, 1479, 2925,2926 ve 5434 Sayılı Kanunlarla sağlanmaktaydı. 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle, Kanun'un yürürlük

tarihinden önce sigortalı olanların beklenir müktesep hakları korunmuş ve mülga kanunların aylığa hak kazanma koşullarına ilişkin bazı maddeleri yürürlükte bırakılmıştır. Bu bağlamda 08/09/1999 tarihinden önce sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları 5510 Sayılı Kanunla; 4/I-a sigortalıları için; 506 Sayılı Kanun'un geçici 81 inci ve 2925 Sayılı Kanun'un geçici 2 nci,

4/I-b sigortalıları için; 1479 Sayılı Kanun'un geçici 10 uncu,

4/I-c sigortalıları için; 5434 Sayılı Kanun'un geçici 205 inci,

maddeleri yürürlükte bırakılmak suretiyle aylığa hak kazanma koşullarının mülga kanunlardaki hükümler doğrultusunda tespit edilmesi sağlanmıştır.

**2.** 5510 Sayılı Kanun'la getirilen aylık bağlama sistemi 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda;

- 1.10.2008 öncesi tahsis talebinde bulunan sigortalıların aylıkları bu tarihten önce yürürlükte bulunan gösterge ve 4447 Sayılı Kanun'la getirilen sisteme veya sigortalılık başlangıç tarihi 2000 yılından sonra olanlar için sadece 4447 Sayılı Kanunla getirilen sisteme,

- Sigortalılığı 1.10.2008 ve bundan sonraki bir tarihte başlayanların aylıkları 5510 Sayılı Kanunla getirilen yeni sisteme,

- Sigortalılığı 1.10.2008 öncesi başlayıp, 1.10.2008 sonra tahsis talebinde bulunanların aylıkları eski ve yeni sistemin birleşiminden oluşan karma sisteme,

göre bağlanacaktır.

**3.** Sosyal güvenlik reformu ile emekli olma şartları açısından farklı sigortalı grupları ortaya çıkmıştır. Yaşlılık sigortasından aylığa hak kazanma 3 ayrı tarihte sigortalı olunmasına göre değişmektedir:

a) 08/09/1999 tarihinden önce sigortalı olanlar,

b) 08/09/1999 ila 30/04/2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar,

c) 30/04/2008 sonrasında sigortalı olanlar.

Bu üç grup farklı koşulları yerine getirmeleri halinde yaşlılık aylığına hak kazanabilmektedirler. 5510 S. Kanun ile bunlara başka gruplar da eklenmiştir.

5510 S.Kanun'un 28. maddesinde, 1.10.2008'den sonra 5510 S. Kanun kapsamına girecek 4/I-b ve 4/I-c sigortalılarının, kadın için 58, erkek için 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm

sigortaları primi bildirilmiş bulunması koşuluyla aylık bağlanacağı belirtilmektedir. 4/I-a kapsamında sigortalı olanların ise kadın için 58, erkek için 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 7200 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş bulunması koşuluyla yaşlılık aylığı bağlanacaktır. 5510 Sayılı Kanun ile emekli olma bakımından mevcut emeklilik koşulları yanında üç yeni grup daha getirilmiştir:

a) 1.10.2008–31.12.2035 tarihleri arasında sigortalı olacaklar, kadınlar 58, erkekler 60 yaşını doldurunca emekli olabileceklerdir (5510 s.K. m. 28/2-a). Prim ödeme gün sayısı ise 4/I-a'lılar için 7200 gün olarak uygulanacaktır.

b) 1.1.2036-31.12.2047 arasında sigortalı olacak 4/I-a'lı ve 4/I-b'liler 9000 gün, 4/I-c'liler 7200 gün prim ödeyecek, yaş da kademeli olarak kadınlarda 58 ve erkeklerde 60'dan, her yıl birer basamak yükseltilerek 1.1.2048'de ortak yaş olarak 65'e ulaşılabilecektir.

c) İlk kez 1.1.2048 tarihinden sonra sigortalı olacaklar 9000 gün, 4/I-a'lılar 7200 gün prim ödemek ve kadın ve erkek 65 yaşını doldurmak koşulu ile emekli olabileceklerdir (5510 s.K. m. 28/2 -(b), 7).

4. 1.10.2008 tarihinden önce ölen, ancak 5510 Sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre ölüm aylığının bağlanabilmesi için yeterli prim ödeme gün sayısı olmayan sigortalının hak sahiplerinin, prim ödeme gün sayısı bakımından 5510 Sayılı Kanun hükümlerine göre ölüm aylığına hak kazanması halinde, müracaat tarihini takip eden aybaşından itibaren, 5510 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre hesaplanacak aylıkları, 5510 Sayılı Kanun'un 32., 34. ve 37. maddelerine göre ödenir (geç. m.4/14). Böylelikle, 1.10.2008 tarihinden önce ölen ve hizmet yılı 5 yıldan fazla 10 yıldan az olması nedeniyle aylık bağlanamayan hak sahiplerine 5510 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra aylık bağlanması imkanı getirilmiştir.

5. Geçici 1. m.'nin 2. fıkrasına göre, 506, 1479, 2925 ve 2926 Sayılı Yasalara **göre bağlanan veya hak kazanan**; aylık, gelir ve diğer ödenekler ile 8/2/2006 tarihli ve 5454 Sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre ödenmekte olan ek ödemenin verilmesine devam edilir. Bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, 5510 S. Kanun ile yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanır.

Bu düzenlemeye göre, 5510 Sayılı Yasa'dan önce yürürlükte olan yasalara göre aylık bağlanmış ya da hak kazanılmış olması eski yasalara göre bir "kazanılmış hak"tan söz edebilmek için şarttır. Geçici 1. m.'nin 2. fıkrasındaki bu açık hüküm karşısında, 5510 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarih itibariyle (1.10.2008) aylık bağlanmış veya yaşlılık aylığına hak kazanmamış, kişilerin hakları saklı tutulamayacak ve bunlar aylığa hak kazanma bakımından 5510 S. Kanun hükümlerine tabi olacaklardır. Kanunkoyucunun kazanılmış hak kavramını oldukça sınırlı bir şekilde düzenlediği bu hüküm, haksız ve adil olmayan sonuçlar yaratabilecek niteliktedir. Çünkü, aylık bağlanmış ya da hak kazanmış sigortalı için daha önceki ilgili sosyal güvenlik kanunu, çalışmaya devam eden sigortalı için ise 5510 Sayılı Kanun ve geçiş hükümleri uygulanacağından, bağlanacak aylıklarda büyük farklılıklar ortaya çıkabilecektir. <sup>(37)</sup>

**6.** Geçici m.14/I'e göre, 1.10.2008 tarihinden önce,

- iştirakçi veya sigortalı olanlar,
- vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve
- 1.10.2008 tarihinde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından 5510 S. Kanun'la yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Ancak; 5510 S. Kanun'un m. 4/I-a kapsamında çalışanlar için sosyal güvenlik destek primi oranı 80 inci maddeye göre tespit edilen prime esas kazançlar üzerinden 81 inci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen prim oranına yüzde 30 oranının eklenmesi suretiyle bulunan toplamdır. Yüzde 30 oranının dörtte biri sigortalı, dörtte üçü işveren hissesidir. Bu kapsamda sayılan kişilerden sosyal güvenlik destek primine tabi olanların prim ödeme yükümlüsü bunların işverenleridir. Bunlar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır (Geçici m. 14/I-a).

**7.** 5510 S. Kanun'un geçici 4. maddesinin 4. fıkrasına göre, iştirakçi iken, 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.10.2008 tarihi itibarıyla 5510 s.K. m.4/I-(c) bendi kapsamına alınanlar, 1.10.2008 tarihin önce 5434 Sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmış olup bu Kanun'un 4.maddesi-

---

37 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, s.18.

nin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında 5510 S. Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu düzenleme ile 01.10.2008 tarihinden önce kamu görevlisi olarak çalışmaya başlayanlara 5434 S. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanacak, bu tarihten sonra çalışmaya başlayan kamu görevlileri için ise 5510 Sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda aynı görevde çalışmış ve çalışmakta olan kamu görevlileri ile 1.10.2008 tarihinden sonra çalışmaya başlayan kamu görevlilerinin emekli aylıkları ile ölenlerin dul ve yetimlerinin aylıkları arasında fark oluşturacak; bu fark, eşitlik ilkesine aykırı olacaktır ve adaletsizlik yaratacaktır.

**8.** Yaşlılık aylığının bağlanmasında, 01/10/2008 öncesinde sigortalı olanlara, 2829 Sayılı Kanun'a göre; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde en çok hangi sosyal güvenlik kuruluşuna prim ödenmiş ise o kuruluş hükümlerince aylık bağlanacaktır. 01/10/2008 sonrasında sigortalı olanlara ise toplam sigortalılık süresi içinde; 4/I-a, 4/I-b ve 4/I-c kapsamında en çok sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali esas alınarak aylık bağlanacaktır (geç. m.2/7).

**9.** Geçici 12. m.'de Genel Sağlık Sigortası ile ilgili geçiş süreci düzenlenmiştir. Kişilerin yürürlükten kaldırılan kanun hükümleri gereğince hak ettikleri sağlık hizmetleri, 5510 S. Kanun hükümleri gereğince kapsama alınmamış ise, tedavi tamamlanıncaya kadar yürürlükten kaldırılan yasa hükümlerine göre Kurumca sağlanmaya devam edecektir. 67 nci madde gereği hesaplanan 30 günün hesabında kişilerin lehine olan durum uygulanır. Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, 5510 S. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce başlayan, ancak, 1.10.2008 tarihinden sonra faturalandırılan tedavi giderleri Kurum tarafından karşılanır (Geç. m.12/3).

Kamu idarelerinin sağlık hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin görevleri, yürürlükten kaldırılan kanunlardaki hak ve yükümlülükler çerçevesinde ilgili kayıt ve işlemler Kurum tarafından devralınan tarihe kadar devam eder. Devir süreci üç yıl içinde tamamlanır (Geç. m. 12/2).

**10.** 5510 Sayılı Kanun'un geçici 23., geçici 24., geçici 25. ve son olarak da geçici 17. maddesi hükümleri ile 26.5.2008 tarihinden itibaren bugüne kadar dört defa, birikmiş prim borcu olanlar için ödemedede kolaylıklar içeren

düzenlemeler getirilmiştir.

Geçici 23. madde ve geçici 24. maddesi kapsamına giren borçların, anılan maddelere göre peşin veya taksitle ödenebilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumu'na **28.7.2008** tarihine kadar müracaat edilmesi gerekmektedir. 5510 S. Kanuna eklenen geçici 25. madde ile getirilen üçüncü prim borcunu ödeme kolaylığından yararlanma süresi de **8.9.2008** tarihinde dolmuştur. Daha sonra Geçici 17. maddedeki hükümler ile 30.4.2008 tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunan 1479 ve 2926 Sayılı Kanunlara tabi sigortalıların, sigortalılık sürelerinin belirlenmesi, durdurulması, değerlendirilmesi ve yeniden başlatılmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Dördüncü prim affi olarak nitelendirilebileceğimiz, geçici 17. madde kapsamındaki prim borcunu ödeme kolaylığından yararlanma imkanı 1.2.2009 tarihinde başlamıştır. Bu tarihten itibaren 6 ay içerisinde, yani 3.8.2009 tarihine kadar ilgililerin prim borcunu ödemeleri gerekmektedir. Dinlediğiniz için teşekkür ederim. (alkışlar)

### **GENEL GÖRÜŞME**

**Süleyman CANER-** Oturum Başkanı- Değerli Hocam Hediye Ergin'e son derece karmaşık bir konuyu biraz da sistematik hale getirerek bizim daha iyi anlamamız için olgunlaştırdı ve adına uygun bir şekilde bize hediye etti. Biz şimdilik bunu belki anlamıyor gibi geliyoruz, ama ben kendi kişisel deneyimlerimden şunu söyleyebiliyorum. Bu tür sempozyumlarda kendisini daha evvel de dinlediğim için biz soyut gelen konuyu önümüze bir somut olay geldiğinde oraya monte ederken, onu yorumlarken çok çok yararlandığımızı bilmenizi isterim. Sizin de önümüze böyle sorunlar geldiğinde bu değerlendirmelerden yararlanmış olacağınızı ümit ediyorum. Şimdi soru cevap bölümüne geçiyorum, soru sormak isteyen arkadaşlarımız varsa lütfen buyursunlar.

**Prof. Dr. Ali Rıza OKUR-** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Efendim Hediye'yi bu konuya ilk yönlendiren zannediyorum benim, kimse bu konuyu üzerine almak istemezken Hediye büyük bir cesaretle bu konuyu ele aldı ve yasanın çıkışından beri de seminerlerde başarılı bir şekilde sunuyor, bu açıdan kendisine teşekkür ediyorum. Şimdi benim sorum sosyal güvenlik destek primine ilişkin geçiş hükümleriyle ilgili 14. maddeyle ilgili olacak. Maddede dikkat edersek şöyle söylüyor, bu Kanun'un yürürlüğe

girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar vazife malullüğü, malullük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir. Buradan ne anlıyoruz? Burada kazanılmış hak olduğunu, dolayısıyla eski yasaların olduğu gibi uygulanması gerektiğini anlıyoruz. Ancak devamını hemen bir ancak'la uzatıyor ve 4/1/a'lılarla ilgili, 4/1/b'lilerle ilgili, 4/1/c'lilerle ilgili farklı hükümler geliyor arkasından. Bu farklı düzenlemeler maddenin 1. fıkrasındaki hükümle ve kazanılmış haklar yönünden ne derece bağdaşır? Bunu merak ediyor ve soruyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Genel olarak 5510 Sayılı Yasa'nın sistematigi zaten tartışmaya açık, eleştiriye açık. İfadelerdeki belirsizlikler, paragrafların uzunluğu, ifadelerdeki soyutluk her zaman karşımıza problem olarak çıkıyor. Geçici 14. maddede de tabii ki bu kötü düzenlemenin güzel örnek diyemeyeceğim, bir örneğini görüyoruz. Şimdi burada tabii ben hızlı hızlı geçtim bazı konuları, ancak diye başlayan düzenlemeyle şu getirilmiş. Yasa yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmakta olanların kazanılmış hakları korunmuş, ama bunların ödedikleri sosyal güvenlik destek primi oranı artıyor. 4/1/a'lılar için, işçiler için bunun üzerine yüzde 30'du 506'da, bir de kısa vadeli sigorta kolları prim oranı geldi üzerine. Dolayısıyla şu anda 5510 Sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra bir 4/1/a'lının ödeyeceği sosyal güvenlik destek primi miktarı yüzde 31'le yüzde 36,5 arasında değişiyor. Yani hem hakları korunmuş, hem biraz daha ödemeleri gereken prim arttırılmış. Bu sosyal güvenlik destek priminin de ¼'ünü sadece sigortalı ödüyor, ¾'ünüyse işveren ödüyor.

Bunun açıklaması bu, yani genel olarak da 5510 Sayılı Yasa'da bunu da yeri gelmişken belirtelim, daha az aylık, daha çok prim alma anlayışı var. Yasanın tam bütününe baktığımız zaman böyle bir anlayışla düzenlendiğini görüyoruz. Dolayısıyla bir yandan kazanılmış hakları koruyup, bir yandan da prim oranını arttırmışlar. Tabii bu kazanılmış hak kavramıyla da kendi içinde de çelişiyor, eleştirinizde çok haklısınız Hocam.

**Av. Murat ÖZERİ-** Kocaeli Barosu- Geçiş hükümlerini anlattılar, ama benim sorum, arada da kendisine yönelmiştim, geçiş hükmü olmayan iki konuya ilişkin. Birine değindiler, avukatlar, topluluk hukukuna tabi olan

avukatlar malum topluluk sigortasına yönelik düzenleme kaldırıldı ve bir geçiş hükmü yok. Oysa ben topluluk sigortasına göre işte 25 yıl, 7 bin günde emekli olmak için kendimi ayarlamıştım, birdenbire 9 bin günle karşı karşıya kalmış oluyorum, geçiş hükmü yok. İsteğe bağlı sigortalılık geçiş hükmü olmayan bir diğer düzenleme, 506 Sayılı Yasa kapsamında isteğe bağlı sigortalılık mesela 6 bin günde emekli olacağımı düşünerek isteğe bağlı sigortalılıktan prim ödeyen birisi geçiş hükmü olmadığı için şimdi 9 bin gün mü, 4B statüsünde 9 bin gün mü ödemek zorunda kalacak? Yasa koyucu böyle bir düzenleme yapmamış, ne yapalım mı diyeceğiz, yoksa kazanılmış hak, güven ilkesi gibi birtakım hukuk kurumlarını devreye sokarak daha önceki yasa döneminde başlatılmış bir hukuki statünün sonraki yasada geçiş hükmü olmadığı için uygulanamayacağı sonucuna varmadan eski yasa hükümlerini uygulamak mümkün olacak mı? Teşekkür ederim.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Evet, isteğe bağlı sigortalılıkla ilgili geçiş hükmü yok. Bu tabii ki hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açıyor. Dolayısıyla geçiş hükmü olmadığı için 506 Sayılı Yasa döneminde isteğe bağlı sigortaya tabi olarak prim ödemeye başlayan kişilerin 5510 Sayılı Yasa hükmüne göre 4/1/b kapsamında kabul edilip 9 bin gün prim ödeyerek ancak emekli olabilecekleri sonucuna varıyoruz. Yani hukuk tekniği bakımından farklı düşünmek, farklı yoruma varmak mümkün değil kanaatimce, ama olması gereken hukuk bakımından mutlaka bir geçiş hükmü eklenmesi lazım. Çünkü kazanılmış haklar nasıl korunur...

**Av. Murat ÖZERİ-** ... (Mikrofonsuz konuşma)

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Bu hemen, üzerinde düşünmeden cevap verilebilecek bir konu değil, ama ilk hemen söyleyebileceğim 5510'daki isteğe bağlı sigortalılıkla ilgili hüküm çok açık.

**Süleyman CANER-** Oturum Başkanı- Hocam, bir saptama yapabilir miyim? Önceki kazanılmış hakların saklı tutulacağı gibi bir yoruma gitmek söz konusu değil. Ben Hocamın geçiş hükmü bulunmamasına rağmen genel değerlendirmesindeki düşünceye katılıyorum. Önceki statüde bir yaşlılık aylığı bağlanması mümkün değil. Örneğin siz diyorsunuz ki, ben kendimi 7 bin günde yaşlılık aylığı alacak şekilde planlamıştım, ödememi bu şekilde yapıyordum, bir geçiş hükmü olmadığı takdirde ben önceki sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı üzerinden emekli olabilir miyim? Bunu bir yargıç böyle doldurabilir mi, kanaatimce bu mümkün değil.

**Abdurrahman DURAN-** Kadıköy 1. İş Mahkemesi Hâkim. Benim sorum 41. maddeyle ilgili borçlanmaya yönelik, şimdi yasanın başlangıcında bu kanuna göre sigortalı sayılanlar hükmü geliyor ve bayan çalışanlar için doğum borçlanması hükmü söz konusu. Şimdi yasanın bu maddesinde kanunlar gereği verilen ücretsiz ya doğum ya da analık izinlerinin borçlanması hükmü getirilmiş. Bu kanuna göre sigortalı sayılanlar hükmü diyor, buradan borçlanma için sigortalı olma hükmünün bulunduğu; ancak yasanın 3. fıkrasında bu kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırma halinde diye başlayan hüküm nazara alındığında bayan çalışanların sigortalı olmadan önceki dönemlerdeki yapmış oldukları doğumları da yasadaki şartlar mevcut olduğunda borçlanmaları mümkün müdür?

**Süleyman CANER-** Oturum Başkanı- Şimdi doğum borçlanmasıyla ilgili soruyu Hocamdan izin alarak ben kendim cevaplandırmak istedim. Biz bunu Dairemizde uzun araştırmalar sonucunda incelediğimizde bir defa doğum borçlanmasının bir sosyal hak olarak tanındığını ve buradan yararlanmak isteyen kişinin borçlanma talep tarihinde aktif sigortalı olması gerekmediği gibi doğumun olduğu tarihte de aktif sigortalı olması gerekmez. İsteğe bağlı sigortalı olması doğum borçlanması yapmasına engel değildir. Kurum genelgelerinde isteğe bağlı sigortalı olanların doğum borçlanmasından yararlanamayacakları ya da doğumun işten ayrıldıktan sonra 300 gün geçmeden gerçekleşmesi halinde doğum borçlanmasının yapılabileceği gibi bir düşünceye katılmamız mümkün değildir. Borçlanma en çok iki defa yapılabilir, iki defadan fazla çocuk doğmuşsa üçüncü çocuk için böyle bir borçlanma yapılamaz. Çocuğun yaşaması şartına bağlı süre iki yıla sınırlıdır ve şayet çocuk bir yaşındayken ölmüşse birinci çocuk için ancak o çocuğun yaşadığı süreyle sınırlı şekilde bir yıllık borçlanma yapılabilir. Keza birinci çocuktan sonra örneğin 18 ay sonra ikinci bebek dünyaya gelmişse yine iki yıllık süre borçlanılamaz, ancak 18 aylık o dönem borçlanılabilir. Bundan sonra da kısmi borçlanma yapmak mümkündür. Ancak burada belirtmek istediğim önemli olgulardan bir tanesi de borçlanılan sürenin hizmet olarak değerlendirilmesi kavramından neyi anlayacağımız önemlidir. Burada sadece prim ödeme gün sayısına eklenmesi söz konusudur. Bu bir yasada bu kanuna göre tespit edilen sigortalıların başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlanmaları halinde sigortalılığın başlangıç tarihi borç-

lanılan gün sayısı kadar geriye götürülüp doğum borçlanması uygulanması mümkün değildir. Zaten doğum borçlanması yapabilmek için sigortalının tescil edilmiş olması mümkündür, tescil edilen sigortalılığın geriye götürülmesi mümkün değildir.

**Doç. Dr. Hakan KESER-** Dokuz Eylül Üniversitesi Ben hocamızdan sıkça bize sorulan ve benim de biraz tereddüt ederek cevap verdiğim bir konuda bilgisini rica edeceğim bu emeklilik geçiş hükümleriyle ilgili. Şimdi biliyorsunuz bu 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesinde işçi eğer emeklilik hakkını kazandıysa ve istifa ettiyse istisnai olarak kıdem tazminatına hak kazanıyor ve yaş sınırı yok. Şimdi burada biliyorsunuz bu 4447 Sayılı Yasa'yla getirilen bir geçiş maddesi var ve halen de yürürlükte. Bu 15 yıl sigortalılık, 3600 gün prim ödeme olayı ve bu biliyorsunuz belirli tarihte bu koşulları yerine getirmiş olan şu yaşta, belirli tarihte bu koşulları yerine getirmiş olan şu yaşta diyor ve 2014'den sonra da diyor bu koşulları sağlamış olan kişi şu tarihte emekli olur. Benim tereddüt ettiğim konu, şimdi bundan sonra, yani 2014'den sonra 3600 günü ve 15 yılı dolduran herkes ben emeklilik hakkını kazandım, 5510 beni bağlamaz diyebilecek mi, diyemeyecek mi? Ben açıkçası tereddüt ediyorum, siz bu konuda daha biliyorum ilgileniyorsunuz, bir görüşünüzü almak istedim.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Şimdi 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 14, bugün yürürlükte olan tek maddesi olan 14. maddesinde yaşlılık aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesini sona erdirmek kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olarak düzenlendiğinden dolayı işte 15 yıl sigortalılık ve 3600 gün primi dolduranlar Sosyal Güvenlik Kurumundan alacakları bu durumu belgeleyen evraklarla birlikte işverene gittikleri takdirde kıdem tazminatına hak kazanabiliyorlar. Şimdi bu 15 yıl sigortalılıkla 3600 gün nereden çıktı? Şöyle bir durum var şu anki geçiş sürecinde, ben 4447 Sayılı Yasa'yla getirilen düzenlemeler de iyi planlanmamış, kişiler prim ödeme gün sayısını dolduruyorlar, fakat erişmeleri gereken yaşa daha 10 yılları var, 15 yılları var. Bu takdirde ne yapacaklar? İki seçenekleri var, ya işyerinden ayrılacaklar, çünkü daha fazla prim ödeme gün sayısına ihtiyaçları yok, evlerinde oturacaklar ve yaşları geldiği zaman 5 yıl sonra, 10 yıl sonra emekli aylığı alacaklar ya da çalışmaya devam edecekler. İşte bu 15 yıl 3600 günle ilgili düzenleme bu. 14. maddede 2014'de bu geçiş süreci tamamlanacak, dolayısıyla 5510'a ben tabi olmam, emekliliğe hak kazan-

dıklarını ispat edebildikleri takdirde yine kıdem tazminatına da bu nedenle iş sözleşmesini sona erdirdiklerinde hak kazanabilirler.

**Doç. Dr. Hakan KESER-** Demek ki bundan sonra herkes 3600 gün, 15 yılı tutturduğu zaman işverenin karşısına çıkıp ben istifa ediyorum, kıdemimi ver dediği zaman işveren vermek zorunda kalacak gibi, yani ben de tereddüt ettiğim için sizin görüşünüzü öğrenmek istedim.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Hayır, ama bu 15 yıl emekliliğe hak kazanma koşulları, buradaki ölçümüz 15 yıl değil aslında, genel ölçü o değil. Şu anda o olabilir, ama 15 yıl sigortalılıktan sonra emekliliğe hak kazanıyor olabilirler, ama ileride bu koşullar arttığı zaman dolayısıyla daha fazla çalışıp daha fazla prim ödeme gün sayısına sahip olmaları gerekecek.

**Doç. Dr. Hakan KESER-** Tabii tabii, yok, kıdem tazminatına hak kazanmak için bu hep yetecek, onu demek istiyorum. 5510 bizi etkilemeyecek, çünkü 2014'den sonraki kişileri de yazmış madde, o çok enteresan. Yani ucu açık, 2014'den sonra bu hakkı elde edecek olanlar deyince ben ucunu çok açık gördüm, o yüzden sormak istedim.

**Av. Abdülhalim EKE-** Ankara Barosu Dört sorum var, son sorum birlikte, Sayın Başkanım ve Hediye Ergin'e. Öncelikle Hediye Ergin'e geçiş hükümlerini geçiştirmedeği için teşekkür ediyorum. Avukatlar topluluk sigortasından 4B kapsamına geçtiler, ama topluluk sigortası döneminde birçoğumuz sağlık primi ödemedik. 4B kapsamında emekli olduğumuz zaman Bağ-Kurluların ödemedikleri 10 yıllık sağlık sigortası primlerini biz yüzde 10 oranında ödeyecek miyiz, ödemeyecek miyiz, ilk sorum bu. İkinci sorum geçici 2. maddenin b fıkrasıyla ilgili orada 3600 gün yüzde 3'lük oranı sadece 4A'lılar için dediniz, ama kanun burada sigortalılar diyor. Sigortalılar deyince acaba diğer sigortalılar da bu ilk 3600 gün için yüzde 3'lük orandan her yıl için yararlanacak mı?

Bir de konu yurtdışı ikili anlaşmalı olan ülkelerden açıldı, dendi ki kısa vadeli sigorta hükümleri zorunlu, uzun vadeli işçi isterse isteğe bağlı sigortalı olacak. Ancak şimdi o çalışma 4A kapsamında çalışma, isteğe bağlı sigortaysa 4B kapsamında sigorta. Burada iki tane sorun çıkıyor, bir, kısa vadeli sigorta hükümlerini işveren reel ücretler üzerinden mi ödeyecek, gerçek ücretler üzerinden mi ödeyecek, ödeyecekse, çünkü karşılaştığımız bütün olaylarda 1000 dolar, 2000 dolarla yurtdışına götürülen işçinin hepsinin bildirimini asgari ücret, 729 TL üzerinden yapıyor. Diyelim ki aşağıdan

ya da yukarıdan ödedi kısa vadeli sigorta primini, işçi dönüp ben isteğe bağlı sigortada falanı seçiyorum derse kısa vadeli sigortalardan kendisine bir borç çıkarılacak mı? Değilse bu iyi emekliliğe hak kazanmak için yurtdışında çalışmış ya da çalışıyor gibi görünüp borçlanma için fevkalade bir seçim olarak, ayda 300 lira gibi bir fark yaratan bir sonu getirecek. Bu konudaki düşünceniz ne olur? Yani isteğe bağlı sigortalılık özellikle 4B kapsamında mı olacak, 4A kapsamında mı? Eğer buna 4A kapsamında bir sigortalılık dersek o zaman isteğe bağlı sigortalının 4B kapsamında olmasının tapusunu da yıkmış olacağız. Son sorum Sayın Başkanım, ikinize birlikte soruyorum. Aylık bağlamada güncelleme, eski aylıklar tahsis talep tarihine kadar güncellenirken bütün yıllar için artış yapılacak mı? Örneğin uygulamada gördüğümüz örneklerde 01.10.2008'den önceki 2007 ve 2008 yılları kazançlarının güncellenmediğini gördük. Bunun doğrusu nedir?

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** İlk sorunuzdan başlayalım, geçiş hükmündeki açık düzenleme gereğince avukatların da eğer genel sağlık sigortası primi ödememişlerse geçmişe yönelik ilk 10 yıl içinde GSS primi ödemeleri gerekeceği yorumu çıkıyor. İkinci olarak geçici 2. maddede evet, sigortalılar diyor. Bu hükümde 3600 prim gün sayısı için yüzde 3'lük aylık bağlama oranının uygulanacağına dair hükümde 4/1/a diye kapsam yapmamış. Ben orada şunu vurgulamak istedim, işçilerin burada çok büyük bir hak kaybı olacağı için 506 Sayılı Yasa'da ilk 10 yıl için yüzde 3,5'tü aylık bağlama oranı, birdenbire bu yüzde 2'ye düşeceği için o zaman, o dönemde Meclis görüşmelerinden de çok iyi biliyorum, işçi sendikalarının bu yöndeki talepleri üzerine getirildi bu düzenleme. Yani sırf 4/1a'lılara uygulanmayacak. Şöyle diyebiliriz, 4/1/a'lıların mağduriyetini engellemek için getirilen bir hüküm. Tabii bu arada diğer çalışanların da mağduriyeti giderilmiş oluyor.

Evet, üçüncü sorunuz neydi, yurtdışına götürülen işçiler, şimdi sigortalılıkları 4/1/a kapsamında kabul ediliyor, ancak işveren eğer ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamışsa sadece iş kazası, meslek hastalıkları, kısa vadeli sigorta kolları primiyile genel sağlık sigortası primini ödüyor bu kişiler için. Ancak emekli olabilmek için uzun vadeli sigorta kolları primini ödemeye ihtiyaç var, malullük, yaşlılık, ölüm sigortası primi, bunu da işçiye sen eğer istiyorsan, emekli olmak istiyorsan isteğe bağlı sigortalı olarak kendin öde diyor yasa. Yani nasıl ödeyecek? 4/1/b kapsamında ödeyecek. Aksi hem isteğe bağlı sigortalı olup, hem 4/1/a kapsamında sigortalı oldu-

ğunu kabul etmek bu yasal düzenlemeler çerçevesinde mümkün değil diye ben düşünüyorum.

**Ercan TURAN-** Hem tebliğin içerik olarak gerçekten doyuruculuğu, hem de sanırım bundan sonraki Yargıtay içtihatlarının anlaşılması açısından çok önemliydi. Çünkü birçok kararda birçok farklı yürürlük tarihi görüldüğü zaman neden böyle yapılıyor, burada bir çelişki mi var diye düşünülüyordu. Oysa hakikaten akıllara zarar bir yasayla karşı karşıyayız ve birçok konuda farklı tarihler olabilecektir. Onun için bu tespit çok önemli oldu. Sayın Hocamın bu aylık oranlarında gerçekten yalnızca farklılıktan doğacak iş dolayısıyla insanların telaşla bir 18 yaş öncesi insanları ve özellikle de bebekleri sigortalı yapmak konusundaki yaptıkları işin bence 506 Sayılı Yasa'nın o dönemde geçerli olan 60/g fıkrası karşısında pek bir anlamı olmayacaktır. Çünkü bu kişiler 18 yaşına girdikleri tarihteki mevzuata tabi olacakları için yaşlılık, malullük, ölüm sigortası açısından çok ileride olacak uyumsuzluklar, ama sanıyorum yapılan çaba ve bugünkü bu kadar iş pek bir sonuç vermeyecek.

Şimdi Hocam, siz yalnız biraz kamu görevlileriyle ilgili genelde bir hakların korunduğu gibi yaklaşımlardan söz ettiniz, ama aslında ayrıntılara girdiğimiz zaman burada bunun da çok böyle olmadığı, örneğin yalnızca geçici 4'ün 9. fıkrasına bakarsak orada artık kamu görevlilerinin yaşlılık aylıklarının arttırılması konusunda yalnızca ve yalnızca memur maaş katsayılarındaki artışa bağlı bir sistemin getirilmesi bile emekliler açısından ben oldukça sınırlayıcı bir artış hükmüdür diye düşünüyorum, bilmem siz ne dersiniz? Ayrıca genel sağlık sigortası konusunda evet, geçici 12'nin 2'sinde bir düzenleme var, ama bunlar ben bilmiyorum sizi yanlış anladım mı, 5510 Sayılı Yasa'nın kamu görevlileri açısından üç yıllık bir süre sonra yürürlüğe gireceği biçiminde yorumlanacak bir hüküm değil diye düşünüyorum, bilmiyorum siz öyle değerlendirdiniz mi? Burada yalnızca idari birtakım işlemler vardı, kurumlar kendileri yürütüyorlardı işleri, onların yapmış oldukları işlemler ve hizmetler dahi bence 5510 Sayılı Yasa'nın standartlarına uygun hizmetler olma zorundaydı. Onun için kamu görevlileri açısından da 01.10.2008 tarihi itibarıyla, çünkü 657 Sayılı Yasa'nın ve Emekli Sandığı Yasası'nın sağlık yardımlarına ilişkin hükümlerini o tarih itibarıyla yürürlükten kaldırdı 5510 Sayılı Yasa. Yalnızca idari bir geçişti, hizmetler, işlemler, birtakım işler orada yürüyecek, ancak yasa yine 5510

olmak durumundadır diye düşünüyorum birtakım genalgeler, protokoller düzenlenmiş olmakla birlikte.

Bir de gerçekten bu geçici işçiler, eski yasamızda, 506'da 7. maddede olan kişiler bu sözleşme olmayan ülkelere gitmeleri durumunda burada getirilen düzenleme çok çağdışı bir düzenleme. Çünkü ILO'nun öngördüğü asgari sigortalılık kollarını karşılamayan bir duruma girdi. Bu çok büyük çabalarla buraya gelmişti ki geçici sigortalılık kapsamında bunlar değerlendirilirken şimdi bunlar açısından zorunlu olan uzun vadeli sigorta kollarının alınmamış olması çok temel bir uluslararası sözleşmenin de ihlalidir. Belki Anayasa 90 karşısında gözetilmemesi gerekecek kadar da derin bir ihlaldir. Bu konuda da görüşünüzü almak isterim.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Bebeklerin sigortalı edilmesiyle ilgili olarak evet, sigortalılık başlangıç tarihi bakımından gerek emekli olma yaşı olsun, gerek sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma hakkını elde etme bakımından avantajları olacak. Yani olacaktı, yüzde 80 muvazaalı işlemler olduğu için yüzde 80'i iptal edilmeseydi. O dönemde hatta Sosyal Güvenlik Kurumu eski çalışanları tarafından basın yayın organlarında yoğun bir şekilde çocuklarınızı işte sigortalı yaptırın, şu hakları kazanacaklar, şu hakları kaybedecekler diye bir propaganda yapıldığını görüyoruz. O bakımdan, yani sosyal güvenlik destek primi ödeme ve emekli olma yaşının tespiti bakımından avantajları olacaktı.

Kamu görevlileriyle ilgili olarak da evet, devir üç yıl içinde tamamlanır diyordu yasada. Zaten geçici 12. maddede öyle söylemesine rağmen genel sağlık sigortası yasanın yürürlüğünden çok önce, 1 Ekim 2008 tarihinden çok önce tebliğlerle uygulanmaya konuldu 2006 yılında. 2006 yılı Ekim ayında iki tane sağlık uygulama tebliği çıktı, biri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından SUT olarak adlandırılan, diğeri de Maliye Bakanlığı tarafından. Dolayısıyla kamu görevlilerine de zaten genel sağlık sigortası uygulanıyordu.

Burada şimdi 15 Ocak 2010 tarihinden itibaren eski kamu görevlilerinin de artık genel sağlık sigortasından yararlanma şartları bakımından 5510'a tabi olacaklarını düzenleyen tebliğ yayınlandı. Resmi Gazete numarası da burada sunumda vardı. O tebliğlere baktığımız zaman artık sağlık karnesi uygulamasının kalktığı, kurumlarından artık sevk kâğıdı almalarının gerekmediği gibi düzenlemelerin getirildiğini görüyoruz. Kamu görevlilerinin kazanılmış haklarının bütünüyle ben korunduğunu söylemedim. Anayasa

Mahkemesi'nin iptal kararından sonra kanun koyucunun böyle bir yoğun çabası olduğunu söyledim. Diğer çalışanlara göre tabii ki en çok onların hakları korunmuş, ben böyle bir tespit yaptım. Çünkü 1 Ekim 2008 tarihinden önce çalışmaya başlayan kamu görevlileri tamamıyla bir yandan mülga olan 5434 Sayılı Kanun'a tabiler. 1 Ekim 2008'den sonra çalışmaya başlayan kamu görevlilerin hemen maaşlarından yüzde 5'lik genel sağlık sigortası primi kesintisi yapılmaya başlandı. Bunlara baktığımız zaman 1 Ekim 2008 tarihinden önce çalışmaya başlayan kamu görevlilerinin daha avantajlı şartlarda emekli olacaklarını görüyoruz. Böylelikle bırakın çalışanlar arasındaki ayrımı, eşitlik ilkesine aykırı uygulamaları, aynı meslek grubu arasında bile eski memur yeni memur ayrımı yapılarak çok büyük bir adaletsizliğe yol açıldı, hakkaniyete aykırı bir uygulamaya yol açıyor ve bu ileride kuşaklar arasında çatışmaya da yol açabilecek bir düzenleme. Bir sorunuz daha var mıydı, galiba bu kadardı.

**Av. Ali ŞEN-** İstanbul Barosu- Ben bir konuyu sormak istiyorum. Şimdi sosyal güvenlik destek primi olarak emekli olup da çalışmaya devam eden sigortalılar için yüzde 31'le yüzde 36 arasında bir prim kesildiğini söylediniz. Şimdi bu primi niçin kesiyorlar? Sağlıkla ilgili konuda sigortalının bütün ihtiyaçlarını karşılamak için kesiyorlar. Bu kesilen primin miktarı gerçekte bu kadar mı? Hayır. Peki, bu primi ödeyen işçi yahut sigortalı hastaneye gittiği zaman yahut da sağlık kurumlarına gittiği zaman bir de fark, muayene ücreti ödüyor, bir de ilaç katkı payı ödüyor, işte muayene katkı payı ödüyor. Şimdi bu durum dikkate alındığında bu ödenen primin miktarı daha da yükselmiyor mu, bunu hukuken doğru buluyor musunuz? Fikrinizi öğrenmek istiyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Şimdi bu sosyal güvenlik destek primi eski dönemde de vardı, 506'da da vardı. İşçiler için bunun oranı yüzde 30'du, Bağ-Kurlular için yüzde 10 olduğunu söylemiştik. Bu yaşlılık aylığı alıp yaşlılık aylığı kesilmeksizin çalışabilme hakkı veriyor. Sosyal güvenlik destek primiyle ilgili düzenleme zaten bir tarihçesine baktığımız zaman sosyal güvenlik sisteminin çok sonraları, 80'lerden sonra getirilmiş, yani nispeten yeni bir hüküm. Ondan önce çalışmaya başladığı takdirde aylık alamıyordu. Bu, bu amaca hizmet ediyor. Neden yükseldi? Bunun üzerine, yüzde 30 oranının üzerine bir de kısa vadeli sigorta kolları primi ödenmesi şartı getirildi. Bunun içinde genel sağlık sigortası yok, dolayısıyla kısa va-

deli sigorta kolları primi de yüzde 1'le 6,5 arasında değiştiği için bu otomatikman yüzde 31'le 36,5'a yükseldi. Bunun hepsini işçi ödemiyor, sadece ¼'ünü işçi ödüyor, işveren ¾'ünü ödüyor. Tabii bu primin bu şekilde yükselmesi kayıt dışı istihdama da kişileri sevk edecek.

Genel sağlık sigortasıyla ilgili sorunuza gelince genel sağlık sigortasına yarınki oturumda Değerli Hocam Ali Rıza Okur ayrıntılı olarak değineceği için ben sadece geçiş hükümlerindeki bazı düzenlemelere değinebildim bu kısıtlı süre içinde. Şimdi yeni sistemde daha önce de dediğim gibi daha çok prim daha az aylık, daha az yardım anlayışı var. Dolayısıyla genel sağlık sigortası primi ödemekle sadece bununla tedavi olunamıyor. Muayene katılım payı verilmesi lazım, eğer üniversite hastanesinde öğretim üyesine muayene olmak istiyorsanız öğretim üyesi farkı vermeniz lazım. Bazı özel tedavi yöntemleri için ayrıca fark ödemeniz lazım, ilaç katılım payı ödemeniz lazım. Yani her adımda daha çok kişi...

**Av. Ali ŞEN-** O zaman o primi niye alıyor? Ben özel sigortalı olsam belki daha iyi hizmet göreceğim.

**Süleyman CANER-** Oturum Başkanı- Ben size cevap vereyim. Biz yasayı normatif olarak inceliyoruz, eleştirmek konusu ayrı, uygulamak konusu ayrı. Hocam uygulamalı nasıl yapılacağını anlatıyor. Buyurun lütfen.

**Şebnem BALCI-** Galatasaray Üniversitesi - Benim de genel sağlık sigortasıyla ilgili bir sorum olacak, ama geçici hükümlerle ilişkili olduğu için, 12. maddedeki geçiş hükümleriyle ilgili olduğu için şimdi malum genel sağlık sigortası adı üstünde genellik ilkesini yeni bir şey, reform olarak gündeme getirdiği iddiası var. Çok fazla da reklamı yapıldı, herkese sağlık hakkı veriyoruz dendi. 2008'den beri yürürlükte olan bir yasa var elimizde. Şimdi genel sağlık sigortasını genel yapan 60. maddenin g bendidir bana göre, çünkü g bendine gelinceye kadarki bütün sayılan gruplar 1,5 sayfa boyunca ya çalışanlardır eskiden de sistemde olan ya da primsiz rejime tabi olanlardır, onlar da eskiden de sistemdeydiler. Bunların dışında kalan herkesin de sağlık hakkı vardır diyen 60. maddenin g bendi, ama 12. maddedeki geçiş hükümleriyle birlikte baktığımız zaman uygulamayı da düşündüğümüzde biliyoruz ki yasanın bu hükmüne rağmen şu an uygulamada işsiz olup herhangi bir sigortalının bakmakla yükümlü kişisi olmayan, işsizlik sigortası kapsamında da olmayan kişiler hastanelere gittikleri zaman sağlık hakkından yararlanamıyorlar, çünkü hâlihazırda yeşil kart uygulanıyor.

Bu konudaki görüşünüzü rica edeceğim, 12. madde açısından genel sağlık sigortası ne zaman ve ne şekilde gerçekten yaşama geçecek, uygulanmaya başlayacak. Çünkü ben hükümleri çelişkili bulup açıkçası bir netliğe kavuşmamış durumdayım bu konuda.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Herkes zaten genel sağlık sigortasının kapsamında değil. Şöyle değil, kim değil? Milletvekilleri, önceden milletvekilliği yapmış olanlar, bunların eş çocukları, bakmakla yükümlü olduğu kişiler genel sağlık sigortasının kapsamında değiller. Yine Türkiye'de ikamet etme ön koşul olduğu için genel sağlık sigortasından yararlanmak bakımından geçici olarak gelen, turistik amaçla gelen, işte üç aylığına, altı aylığına gelen turistler yine kapsamda değiller. Yeşil kart uygulaması kalkıyor, ama yeşil kart uygulamasındaki belirlenen kıstasları içeren bir hüküm var 60. maddede. Harcamaları, taşınır taşınmaz bütün mal varlıkları birlikte değerlendirildiğinde, işte kurumca belirlenen test yöntemleriyle belirlendiğinde aile içindeki kişi başına düşen geliri asgari ücretin 1/3'ünden az olanlar genel sağlık sigortasının kapsamında olacaklar. Yani yeşil kart kalkıyor, ama zaten yeşil kartın verilmesindeki ölçüt de buydu, asgari ücretin üçte biri. Dolayısıyla bir başka şekilde kapsama alınmış oluyorlar. Düzenlemeler, bu 5510'daki pek çok düzenleme eleştiriye açık, ben o genel sağlık sigortasıyla ilgili eleştirileri Sayın Hocam Ali Rıza Okur'a bırakıyorum, yarınki tebliğine bırakıyorum.

**Av. Meliha Özel ÇAĞLAYAN-** Kocaeli Barosu. Geçiş hükümlerine göre 01.10.2008'den sonra devlet memuru olarak göreve başlamış bir kamu görevlisinin meslekte geçen serbest olarak çalıştığı döneme ilişkin hizmet süresi 657 Sayılı Yasa'nın bazı düzenlemeleriyle 2/3'ü sanki kamuda geçmiş gibi değerlendirilerek hizmet süresine ekleniyor Dolayısıyla 01.10.2008'den sonra kamuda çalışmaya başlamasına rağmen 2/3'lük hizmet süresi eklenerek göreve başlama tarihi geriye çekilen bir kamu görevlisi hakkında 5510 Sayılı Yasa hükümleri mi uygulanacaktır, yoksa 5434 Sayılı Yasa hükümleri mi uygulanacaktır?

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** O nasıl geri çekiliyor, onu tam anlamadım.

**Av. Meliha Özel ÇAĞLAYAN-** Bir örnekle açıklamak gerekirse mesela serbest avukat olarak çalışmış bir avukat KPSS sınavı sonucu kamu avukatı olarak atandığında serbest avukatlıkta geçen hizmet süresinin 2/3'ü

memuriyette geçmiş gibi hizmet süresine ekleniyor. Oysa göreve başlama tarihi 01.10.2008'den sonra.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Borçlanmayı kastediyorsunuz galiba.

**Av.Meliha Özel ÇAĞLAYAN-** Borçlanma değil, 657'nin bir hükmüyle hizmette geçmiş gibi sayılıyor. Oysaki kamuda çalışmaya başladığı tarih 01.10.2008'den çok sonra, 2009 yılı diyelim örneğin. Bu durumda bu memura yaşlılık aylığı yönünden ve diğer sosyal güvenlik hakları yönünden hangi yasa hükümleri uygulanması gerekir?

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Sigortalılık başlangıç tarihi öne çekiliyorsa o zaman 5434 Sayılı Yasa'ya tabi olur diye düşünüyorum ben.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Efendim teşekkür ediyorum. Sizin ilginiz Hocamızın bilgisiyle birleşince güzel bir oturum oldu.

## II. OTURUM

2. Konu

### SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA İYİNİYET İLKESİ VE YERSİZ ÖDENEN PRİMLERİN İADESİ (ŞEKLİ SİGORTA GEÇERSİZ SİGORTA)

Konuşmacı

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER**

Dokuz Eylül Üniversitesi

İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Oturum Başkanı

**Süleyman CANER**

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı

Hocamın akıcı üslubuyla her zaman zevkle dinlediğim Türkçe'ye hâkim konuşmasını dinlemek üzere sözü kendisine bırakıyorum. Hocam, buyurun lütfen.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Teşekkür ederim. Değeri konuklar, dün akşama kadar karar derledim, bir kısmını işleyemedim. O yüzden de diğer meslektaşlarım gibi ancak önümde yazılı metin var, görsel bir metin sunamıyorum, o yüzden beni affedeceğinizi umuyorum.

#### I. Giriş

Yersiz olarak ödenen primler ile ilgili düzenlemeler, 5510 SK. Md. 89/III ve Md. 53/V'dur. Sözü edilen ilk norm, önceki mevzuatta da -şimdiki hali ile aynı olmamakla birlikte- mevcut idi. Özellikle 506 SK. döneminde geçerli olan ilgili Md. 84/I dikkate alınarak verilmiş çok sayıda yargı kararı bulunmaktadır. Bu çalışmada, konuya ilişkin olarak verilen kararlardan örnekler alınıp tasnif edilerek, düzenlemenin uygulamadaki durumu saptanmaya çalışılmıştır. Yapılan karar tasnifi sonucu yersiz olarak alınan primlerin; hatalı işyeri tescilleri, işyerinin girdiği tehlike sınıf ve derecesinin yanlış belirlenmesi, sigorta tiplerine göre (zorunlu, isteğe bağlı) tescillerde, prim

ödemelerinde, borçlanmalarda (yurt dışı, yurt içi) ve çakışan sigortalılık hallerinde gerçekleştiği saptanmıştır.

Çalışmada, saptanan olgulardan yola çıkılarak, yersiz prim ödeme kavramı tanımlanmış, sonra sahtecilik ile prim ödenmesi ve sonuçları ele alınmıştır. Hata ve hile sebepli prim ödemeleri uygulamalarının açıklanmasından sonra, her iki durumu vasıflandırmaya esas olmak üzere fiili sigorta ilişkisi, tahvil kavramları, bazı ülkelerdeki şekli sigorta uygulamaları ayrıca sigortalılık hallerinin birleşmesi başlıklı 5510 SK. Md. 53/V değerlendirilmiştir. Çalışma bu düzenleme ile Md. 89/III'un kıyaslandığı genel bir değerlendirme ile sonlandırılmıştır.

## **II. Yanlış ve Yersiz Olarak Alınan Primler Kavramı**

İşveren veya sigortalılar tarafından Kuruma yanlış ödeme yapılmış olması mümkündür (Md. 89/III, IV). Primlerle ilgili olarak ortaya çıkan bu durumun nedeni **işverenin, sigortalının** veya **Kurumun eylemi** olabilir. Böyle bir ödeme yanığı ile (hataen) veya kasten (hile ile) de yapılmış olabilir. Yargı kararları incelendiğinde yersiz prim ödemelerine ilişkin şu uygulama örnekleri ortaya çıkmaktadır. Bir işyeri hatalı olarak Kurum tarafından resen tescil edilip, alınmaması gerektiği halde çalışanlarından prim tahsil edilebilir. İşyerinin girdiği tehlike sınıf ve derecesi yanlış belirlenerek fazla tahsilat yapılabilir. Zorunlu sigortalılıkta bağımsız çalışan kişi işçi; işçi olarak çalışan kişi, bağımsız çalışan kişi konumunda prim yatırmış olabilir. Primlerin matrahında (prim matrahına girmeyen ödemelerden fazla prim tahsili) ve sorumlusunda (yanlış muhataptan prim tahsili) hata yapılabilir. İkili sosyal güvenlik sözleşmeleri ile primleri Türkiye'ye getirilen sigortalılara yapılan prim iadelerinde yanlıgılar ortaya çıkabilir.

Zorunlu sigorta dışında **isteğe bağlı sigortada** da yersiz prim ödemeleri gündeme gelmektedir. Koşulları gerçekleşmeden (önceden sigorta kaydı olmadan, yazılı talepte bulunmadan, yurt dışından ...) İBS primlerinin ödenmesi, prim matrahında hata (sigortalının talep ettiği matrahın (derece ve kademenin) üzerinde prim ödemesi, Kurumun prim matrahını (derece ve kademesini) resen yükseltmesi) bu konudaki tipik uygulama örnekleridir. Yurt Dışı hizmet değerlendirmelerinde koşullar gerçekleşmediği halde prim ödeme, hataen fazla prim ödeme, borçlanmadan vazgeçme gibi nedenlerle prim iadesi gündeme gelebil-

mektedir. <sup>(38)</sup>

Bir başka yersiz ödeme çakışan (**Çifte**) sigortalılıkta ortaya çıkmaktadır. Bazen sigortalılar, sigortalılıkta teklik ilkesine karşın, aynı zaman diliminde birden fazla sigortalılık hali için (mükerrer) prim ödeyebilmektedirler. Bu halde sigortalılık halinin biri asıl sayılıp, diğerinin iptali yoluyla primleri geri verilmektedir. Mevzuatın tanıdığı **borçlanma** olanakları kullanılırken, koşullarında yapılan hata sonucu, Kurum sigorta ilişkisini tasfiye ederek aldığı meblağı geri vermeyi tercih etmekte, bu durum da sorunlara neden olmaktadır.

Verilen örneklerden yola çıkarak sigortalıdan, işverenenden veya sigorta kurumundan kaynaklanan nedenlerle sigorta ilişkisinin doğumu veya devamı koşullarında, ayrıca prim borcu koşullarında yapılan hatalı değerlendirme sonucu Kuruma hak etmediği halde ödenen primler ile sigortalı veya işverenince hile ile yatırılan primler yersiz (yanlış) ödeme olarak **tanımlanabilir**.

5510 SK. aşağıda ele alınan düzenlemesinde, yanlış ve yersiz alınan primlerden söz etmektedir. <sup>(39)</sup> **Yanlış** kavramı bir kurala, bir ilkeye, bir gerçeğe uymama durumu, yanlış, hata; **yersiz** kavramı ise, yerinde olmayan, uygunsuz, anlamsız, manasız, ilgisiz, gereksiz anlamına gelmektedir. Düzenlemede söz konusu “yanlış” ve “yersiz” kavramları “veya” bağlacı ile bir arada kullanılmaktadır. Ancak, her iki kavram da kurala aykırı, uygun olmayan anlamını taşıdıkları için, maddenin uygulanmasında iki ayrı ihtimal değil, mevzuata aykırılık şeklinde ifade edilebilecek tek bir durum aranacaktır. Değınilen nedenle, bu kavramlar birbirinin alternatifi olmayıp, aynı duruma işaret etmektedirler.

İşveren veya sigortalılar tarafından hatalı olarak veya kasten yersiz prim ödenmesi uygulamalarının dışında **Sosyal Sigorta Kurumu tarafından** sosyal sigorta ilişkisinin taraflarına (işverene, asli ve bağı sigortalılara) **fazla ve yersiz ödeme yapılması** da mümkündür (5510

38 Yurt dışı hizmet değerlendirmesi konusu genişliği nedeniyle inceleme dışında bırakılmıştır.

39 Bkz. TDK, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr>

SK. Md. 96).<sup>(40)</sup> Bu halde asli veya bağlı sigortalıların kusuruna, kasına veya kurumun hatasına dayalı olarak fazla veya yersiz olarak sunulan edimler Kurum tarafından ilgililerden geri alınmaktadır. Malullük, yaşlılık ve ölüm aylıkları, yaşlılık ve ölüm toptan ödemesi, geçici işgöremezlik ödenekleri, evlenme ve emzirme ödenekleri fazla ve yersiz ödemelerin örnekleridir.<sup>(41)</sup> Konu geniş açıdan ele alındığında, yersiz olarak sunulan edimlerin de prim iadesi ile ilgili kurulacaktır. Ancak, ayrı bir düzenleme konusu olması ve kapsamına giren olayların genişliği dikkate alınarak, çalışmada Kurum alacakları tanımının incelemenin dışında bırakılmıştır.

### İlgili Mevzuat

Yersiz ve yanlış olarak prim ödemeye ilişkin olarak 5510 SK. ile getirilmiş olan kuralları değerlendirebilmek için önceki yasal düzenlemelere de değinmek gerekmektedir.

#### A. 5510 Sayılı Kanun'da Mevcut Düzenlemeler

Yersiz olarak alınan primler için 5510 SK. Md. 89/III şu hükmü getirmektedir: *“Yanlış veya yersiz alınmış olduğu tespit edilen **primler**, alındıkları tarihten **on yıl geçmemiş ise**, hisseleri oranında işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara veya genel sağlık sigortalılarına veya hak sahiplerine kanunî faizi ile birlikte **geri verilir**. Kanunî faiz, primin Kuruma yatırıldığı tarihi takip eden ay başından, iadenin yapıldığı ayın başına kadar geçen süre için **hesaplanır**. Ancak Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü saklıdır”* Düzenlemede atıfta bulunulan BK. Md. 65.

40 Yersiz ödemelerin geri alınması Md. 96 : “Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;

a) Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,

b) Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, üç aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan,

itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır.

41 Fazla ve Yersiz Olarak Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG: 27.9.2008, 27010; SGK Başkanlığı'nın 30 Ekim 2009 T. ve 2009/129 Sayılı Fazla ve Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Genelgesi.

“İstirdadın Caiz Olmaması” başlığı altında “*Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur*” hükmünü getirmektedir.

5510 SK. Md. 89/ IV’de yersiz ödenen primlerin geri verilmesinin hukuki sonuçları düzenlenmektedir. İlgili hükme göre, “Prim iadesi nedeniyle sigortalıların, isteğe bağlı sigortalıların, genel sağlık sigortalılarının aylık, gelir, ödenek ve sağlık hizmetlerinden **yararlanma şartlarını yitirmeleri durumunda**, bu Kanuna göre ödenen aylık, gelir ve ödenekler ile sağlanan sağlık hizmetleri **durdurulur**. Yanlış veya yersiz yapılan masraflar 96 ncı madde hükümlerine göre ilgililerden **geri alınır**.”

Söz konusu hükümler bir arada değerlendirildiğinde, Kuruma yatırılan primler için iki ihtimal söz konusudur. İlk ihtimalde, prim ödemeleri **hatalı** olarak yatırılmıştır. Bu halde Kurum primleri -aldığı tarihten on yıl geçmemiş ise,- hisseleri oranında alacaklı asli veya bağlı sigortalılara -kanunî faizi ile birlikte- geri verecektir. İkinci ihtimalde ise, primler haksız yahut ahlaka (adaba) aykırı bir amaca ulaşmak için (**hile** ile) ödenmiştir. Bu halde ödenen primlerin geri alınması mümkün değildir.

Aynı fıkrada hatalı olarak ödenen primlerin geri verileceği; hile ile ödenen primlerin ise, iade edilemeyeceği düzenlendikten sonra, izleyen fıkrada primlerin geri verilmesinin sunulan edimlere etkisi konu edinilmiştir. Geri verme halinde de iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. İlgili iadeye rağmen edimlerden **yararlanma şartlarını yitirmemiş** olabilir. Bu halde, sunulan edimler etkilenmez. Sigortalı açısından olumsuz bir durum ortaya çıkmayacaktır. İkinci ihtimalde ise, geri verilen primler nedeniyle edimlerden **yararlanma koşulları ortadan kalkar**. Dolayısıyla, sunulan edimler durdurulur. Ayrıca, o güne değin sağlanan edimler de geri alınır.

Düzenlemede ilk fıkrada primlerin iadesi için yapılan **hile** ve hata ayırımı edimlerin iadesi için yapılmamıştır. Yani, kişi hile ile primleri ödemiş ise, ona sunulan edimler Kurum tarafından **geri istenecektir**. Keza, **hata** ile ödenen primlere ilişkin **edimler de geri istenecektir**. Hata ve hile ayırımı Kurumun yaptığı masrafların tahsilini düzenleyen yersiz ödemelerin geri alınması başlıklı 96. maddede de yapılmamıştır. 96. madde Kurumca kişilere fazla ve yersiz olarak yapılan her türlü ödemelerin onların kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa on yıllık sürede geri alınacağını hükme bağlamıştır. İşlem Kurumun hatasından kaynaklanmış ise, beş yıl içinde geri alınabilecektir.

### Hata ve Hile İle Prim Ödeme

Eylem	Primlere Etkisi	Edimlere Etkisi	Edimlerin İadesi
Hata ile prim ödeme	İade	Yararlanma şartları devam: Edimler kesilmez. Yararlanma şartları son: Edimler durdurulur. Öncekiler geri alınır.	5 yıl içinde
Hile ile prim ödeme	Altkoyma	Edimler durdurulur ve öncekiler geri alınır.	5 yıl içinde

5510 SK. Md. 89/III ve IV, aynı kanun Md. 96 ile birlikte değerlendirildiğinde yasakoyucunun Borçlar Kanunundaki ifade ile “*Haksız yahut ah-laka (adaba) mugayir bir maksat istihsali*” için ödenen primler ile hataen ödenen primleri aynı hukuki sonuca (ahlaksızlığa) tabi tutmakta olduğu görülmektedir. Tek farklılık hatalı olarak ödenen primlerin iadesi halinde edimlerden yararlanma koşullarının devamı halinde edimlerin sürdürül-meye devam etmesidir ki, zaten aksi halde sigortalının haklarına el konul-muş olacaktır.

#### B. Önceki Kanunlarda Yer Alan Düzenlemeler

Yersiz alınan primlerle ilgili olarak 5510 SK.’dan önceki düzenlemelerde de normlar mevcuttu. Mevcut durum ile kıyas edebilmek için söz konusu yasalar ve ilgili düzenlemeleri aşağıda açıklanmaktadır.

##### 1. 17.7.1964 tarihli ve 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu

506 SK. Md. 84/I’de aynı konu şu şekilde düzenlenmiştir: “*Yanlış ve yersiz olarak alınmış olduğu anlaşılan **primler**, alındıkları tarihlerden on yıl geçmemiş ise, hisseleri oranında işverenlere ve sigortalılara **geri verilir.***”

Düzenlemede 5510 SK.’da olduğu gibi 10 yıllık bir iade süresi getiril-miştir. 5510 SK. Md. 89’un 506 SK. Md. 84’den farkı, **iade kapsamına** işverenler ve sigortalılar dışında, isteğe bağlı sigortalıların ve hak sahipleri-nin de girdiğinin belirlenmiş olmasıdır. Ayrıca, genel sağlık sigortalıları da düzenleme kapsamına alınmıştır.

506 SK. Md. 84/II’ye göre “İşverenlere geri verilecek primler için Ku-rumca **kanuni faiz** de ödenir. Bu faiz, primin Kuruma yatırıldığı tarihi takibeden aybaşından iadenin yapıldığı ayın başına kadar geçen süre için

hesaplanır.”<sup>(42)</sup> Faizin başlangıcı ve bitişine ilişkin norm 5510 SK. ile paraleldir.

506 SK. Md. 84/III “Primleri geri verilenlere, primleri iptal edilen çalışmalarını dolayısıyla, Kurumca iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından yapılmakta olan **yardım ve ödemeler durdurulur**. Hastalık, Analık, Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarından yapılmakta olan yardımlar ile verilmekte olan ödenek ve aylıklar ise, ilgililer bu sebeple gerekli yardım, tahsis ve ödeme şartlarını yitirmiş olurlarsa durdurulur. Şu kadar ki, daha önce sağlanan yardımlara ait **giderler** ilgililerden **geri alınmaz**.” Hükmünü taşımaktadır.

### Hata ve Hile İle Prim Ödeme

Eylem	Primlere Etkisi	Edimlere Etkisi
Yanlış ve yersiz prim ödeme (hata + hile)	İade	İptale bağlı edimler durdurulur. Önceden sunuları edimler geri alınmaz. <sup>(43)</sup>

Kural, Md. 89’da olduğu gibi, iade edilen primler nedeniyle yararlanma koşulları ortadan kalkmakta ise, tüm sigorta dalları bakımından ödenek ve aylıkların durdurulması yaptırımını getirmektedir. Ancak, düzenlemedeki en önemli husus, edimlerin sunumunun durdurulmasından sonra 506 SK.’da önceki edimlerin geri alınmayacağı kuralı kabul edilmiş iken; <sup>(44)</sup> 5510 SK.’da, “Yanlış veya yersiz yapılan **masraflar** ... ilgililerden **geri alınur**.” kuralının getirilmiş olmasıdır.

5510 SK. Md. 89/III’de yersiz olarak ödenen primlerin sigortalı ve işverene iadesi bakımından “**Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur**” hükmü ( BK. Md. 65) esas alınmakta; yani, sadece ahlaka aykırı olarak ödenen primlerinin geri verilmeyeceğini, tarafların ya nılgıları nedeniyle ödenen primlerin ise iade edileceğini hükme bağlamaktadır. Sadece ahlaka aykırı olarak yatmış olan

42 Bu yolda verilmiş bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 10. HD. 6082/6792, 24.11.1980, Mehmet Can, Açıklamalı İçtihatlı Sosyal Sigortalar kanunu Uygulaması, Ankara, 1995, 1080, 1081.

43 Yasanın ayırım yapmayan hükmüne karşın, yargı kararları ile hile halinde önceden sunulan edimlerin geri alınacağı kuralı getirilmiştir. Bu konu aşağıda “Sahtecilik Halinde Primler ve Edimler” başlığı altında ele alınmıştır.

44 Bkz. Y. 10. HD. 917/3705, 5.7.1983, Can, 1082.

primleri geri ödemeyen Kurumun sigortalılara sunulmuş olan edimler bakımından aynı ayırımı yapmamış olması bir çelişki oluşturmuştur. Üstelik 506 SK. böyle bir ayırım dahi yapmadan, yapılan harcamaların geri alınmayacağı kuralını kabul etmiştir.

Düzenlemedeki 10 yıllık **sürenin niteliği** tartışmalıdır. Sürenin zamanaşımı süresi yanında ayrıca hak düşürücü süre olduğu yolunda görüşler de vardı. <sup>(45)</sup> Ancak, davada süre konusu ayrıca BK. Md. 66/1 bakımından da gündeme gelmiştir. Ödenen ölçümleme tutarının iadesi davasında Yargıtay, Borçlar Kanunundaki sebepsiz zenginleşmede iade hakkının öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl, hakkın doğduğu tarihten itibaren 10 yıl içinde dava açılabileceği kuralının 506 SK. Md. 84 karşısında uygulanamayacağına hükmetmiştir. Yani, iade davalarında bir yıllık değil, 10 yıl olan süre tercih edilecektir. <sup>(46)</sup>

Kuralda mevcut **10 yıllık süre**, ayrıca aynı veya başka bazı kanunlarda mevcut sürelerle **çatışabilmektedir**. Örneğin, 506 SK. Md. 79/III'de Kurumun ölçümle işlemine karşı 15 gün içinde Prim İtiraz Komisyonu'na; onun kararına karşı da, bir ay içinde yetkili iş mahkemesine müracaat etme hakkı tanınmıştır. Yüksek Mahkeme, ölçümleme işlemi nedeniyle Komisyona ve iş mahkemesine müracaat edilmemesi (ölçümlemenin kesinleşmesi) halinde, Md. 84'e göre mahkemeye gidilebileceği sonucuna varmıştır. <sup>(47)</sup>

Ayrıca, Md. 84'e göre dava açıldığında İİK. Md. 72 <sup>(48)</sup> değil, önceliği olan Md. 84 uygulanacaktır. <sup>(49)</sup> 5510 SK. Md. 86/VII de Kurumun resen prim tahakkuku yetkisini, işveren bakımından aynı itiraz süreci ve aynı sürelere

---

45 Bkz. Can TUNCAI, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2002, İstanbul, 177.

46 Y. 10. HD. 18.5.1976, 3078/3910, YKD., 1976/11, 1575, 1576. Aynı kanıda , Kenan TUNÇOMAĞ, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1976 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1976, İstanbul, 1979, 321.

47 1976, İstanbul, 1979, 321. Y. HGK. 572/1280, 28.4.1976, Can, 1079, 1080. Aynı yolda, Y. 10. HD. E: 1976/7296, K: 1977/2187, 24.3.1977. Bu yoldaki diğer kararlar ve alanyazın görüşü için bkz. Tankut CENTEL, İHU, SSK. 84 (No.1). Ayrıca bkz. Devrim ULUCAN, İHU, SSK. 79 (No:1).Eğer Md. 79'a başvurma yoluyla ölçümleme hakkında kesin karar alınmış ise, ayrıca Md.84'e göre dava açılmaz. Y. 10. HD. 5554/6448, 15.12.1983, Can, 1084.

48 İİK. Md. 72/VII : Menfi Tesbit Ve İstirdat Davaları: "Takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumi hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir.

49 Y. 10. HD. 693/1734, 27.3.1984, Can, 1084.

bağlı olarak düzenlemiştir. Bu nedenle Yargıtay'ın söz konusu kararı bu gün de geçerliliğini korumaktadır denilebilir.

Maddede bir diğer dikkat çeken husus, yersiz olarak alınan primlerin iadesinde **faiz** ödenmesinin **sadece işverenler için** hükme bağlanmış olmasıdır. Bu durum da ayrı bir tartışma nedeni olmuştur. Bir görüşe göre, yasanın lafzı ön plana alınmak zorunda iken; diğer görüşe göre ise, sigortalı aleyhine bir durum oluşturmama gereği nedeniyle, onun için de faiz tahakkuku gerekmektedir.<sup>(50)</sup>

Primler Kurum tarafından **gecikme zammı ve faizi** ile birlikte tahsil edilmiş olabilir. Bu halde iade ana para, gecikme zammı, ödenen faiz ve hepsinden oluşan toplam meblağ üzerinden hesaplanacak faizi içerecektir. Prim iadesi işveren veya sigortalı tarafından talep edilebilir. Taraflara yapılacak ödeme kendi prim hissesi ve faizinden oluşur.<sup>(51)</sup>

Düzenlemedeki **“yardımlara ait giderler”** ibaresi sosyal sigorta yardımlarına ilişkin işlemlerin doğurduğu olağan (idari) giderleri ifade etmemektedir. Sosyal sigorta edimlerini işaret etmektedir.<sup>(52)</sup>

Dolayısıyla Kurumun geri alamayacağı harcamaları sigortalıya sunduğu nakdi, aynı ve hizmet edimlerine ilişkin olanlardır. Amaç, edimlerden yararlanan kişinin durumunun edim sunumundan öncekine oranla kötüleştirmekten korumaktır. Sigortalı ve/veya işverenin suç niteliği taşıyan eylemleri sebebiyle sunulan edimler bu kuralın dışındadır. Yani, kurum hile halinde yaptığı giderleri muhataplarından talep hakkına sahiptir.<sup>(53)</sup>

## **2. 17.10.1983 Tarih ve 2925 Sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu**

2925 SK. yersiz ödenen primler hakkında açık bir hüküm taşımamakta-

50 Bkz. Ali GÜZEL, Ali Rıza OKUR, Nurşen CANİKLİOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, 2008, İstanbul, 279.

51 CAN, 1077, 1078. CAN'a göre, sigortalı talepte bulunduğu ödeme, kendisine verilmek üzere, işverene yapılacaktır, 1078. Hak sahibi işçi olduğu halde ödemenin işverene yapılmasının haklı bir gerekçesi yoktur. Nitekim, Yargıtay bir kararında işverenin sadece kendi prim payı oranında geri alma isteğinde bulunabileceğini, sigortalı adına böyle bir talepte bulunamayacağını karara bağlamıştır. Y. 10. HD. 6794/7456, 18.12.1980, Can, 1081.

52 Y. 10. HD. E:1981/4646, K: 1981/5361, 20.10.1981, Tuncay, A. Can Tuncay, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1979-1983), Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (1979-1983), Basisen Yayınları:3, İstanbul, 1985, 305 (1979-1983 Karar Değerlendirmesi) = Can, 1083.

53 Bkz. Şelale KARTAL, İHU, SSK. 84 (No.2).

dır. Ancak, bu konudaki boşluğu bir atıf normu ile çözmektedir. 39. maddeye göre “*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde; a) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun ... 84, ... maddeleri, ...uygulanır.*” Söz konusu atıf nedeniyle, yersiz primler için 506 SK. Md. 84 uygulanmaktaydı.

### **3. 2.9.1971 Tarih 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar ve Sosyal Sigortalar Kanunu**

1479 SK. Md. 55'e göre, “Yersiz olarak alınan **primlerin** geri verilmesi” başlığı altında şu kuralı getirmiştir: “*Yanlış ve yersiz olarak alındığı anlaşılan primler, alındığı tarihten itibaren 10 sene geçmemiş ise, sigortalıya **geri verilir.***”

*Primleri geri verilenlere, primleri iptal edilen çalışmalarını dolayısıyla Kurumca malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından verilmekte olan aylıklar, ilgililer bu sebeple gerekli tahsis ve ödeme şartlarını yitirmiş olurlarsa durdurulur. Şu kadar ki, daha önce sağlanan yardımlara ilişkin giderler ilgililerden **geri alınmaz.***”

1479 SK., yersiz olarak ödenen primlerin iadesi bakımından, 506 SK. ile paralel bir düzenleme getirmiştir. Ancak, 1479 SK. iade edilen primlerin faizi hakkında açık bir hüküm getirmemiştir.

### **4. 17.10.1983 Tarih ve 2926 Sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu**

2926 SK. Md. 38 “Yersiz olarak alınan primlerin geri verilmesi” başlığı altında şu hükmü getirmiştir : “*Yanlış ve yersiz olarak alındığı anlaşılan primler, alındığı tarihten itibaren 10 yıl geçmemiş ise sigortalıya **geri verilir.***”

*Primleri geri verilenlerin, primleri iptal edilen çalışmalarını dolayısıyla kurumca malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından verilmekte olan aylıklarının ödenmesi, bu sebeple gerekli tahsis ve ödeme şartlarını yitirmiş olurlarsa **durdurulur.** Şu kadar ki, daha önce sağlanan yardımlara ilişkin **giderler ilgililerden **geri alınmaz.*****” Bu hüküm 1479 SK. Md. 55 ile aynıdır.

### **5. 8/6/1949 Tarih ve 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu**

5434 SK. Md. 87 emekli keseneklerinin geri verilmesi başlığı altında emeklilik hakkı tanınan vazifelerden ayrılanların Sandıkla ilişkilerinin kesileceğini ve o tarihe kadar aylık ve ücretlerinden kesilerek Sandıkta birikmiş keseneklerin faizsiz olarak kendilerine ödeneceğini açıklamıştır. Maddede istifa, emeklilik hakkı tanınmayan kadrolara nakledilmek gibi durumlar ke-

senek iadesi gereken haller olarak sınırlı bir şekilde açıklanmıştır. Kesenek iadesi için en az 5 fiili hizmet yılını doldurmuş olmak koşulu aranmıştır.

Emekli Sandığında memurlara yönelik söz konusu düzenleme, işçi ve bağımsız çalışanlara yönelik düzenlemeden farklıdır. Kamu görevlilerinde **yersiz kesenek (prim) alma ihtimali düşünülmemiştir**, ilgilinin statüsündeki değişiklikler nedeniyle emekli olma olanağı ortadan kalktığı haller için kesenek iadesi (toptan ödeme) hükme bağlanmıştır.

#### **6. 4.2.1957 Tarih ve 6900 Sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunu**

6900 SK. Md. 53 “*Sonradan herhangi bir sebeple bu kanun şümulü dışına çıkan bir işyerinde işe büsbütün son verilmedikçe, işde kalanlar için bu kanun hükümleri ertesi takvim yılı başına kadar tatbik edilir.*

**İdari bir hata dolayısıyla** *salahiyetli teşkilatça 3008, 5953 ve 6379 Sayılı Kanunlar şümulüne alınan iş yerleri hakkında birinci fıkra hükmü tatbik olunmayacağı gibi buralarda çalışanlar için ödenmiş bulunan maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri geri verilir. Bu primlere ait gün sayıları ilgililerin prim ödeme gün sayılarından indirilir.*” hükmünü getirmiştir.

6900 SK. yersiz prim ödemelerini **sadece idari hata** nedeniyle kanun kapsamına alınan işyerleri için düzenlemiş, prim iadesi gereken diğer ihtimalleri öngörememiştir.

#### **IV. Yersiz Olarak Prim Ödenen Haller**

Hataen resen tescil edilen işyerleri, işyerinin girdiği tehlike sınıf ve derecesinin yanlış belirlenmesi ve tescillerde/prim ödemelerinde hata olan sigortalılar yersiz prim ödemenin konusunu oluşturmaktadır. Aşağıda bu konulara ilişkin olarak verilen kararlardan bazıları örnek olarak açıklanmaktadır.

##### **A. Hataen resen tescil edilen işyerleri**

İşyerlerinin Kurum tarafından hatalı olarak tescil edilebilmeleri mümkündür. Böyle bir olayda davacı hatalı olarak alınan primlerin ve idari para cezalarının iadesi davası açmış, davada yerel mahkeme görevsizlik kararı vermiştir. 10. HD. haklı olarak görevsizlik kararını bozmuştur. Mahkemeye göre, dava 506 SK. kapsamındaki bir işyerinin idari para cezasına itirazı niteliğinde olmayıp, **506 SK. kapsamı dışında olma** ve bu nedenle idari para cezasına itiraz niteliği taşımaktadır. Bu nedenle de, dava iş mahkemesinin

**görev** alanına girmektedir.<sup>(54)</sup>

Yasa kapsamında olmamasına karşın **Kuruma yanlışlıkla işyeri bildirgesi verdiğini** ileri süren bir işveren, kendisinden icra ile tahsil edilen primlerin geri verilmesini talep eder. Yerel mahkeme, kapsama alma işlemine karşı süresi içinde dava açılmamış olması nedeniyle talebi reddeder. Yargıtay ise, olayda 506 SK. Md. 84'ün uygulanması gerekirken, bu kuralın göz ardı edilerek davanın reddedilmesini bozma nedeni saymıştır.<sup>(55)</sup> Yargıtay bir başka kararında, işveren vekili tarafından verilen **bildirgenin hayali olduğu** ve bu nedene dayalı prim iadesi talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bildirge söz konusu iddiaya rağmen işvereni bağlayacaktır.<sup>(56)</sup>

Kapsama alınmaması gereken işyerlerinden alınan primler gibi, sigortalı olmayan kişi için alınan primler ve işveren olmayan kimseden alınan primler yersiz alınmış sayılırlar.<sup>(57)</sup>

#### **B. İşyerinin girdiği tehlike sınıf ve derecesinin yanlış belirlenmesi**

**İşveren** işyerinin tehlike sınıf derecesinin yanlış belirlendiği gerekçesi ile Kuruma **itiraz eder**. İtiraz üzerine **tehlike derecesi** beşinci sınıftan birinci sınıfa **indirilir**. Ancak, **bu arada bir süre daha yüksek oran üzerinden prim tahsilatı yapılır**. İşverenin, ödediği fazla primin iadesi talebi yerel mahkeme tarafından reddedilir. Yüksek mahkeme ise, tehlike sınıfının düşürüldüğü tarih sonrası için fazla ödenen primlerin **iadesine** hükmetmiştir.<sup>(58)</sup>

Bir diğer olayda, Kurumca iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası için prim oranı % 7'den % 3.5'a indirilir. İşveren indirim öncesi dönem için fazla prim alınmış olması nedeniyle fazla ödenen miktarın iadesi talebinde bulunur. Yerel mahkemenin talebi kabul kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur. Çünkü, konuyu düzenleyen 506 SK. Md. 75/V'e göre, resen veya

---

54 Y. 10. HD. 2.11.2004 T., 10852/10090. Bkz. Ali Rıza OKUR, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2004, Ankara, 2006, 208.

55 Y. 9. HD. E. 39197, K: 9780, 6.4.1973., İhsan Çakmak, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, C: II, Ankara, 2004, 2319.

56 Y. 9. HD. E. 39197, K: 9780, 6.4.1973., İhsan Çakmak, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, C: II, Ankara, 2004, 2319.

57 Y. 10. HD. 6908/1659, 8.3.1976, Can, 1084.

58 Y. 9. HD. E 11725, K: 395, 16.1.1968, Çakmak, II, 1734.

işverenin talebi üzerine yapılan **prim oranı değişiklikleri geriye yürütülemez**. Bu nedenle, işveren tarafından değişiklik kararı öncesi için yapılan ödemeler istirdat edilemez.<sup>(59)</sup>

### C. Tescillerinde/prim ödemelerinde hata olan sigortalılar

Zorunlu sigortalılıkta, isteğe bağlı sigortalılıkta, çakışan sigortalılıkta ve borçlanmalarda prim ödemelerine ilişkin hatalar olabilmektedir. Aşağıda söz konusu ihtimallere ilişkin bazı kararlara değinilmektedir.

#### 1. Zorunlu Sigortalılıkta

Bir **limitet şirket ortağı** olan davacı 31.3.1989-22.10.1993 tarihleri arası Bağ-Kur'a; bu tarih sonrası şirket ortağı sıfatı değişmediği halde **SSK'ya prim ödemiştir**. Açtığı davada SSK **primlerinin Bağ-Kur'a devrini** talep eder. İş mahkemesi aktarma talebini kabul eder. Yüksek Mahkeme ise, iki ayrı tüzel kişiliğin varlığından ve birinden diğerine prim aktarması yapılmasına ilişkin herhangi bir müessese bulunmamış olmasından söz ederek yerel mahkeme kararını bozar.<sup>(60)</sup>

1969 yılında SSK mensubu olan davacı, motel sahibi olarak 1972 yılında Bağ-Kur'a tescil edilir. 1983-1990 yılları arasında ise, kurucusu ve ortağı olduğu iki limitet şirketin muhasebecisi olduğu için primleri tekrar SSK'ya yatırılır. **SSK'dan yaşlılık aylığı talep** ettiğinde, istemi **primlerinin Bağ-Kur'a yatırılması gerekir**ken SSK'ya yatırıldığı **gerekçesi ile reddedilir**. Yerel mahkemeye göre, 1479 SK. Md. 24 gereği şirket ortakları Bağ-Kur'a tescil edilmek gerekir. Ancak, başlangıçtaki hatayı sürdüren, yedi yıl süreyle primleri tahsil eden SSK'nın sigortalılığın iptali kararı iyiniyet kurallarına uygun düşmez.<sup>(61)</sup> Yargıtay 10. HD hem 1479 SK. Md. 24, hem de TK. Md. 540'dan yola çıkarak davacının Bağ-Kur'a tescilinin gerektiği; MK. Md. 2'deki iyiniyet kurallarından yola çıkarak SSK sigortalısı sayılamayacağı sonucuna varır.<sup>(62)</sup>

59 Y. HGK. E: 2005/21-375, K: 2005/412, 22.6.2005. Aynı yolda bkz. Y. 21. HD. E: 2004/5556, K: 2004/9180, 25.10.2004; 10. HD, E: 2002/9045, K: 2002/9461, 12.10.2002.

60 Y. 21. HD. E: 2002/4412, K: 2002/5654, 11.6.2002, Ali GÜZEL, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primler, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara, 2004, 324, 325. GÜZEL kararı isabetli bulmuştur (2002 Karar Değerlendirmesi).12.10.2002.

61 Ankara 8. İş Mahkemesi, E: 1991/117, K: 1991/899, 8.5.1991.

62 Y. 10. HD. E: 1991/7664, K: 1991/9778, 28.11.1991. Bkz. Ali Nazım Sözer, Sosyal Sigorta Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991. İstanbul, 1983, 183

Bir **şirketin kurucu ortağı ve müdürü** olan kişi için şirket yaklaşık 8 yıl süre ile **SSK'ya prim öder**. Bu arada Kurumun sağlık yardımlarından yararlanır. Kurum çalışma ilişkisinin vekalet akdine dayandığı gerekçesi ile ortak müdürün sigorta ilişkisini iptal ile hastalık sigortasından sunulan edimlerin bedelinin iadesini ister. Talep üzerine şirket ve ortak müdür Kurumu dava ile haksız ve yersiz olarak ödenmiş olan primlerin iadesini ve Kuruma borçlu olunmadığının tespitini talep ederler. Yerel mahkeme talebi kabul eder. Yüksek mahkeme'ye göre, primler yanlış ve yersiz olarak alınmış değildir. Bu nedenle olayda 506 SK. Md. 84 uygulanamaz. Ödenen primler davacı şirkete ve ortak müdüre ancak haksız zenginleşmeye (BK. Md. 61-66 hükümlerine) dayalı olarak, payları oranında geri verilebilir. Ayrıca, ilgiliye sigortalı vasfı taşımamasına rağmen vizite kağıdı verilmesi hukuka aykırı bir fiili oluşturur. İlgili yapılan sağlık harcamaları nedeniyle Kuruma borçlu bulunmaktadır. Değinen nedenlerle, yerel mahkemenin talebi uygun gören kararı bozulmalıdır. <sup>(63)</sup>

Yukarıda aktarılan yersiz prim ödemeleri nedeniyle sigorta ilişkisinin doğmayacağı ve primlerin geri verilmesi gerekeceği sonucuna varan yargı kararları dışında aksi yönde verilmiş olanları da vardır. Bir hamamda sigortalı olarak önce 2 ay, sonra da 3 gün **zorunlu sigortalı** bildirim olan kişinin sigortalılığı, fiili çalışması olmadığı gerekçesi ile iptal edilmiş ancak bildirim yapılmamıştır. İptal işlemine rağmen bildirim yapılmayan ve primleri iade edilmeyen sigortalı 5 yıl 4 ay kadar bir süre Kuruma **isteğe bağlı sigorta** primi ödemiş, sürekli ve düzenli olarak yapılan ödemeler Kurum tarafından kabul edilmiştir. Sigortalı ayrıca isteğe bağlı sigorta döneminde **askerlik borçlanması** yaparak primlerini de ödemiştir. Daha sonra, emeklilik talebinde bulunduğu, kişiye önceden alınan ancak bildirilmeyen sigortalılık iptal kararı tebliğ edilmiştir. Bu gelişmelerden sonra sigortalı emekliliğe hak kazandığının tespiti davası açmış, dava yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yüksek mahkeme şu gerekçelerle yerel mahkeme kararını bozmuştur: *“Görevi ve ödevi Anayasa ve yasalarla belirlenmiş olan Kurumun kendi hatası sonucu davacının isteğe bağlı sigortalılığını kabul*

---

(1991 Karar Değerlendirmesi). 1991 yılı karar değerlendirmesinde yerel mahkemenin kararı isabetli bulunarak Yargıtay kararı eleştirilmiştir.

63 Y. 10. HD. E: 2005/10224, K: 2005/13972, T: 26.12.2005.

*edip, uzun yıllar sonra iptaline karar vermesi M.K.'nın 2. maddesinde gösterilen dürüstlük kuralları ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle davacının isteğe bağlı sigortalılığı geçerli sayılarak ve bu dönemde yaptığı askerlik borçlanması gözetilerek davacının emekliliğe hak kazanıp kazanmadığının irdelenerek sonucuna göre karar vermesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır.” (64)*

Zorunlu sigortalılar bakımından prim iadesi Bağ-Kur'da basamak uygulamasında da gündeme gelmiştir. İki yılda bir, bir basamak yükseltmesi yapan sigortalı 1985 yılında 9. basamakta iken 1987 yılında 10. basamağa intibakını yapmak istemesine rağmen basak seçme talebinde maddi hata ile **10 yerine 7 yazmış, ancak ödemelerini 10. basamak üzerinden yapmıştır**. Kurum, ödemeler 10. basamaktan yapılmış olmasına karşın, maddi hatayı sigortalı aleyhine yorumlamıştır. Yargıtay ise, Kurumu sosyal güvenliğin temel ilkeleri, hayatın olağan akışı ve MK. Md. 2'deki dürüstlük kuralından yola çıkarak haksız bulmuştur. (65) CENTEL'e göre de, yüksek basamak üzerinden yatırılan primlere itiraz etmeyen Kurum sigortalının maddi hatasından yararlanmaya kalkışmıştır. Bu nedenle de davranışı iyi niyet kuralları ile bağdaşmamaktadır. (66)

İşveren **sigorta prim matrahında** olmadığı halde işçinin yemek parasından prim keserek SSK'ya yatırır. Bu durum üzerine işçi açtığı dava ile kesintiyi işvenden tahsil eder. Aslında Kurumun ödemesi gereken sebepsiz zenginleşme tutarını kendi ödemek zorunda kalan işveren hüküm giyip işçiye ödediği bedeli SSK'dan talep eder. Yüksek mahkeme bu bedelin Kurum tarafından işverene ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. (67) Benzer bir olayda, toplu iş sözleşmesi gereği işçilere ödenmesi gereken yemek parası Kurum tarafından aynı yardım sayılmayıp prim matrahına dahil edilerek kesintiyeye tabi tutulmuştur. İşverenin yersiz bir şekilde ödenmiş olan primlerin iadesi talebi yerel mahkeme ve Yüksek Mahkeme tarafından reddedilir. Çünkü, 506 SK. Md. 77 aynı edimleri primlerin hesabında dışlamıştır. Yemek parası aynı edim olmadığı için prim hesabında dikkate alınması ge-

64 Y. 10. HD. E: 2004/7771, K: 2004/12651, 28.12.2004.

65 Y. 21 HD. E: 1996/ 3481, K: 1996/ 3537, 13.6.1996, YKD, Kasım 1996, 1791-1793.

66 1996 Karar Değerlendirilmesi, 251.

67 Y. 10. HD. E: 3102, K: 4336, 12.6.1974, Çakmak II, 2324, 2325.

reker. <sup>(68)</sup>

Fazla prim tahsiline ilişkin bir olay topluluk sigortasına ilişkindir. Davacı avukat 1. derecenin 5. kademesinden prim ödeme talebinde bulunduğu halde kurum **resen kademeyi** daha da **yükselt**erek primlerini tahsil etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, Kurum resen daha fazla prim ve bu prime ilişkin gecikme zammı almaya yetkili değildir. Fazla tahsil ettiği meblağı sigortalıya iade etmek zorundadır. <sup>(69)</sup>

**Ölçümleme** ile ilgili olarak verilen bir karara konu olayda, işleme **idari aşamada** itiraz edilmediği için idari tasarruf **kesinleşir**. İşveren daha sonra iş mahkemesine yersiz ödeme nedeniyle dava açar. Yargıtay, ölçümlemeye ilişkin ödemelerin 506 SK. Md. 84'e göre **geri alınabileceği** sonucuna varmıştır. <sup>(70)</sup> Bu görüş alanyazında da kabul görmektedir. <sup>(71)</sup>

Yersiz ödemelere bir diğer örnek **yanlış muhataptan** prim tahsilidir. Kurum ölçümle ile doğan alacağını limited şirketin ortağı ve müdürü olan kişiden tahsil eder. Ortak müdürün ödediği primlerin geri verilmesi talebi yerel mahkeme tarafından reddedilir. Yüksek Mahkeme'ye göre ise, bu halde davacı tarafından yanlış ve yersiz olarak yapılmış bir ödeme mevcuttur. <sup>(72)</sup>

Yersiz ödemeler konusunda **ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri** de gündeme gelmektedir. Örneğin, **Türkiye-İsviçre Sosyal Güvenlik Sözleşmesi**'ne göre, İsviçre'deki çalışma süresinin karşılığı olan primler sigortalıya ödenmektedir. Bunun için ilgilinin orada veya Türkiye'de herhangi bir sigorta aylığına hak kazanmaması ve İsviçre'den ayrılması koşullarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullardan biri gerçekleşmediğinde <sup>(73)</sup> veya yaşlılık aylığı bağlanmasına yeter kısım düşüldükten sonra geriye bir miktar kalıyor ise <sup>(74)</sup>, Türkiye'ye transfer edilmiş olan meblağ sigortalıya teslim edilmektedir.

---

68 Y. 10. HD. E: 1973/5381, K: 1974/1005, 22.1.1974.

69 Y. 10. HD.E: 10611, K: 10843, 18.12.1985, Çakmak, II, 2342, 2343

70 Y. 10. HD. E: 1976/7296, K : 1977/2187, 24.3.1977. Tuncay, 1979-1983 Karar Değerlendirmesi, 304.

71 TUNCAY, 1979-1983 Karar Değerlendirilmesi, 304.

72 Y. 10. HD. E: 3363, K: 7294, 2.11.1976, Can, 1082 = Çakmak II, 2325.

73 Y. 10. HD. E: 5551, K: 6736, 9.12.1986, Çakmak II, 2327 vd.

74 Y. 10. HD. E: 1439, K: 1742, 19.3.1985. Bu ve diğer benzer kararlar için bkz. Çakmak II, 2326-2338.

## 2. İsteğe Bağlı Sigortalılıkta

Hatalı olarak isteğe bağlı sigorta primi ödemelerine ilişkin birçok Yargıtay kararı mevcuttur. Bu kararların bir kısmında primlerin iadesine; bir kısmında ise, ödenen primlerin geçerliliğine ve hak doğurduğuna karar verilmiştir. Prim iadesine ilişkin kararlardan birinde **zorunlu SSK sigortalılığı olmadan isteğe bağlı sigorta primi ödeyen** bir kişinin sigorta kaydı Kurum tarafından iptal edilir. İş mahkemesi söz konusu idari tasarrufu kaldırır. Ancak, Yüksek Mahkeme 506 SK. Md. 85'de aranan koşullar davalının şahsında oluşmadığı gerekçesiyle bozma kararı verir. Karara göre, yersiz olarak ödendiği için **primlerin iadesi gerekir.** <sup>(75)</sup>

Önce isteğe bağlı, daha sonra da zorunlu sigortalı olan bir kişi zorunlu sigortalılığı bittikten yaklaşık iki yıl sonra isteğe bağlı sigorta kapsamında **geriye yönelik** olarak **toptan ödeme** yaparak yaşlılık aylığı bağlanmasını talep eder. Kurumun bu ödemeyi kabul etmemesi üzerine yerel mahkeme sigortalının yaşlılık aylığına hak kazandığına karar verir. <sup>(76)</sup> Yüksek Mahkeme ise, haklı olarak geriye yönelik prim ödemesi yapmanın mümkün olmadığına karar verir. Bu karar gereği Kuruma ödenen **primlerin iadesi gerekmektedir.**

Benzer bir olayda Yüksek Mahkeme sigortalı olarak ilk kez **tescil** olunan tarih **öncesi için** SSK tarafından tahsil edilen isteğe bağlı sigorta primlerinin davacı lehine **kazanılmış hak doğurmayacağını** karara bağlamıştır. <sup>(77)</sup>

Keza, Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda 1991 yılında 6.5 ay kadar isteğe bağlı sigortalı olan kişi, bu yıl ve izleyen 1992 ve 1993 yıllarında ortalama 40-50 günlük sürelerle zorunlu sigortalı olarak çalışmış daha sonra **geriye yönelik** olarak **toptan prim ödemesi** yapmıştır. Yüksek mahkeme, zorunlu sigortalı olduktan sonrası için **isteğe bağlı sigortalılık talebi** ve ödemesi **olmayan** kişiden hataen tahsil edilen paranın **sigortalı**

75 21. HD E: 1995/4831, K: 1995/4752, 25.9.1995, YKD 12/1995, 1802. Davacının kötü niyetli olduğu saptanamadıkça ödenen primlerin iptalinin benimsenemeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz. Ali Nazım SÖZER, Sosyal Sigortalar, Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1995, İstanbul, 1997, 206.

76 Y. 10. HD. E: 2453, K: 3629, T: 21.4.2003. İKİD, Ekim 2003, 2151 vd.

77 Y. 10. HD. E: 2003/3570, K: 2003/4517, 29.5.2003. Benzer diğer kararlar için bkz. Bkz. Ali Nazım Sözer, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primler, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2003, Ankara, 2005, 241 (2003 Karar Değerlendirilmesi).

**için kazanılmış hak oluşturmayacağı** sonucuna varmıştır. <sup>(78)</sup>

Bir başka olayda Bağ-Kur sigortalısı olan davacı **iki gün** bir muhasebe bürosunda işçi olarak çalıştıktan sonra **isteğe bağlı** sigortaya **3 yıl 7 ay prim** ödemiştir. Kurumun ihtilaf yaratması üzerine davacı, isteğe bağlı sigortalılığının tespitini talep etmiştir. Yerel mahkemenin kabul talebi Yargıtay tarafından bozulunca mahkeme kararında direnmiş ve uyuşmazlık Y.HGK.'na gelmiştir. HGK.'na göre, bir sistemden diğerine geçiş mümkündür ancak, dava konusu olayda **yasaya karşı hile**, muvazaa vardır. Eylem MK. Md. 2'deki **dürüstlük kuralına** aykırıdır. Bu nedenle, yerel mahkemenin direnme kararı bozulmalıdır. <sup>(79)</sup>

Oyçokluğu ile alınan karardaki **karşı oy** yazısına göre, sigorta müfettişi davacının iki gün eylemli çalıştığını tespit etmiş ve yargılamada bu olgunun aksi de ispat edilememiştir. 506 SK. Md. 85'de 1987 yılında 3395 SK. ile yapılan değişiklik ile isteğe bağlı sigortalı olmak için gereken en az 5 yıl sigortalılık süresi ve 750 gün MYÖ sigortası primi ödeme koşulları da kaldırılarak **kuruma tescilli olmak yeterli** görülmüştür. Gerekli yasal koşullar sahip davacının isteğe bağlı sigorta yoluyla elde etmiş olduğu emeklilik hakkı elinden alınamaz. Davacının **saiki** isteğe bağlı sigorta yoluyla **emekli olmak** olsa dahi, davranışı **muvazaa** ya da iyiniyet kurallarına aykırı bir tutum **sayılamaz**. Kararı değerlendiren **Tuncay** da, Y.HGK'ndaki karşı oy yazısına katılarak, biçimsel şartları yerine getirmiş bir sigortalının Bağ-Kur yerine Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli olma isteği neden gösterilerek **emekli olmak hakkı elinden alınmayacağı** görüşünü ifade etmiştir. <sup>(80)</sup>

Tarım Bağ-Kur sigortalısı olan davacı 1985 yılında verdiği dilekçede tarımsal faaliyete son vermesi nedeniyle **kaydının terkinini** talep eder. Dilekçeyi işleme koymayan Bağ-Kur 1997 yılında hata ile davacıya 4247 SK'dan yararlanabileceğini bildirir. Davacı 1997-2000 yılları arasında **prim öder**. 2000 yılında Kurum, her iki hatasını da fark ederek, ilgilinin sigortalılığını iptal eder. Bu gelişmeler sonrası sigortalının yaşlılık aylığı bağlanması

78 21. HD. E: 2002/10568, K: 2033/957, 17.2.2003, 2002 Karar Değerlendirmesi, 297. Aynı yönde verilmiş diğer kararlar için bkz. Anılan son eser, 297.

79 Y. HGK. E: 2000/21-1705, K: 2000/17050, 29.11.2000. A. Can Tuncay, Sosyal Sigortalar, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2000, Ankara, 2002, 189 (2000 Karar değerlendirilmesi).

80 2000 Karar değerlendirilmesi, 190, 191.

talebi iş mahkemesi tarafından yerinde bulunur. Karar temyiz edildiğinde Yargıtay davacının tarımsal faaliyette bulunmasa da, **isteğe bağlı sigortalı** (1479 SK. Md.60) **gibi** değerlendirilerek kendisine yaşlılık aylığı bağlanabileceği sonucuna varmıştır GÜZEL'e göre, verilen bu karar ile isabetli olarak Kurumun hatası sonucu üç yıl prim ödeyen kişinin zarar görmesi engellenmiştir. <sup>(81)</sup>

**İsteğe bağlı sigortanın** varlığı (primlerinin iadesi) **primlerinin yurt dışından ödenmesi** halinde de tartışılmıştır. Almanya'da çalışmakta iken (1993-1997) isteğe bağlı sigorta primi ödeyen kişi aylık bağlanması talebinde bulunduğu, istemi primleri yurt dışında iken ödediği gerekçesi ile reddedilir. Sigortalının açtığı dava iş mahkemesi tarafından kabul edilirse de, karar -yurt dışında da olsa- **çalışma olgusunun isteğe bağlı sigortalı olmayı engellediği** ve bu durumda olanlar için yurt dışı hizmet borçlanması olanağı bulunduğu gerekçeleri ile Yüksek Mahkeme tarafından bozulur. <sup>(82)</sup> Bu halde yaklaşık 4 yıl boyunca ödediği primler kişiye geri verilmektedir.

Kararı değerlendiren **Tuncay'a** göre, isteğe bağlı sigortalı olmada aranan herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışmama koşulu yabancı ülkeleri de kapsayacak genişlikte değerlendirilebilir. Ancak, söz konusu koşulu bu kadar geniş değerlendirmemek gerekir. Çünkü, sosyal sigorta mevzuatının uygulanmasında ülkesellik (mülkellik) ilkesi geçerlidir. Bu nedenle de **sosyal güvende teklik ilkesi yurt dışı çalışmalar için uygulanmaz**. Sonuç olarak, yazara göre yurt dışında yatırılmış olan isteğe bağlı sigorta primlerinin haksız, yersiz olduğu söylenemez. <sup>(83)</sup>

Karara konu olaylardan birinde, davacı zorunlu sigortalılığı sonrası, **tescil talebinde bulunmaksızın** isteğe bağlı sigorta primi **ödemiş**, Kurum primleri tahsil etmiştir. Davacı tahsis talebinde bulunduğu ise, bu hususu gündeme getirmiştir. Yüksek Mahkeme kararında sigortalıyı uyardıktan ve **itiraz etmeden** ödenen primleri uzun süre tahsil eden Kurumun aylık bağlama talebi sırasında ödenen primleri dikkate almamasını MK. Md.2'deki **iyiniyet kuralı** ile bağdaşmaz bulmuştur. <sup>(84)</sup>

81 21. HD. E: 2002/1734, K: 2002/4042, 6.5.2002, 2002 Karar Değerlendirmesi, 393.

82 Y. 21. HD. E: 2000/8798, K: 2000/8850, 2000 Karar Değerlendirmesi, 191.

83 Anılan son eser, 191, 192

84 Y. 10. HD. K: 1805/2226, 27.3.2001, Ali Rıza Okur, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel

Önce 15 gün zorunlu ve sonra da 2 yıl, 4 ay isteğe bağlı sigortalı olan olarak prim ödeyen kişinin isteğe bağlı sigortalılığı Kurum tarafından iptal edilir. Gerekçe, **isteğe bağlı sigorta primlerinin yazılı talep olmadan ödenmiş olmasıdır**. Sigortalının sataşmanın giderilmesi istemi mahkeme tarafından reddedilir. Yargıtay davacının talebi doğrultusunda karar verir. Daireye göre, **yazılı talep geçerlilik değil ispat koşuludur**. Ayrıca, sigortalı tarafından ödenen primler çekince konulmadan alınmıştır. Anılan nedenlerle, primlerin geri verilmesi gerekmemektedir.<sup>(85)</sup>

Benzer bir diğer olayda, sigortalı bir kişi 3 yıl kadar süren zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı son bulduğunda **yazılı talep olmadan bir ay isteğe bağlı sigorta** primi öder. 12 yıl sonra öldüğünde ölüm sigortasından yararlanmak isteyen davacının talebi Yargıtay tarafından kabul görür. Karara göre, yazılı bir dilekçe olmaması onun haklarının doğumunu engellemez. İsteğe bağlı sigortalılık statüsü **prim ödeme ile eylemli olarak doğmuştur**.<sup>(86)</sup>

İsteğe bağlı olarak birinci derecenin beşinci kademesinden prim ödemekte olan sigortalı iki ay kadar zorunlu sigortalı olarak çalıştıktan sonra tekrar isteğe bağlı sigortalı olur. Ancak, hataen **beşinci derecenin birinci kademesinden prim ödeme talebinde bulunmasına karşın primlerini birinci derecenin beşinci kademesinden öder**. Yaşlılık aylığı Kurum tarafından beşinci derece üzerinden bağlanır. Hatalı tahsis işlenin iptali talebi Kurum ve yerel mahkeme tarafından reddedilir. Yüksek Mahkeme ise, maddi hatanın göz ardı edilip fiili ödemelerin dikkate alınmamasını bozma nedeni saymıştır.<sup>(87)</sup> Bu karara göre, yersiz bir prim ödemesi yoktur. Yaşlılık aylığının birinci derece üzerinden bağlanması gerekir.

---

Hükümleri ve Primler, Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, Ankara, 2003, 219 (2001 Karar Değerlendirmesi).

85 Y. 9. HD. E: 1998/8831, 19988939, 21.12.1998, Tekstil İşveren, Eylül 1999, 26, 17. Karar hk. değerlendirme için bkz. Ali Nazım SÖZER, Sosyal Sigortalar, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2000, 257, 258.

86 Y. 21. HD. E: 1996/5304, K: 1996/5244, 1.10.1996, YKD, Mart 1997, 430, 431. CENTEL ise talebi isteğe bağlı sigortalılığın koşulu olarak gördüğü için yüksek mahkemenin vardığı sonuca bu açıdan katılmamaktadır. Bkz. Tankut CENTEL, Sosyal Sigortalar, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1996, İstanbul, 1998, 249, 250 (1996 Karar Değerlendirilmesi). Y. 10. HD. E: 2858, K: 2739, 10.4.1997: SSK'ya başvuru yapılmadan uzun yıllar yatırılan ve Kurum tarafından kullanılan İBS primlerinin iptal edilmesi Anayasa ve MK. Md. 2'ye uygun düşmez, Çakmak, II, 2377, 2378.

87 Y. 10. HD. E: 15346, K: 32, 17.1.1995, Çakmak, II, 2369.

Önce zorunlu SSK sigortalısı, sonra da **isteğe bağlı sigortalı** olan kişi yaşlık aylığı talebinde bulunduğu Kurum isteğe bağlı sigortalılığı iptal ve aylık talebini reddeder. Çünkü, sigortalı 5.1.1991'de İBS talebinde bulunduktan sonra **Mayıs 1991 ayında** hesabına **zorunlu sigorta primi yatırılmıştır**. Yerel mahkeme, -Kurum gibi- davacının aylık bağlanması talebini reddeder. Yüksek Mahkemenin tespitine göre, işveren Mayıs ayında prim ödemesini muhasebe hatası olarak yapmıştır. Davacı tanıkları da sigortalının söz konusu dönemde çalışmadığını açıklamışlardır. Ayrıca, uzun yıllar İBS primlerini tahsil eden kurumun daha sonra böyle bir davranışta bulunması MK. Md. 2'de tarifini bulan iyiniyet kuralları ile bağdaştırmak mümkün değildir. <sup>(88)</sup>

### 3. Çakışan (Çifte) Sigortalılıkta

Bazen sigortalılar aynı anda birden fazla sigortalılık statüsünde olabilmektedirler. Bu halde sosyal güvencilerde teklik ilkesinden yola çıkılarak esas alınacak sigorta ilişkisi bulunmakta ve gereksiz hale gelen diğerinin primleri iade edilmektedir. Bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlıklardan birinde, hem zorunlu hem de isteğe bağlı sigortalılığı bulunan kişi Kurumdan İBS primlerinin geçerliliğinin saptanmasını ister. Kurum çakışan süreler itibarıyla talebi reddeder. Bu istem yerel mahkeme tarafından kabul edilir. Yüksek mahkeme **zorunlu sigortalılık ile çakışan İBS sürelerinin dışlanmamış olmasını** usul ve yasaya aykırı bulmuştur. <sup>(89)</sup> Bu halde örtüşen sigorta süresine ilişkin primler sigortalıya iade edilecektir.

Davacı isteğe bağlı sigortalı olduğu dönemde (1.2.1991-1.6.1995) **kısa bir süre zorunlu sigortalı** olmuştur. Kurum değinilen nedenle İBS'yi geçersiz sayınca yerel mahkeme sigortalının geçerli sayma talebini kabul eder. Yüksek Mahkeme'ye göre de, kısa bir süre zorunlu sigortalı olarak çalışmış olmak İBS statüsünün tümünün iptalini gerektirmez. Sadece zorunlu sigortalı olunan dönemin iptali gerekir. <sup>(90)</sup> İptal halinde tasfiye edilen öneme ilişkin mükerrer primlerin Kurum tarafından iade edilmesi gerekmektedir.

1988-1995 yılları arasında (yaklaşık **6.5 yıl**) İBS primi ödeyen sigortalının sigorta ilişkisi Kurum tarafından iptal edilir. Gerekçe, ilgilinin 1989

88 Y. 10. HD. E: 17, K:317, 19.1.1995, Çakmak II, 2369, 2370.

89 Y. 10. HD. E: 93, K: 40, 21.1.1997, Çakmak II, 2374, 2375.

90 Y. 10. HD. E: 2275, K: 2179, 20.3.1977, Çakmak II, 2376.

yılında **36 gün zorunlu sigortalı** olarak çalışmış olmasıdır. Davacının zorunlu sigortalılığının iptali ile İBS statüsünün geçerli sayılması talebi yerel mahkeme tarafından reddedilir. Yüksek Mahkeme, tanık beyanlarına göre sigortalının bronşit hastalığı nedeniyle inşaatlarda çalışacak durumda olmadığı, Kuruma verilmiş herhangi bir işe giriş bildirgesi de bulunmadığı gerekçeleriyle fiili çalışmanın tespit edildiği sadece **36 günlük sürenin iptal** edilip, kalan İBS süresinin geçerli sayılmasının gerektiği sonuç ve kanaatine ulaşmıştır. <sup>(91)</sup> Bu durumda sigortalıya sadece 36 gün karşılığı olan prim tutarı geri verilecektir.

15.12.2001-14.1.2005 tarihleri arasında bir devlet üniversitesinde **araştırma görevlisi** olarak Emekli Sandığı'na tabi olan şahıs, bu dönem ile çakışır şekilde aralıksız olarak 30.3.2004'e kadar **işçi** olarak SSK'ya da prim ödemiştir. Yaşlılık aylığı tahsisinde kendisine SSK'ya tabi hizmetleri iptal edilerek Emekli Sandığı'na tabi kazançları üzerinden aylık bağlanır. Davacı, iptal edilen SSK süreleri nedeniyle emekli aylığının eksik ödendiği iddiası ile dava açar. Yerel mahkeme talebi kabul eder. Yüksek Mahkeme eksik inceleme nedeniyle kararı bozmuştur. 10. HD.'ne göre, 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu gereği öğretim elemanları devlet memurları için kabul edilen haftalık çalışma süresi kadar çalışmakla yükümlüdürler (Md. 36). Ayrıca, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu devlet memurlarına **ikinci iş** yapmayı kural olarak yasaklamıştır (Md. 28). İkinci iş ancak 2547 SK. Md. 37'de aranan koşullar yerine getirildiğinde ve döner sermaye üzerinden yapılabilmektedir. Yerel mahkeme olayda söz konusu hususları araştırmalıydı. İhtilafa uygulanacak kural 5510 SK. Md. 53'dür. Düzenlemeye göre, eğer ilgilinin çalışması devlet memuru statüsünde ise, **kişiyeye kamu görevlisine ilişkin hükümler uygulanır**. Aksi halde, emeklilik için ilk başlayan çalışma esas alınacaktır. <sup>(92)</sup> Karara göre, ikinci çalışmaya ilişkin olarak mükerrer ödenen primler yersiz olmaktadır.

#### **4. Borçlanmalarda**

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 2003 yılında vermiş olduğu bir kara-

91 Y. 10. HD. E: 7705, K: 7510, 30.10.1977, Çakmak II, 2380, 2381.

92 Y. 10. HD. E: 2009/1361, K: 2009/9297, 26.5.2009, Çalışma ve Toplum, 24, 2010/1, 442 vd. Kişi aynı tarihlerde farklı sosyal güvenlik kuruluşları kapsamında bulunamaz, Y. 10. HD. E: 2008/4013, K: 2008/10550, 15.7.2008,

ra konu olan olayda, SSK. sigortalıdan tahsil ettiği **askerlik borçlanma** primlerini **uzun yıllar kullandıktan** sonra borçlanma işlemini iptal eder. İptal işleminin gerekçesi borçlanma farkının ödenmemiş olmasıdır. Yüksek Mahkeme'ye göre, borçlanma farkının kurum tarafından her zaman tahsili mümkündür. Ayrıca, **objektif iyiniyet kuralından** yola çıkarak askerlik borçlanmasının geçerli saymak gerekir. <sup>(93)</sup>

Askerlik borçlanmasına ilişkin bir olayda, sigortalı **borçlanmayı 1.10.1999 tarihi sonrası yapmıştır**. Ancak, kendisine bu tarih öncesi koşullara göre yaşlılık aylığı bağlanmasını ve söz konusu tarihten sonra Kuruma ödenmiş olan primlerinin yersiz ödeme olması nedeniyle iadesini talep eder. Kurum ilgilinin talebini reddeder. Açtığı aylık bağlanması ve yersiz olarak ödenmiş olan primlerinin geri verilmesi davası yerel mahkeme tarafından kabul edilir. Karar özel daire tarafından bozulunca yerel mahkeme direnir. Konuyu inceleyen Hukuk Genel Kurulu'na göre, davacıya 1479 SK. Geç. Md. 10/II'de belirtilen geçiş dönemi tam yaşlılık aylığı uygulanır. İlgili kural gereği, aylığın değerlendirilmesinde talepte bulunan kişinin 1.10.1999 tarihi itibarıyla durumu belirlenir. Sigortalının bu tarih öncesi SSK'da geçen yaklaşık 7 ve Bağ-Kur'da geçen 15, toplam 21.5 yıl, emekliliği için gerekli 25 yılın dolmasına yetmemektedir. Bu tarih öncesi 1479 SK. Ek Md.9'da kendisine tanınan askerlik borçlanması talebinde bulunmamış ve borç da ödemiş değildir. Sonradan yapmış olduğu borçlanma önceden yapılmış gibi dikkate alınarak kendisine yaşlılık aylığı bağlanamaz. Anılan nedenle, 1.10.1999 sonrası yatırmış olduğu primler de yersiz sayılmayacağı için iadeleri gerekmemektedir. <sup>(94)</sup>

Vergi dairesine ve meslek kuruluşuna kayıtlı olan bir bağımsız çalışan dört yıl boyunca Bağ-Kur'a kaydını yaptırmaz. Daha sonra tescilini yaptırır ve primlerini öder. Ayrıca, 1479 SK. Ek Geç. Md. 13/2'den yararlanarak **dört yıllık süreyi borçlanır**. Ancak, kurum **17 yıl sonra** bu süreyi **iptal** eder. Yargıtay Kurumunun iptal işlemini kusurlu bir idari tasarruf olarak niteler. Çünkü, geriye dönük olarak ödenen primler yeterli inceleme yapılmadan kabul edilmiştir. **Sigortalıya yıllarca ümit verdikten sonra** ödenen

93 Y. 10. HD. E: 2003/6559, K: 2003/7732, T: 2.4.2003. Bkz. Sözer, 2003 Karar Değerlendirilmesi, 239, 240.

94 Y. HGK. E: 2005/10-138, K: 2005/221, 30.3.2005.

primlerin iptali **kendi kusurlu** davranışının bedelini sigortalıya ödetmek anlamına gelir. Bu işlem **hakkın kötüye kullanılması** sayılır. Kaldı ki, davacının önceye yönelik ödemeleri borçlanma kapsamında yapılmıştır. <sup>(95)</sup> Yüksek Mahkeme'nin vardığı sonuç kararı inceleyen TUNCAY tarafından makul görülmüştür. <sup>(96)</sup>

Bağ-Kur'a tescilli olan bir sigortalı, kendisine tanınan borçlanma hakkına (2654 SK. Ek Geçici Md. 14) dayanarak yaklaşık 5,5 yıllık süreyi borçlanır. Bağ-Kur sonradan sigortalının söz konusu sürenin 4 yılında **vergi mükellefi olmadığı**nı saptayınca, bu döneme ilişkin **borçlanma işlemini iptal eder**. Davacının borçlanma işleminin geçerliliğinin tespiti ile yaşlılık aylığı talebi yerel mahkeme tarafından reddedilir. Konuyu inceleyen Yüksek Mahkeme'ye göre, borçlanma işlemi geçerlidir. Çünkü, **Kurum** borçlanma koşullarının varlığını kesin olarak saptamadan ödemeyi kabul etmiş ve alınan **primleri yıllarca değerlendirmiştir**. Davacı yapılan işleme güvenmiştir. Ayrıca, onun kötü niyetli olduğu iddia ve ispat da edilmemiştir. Bu durumda **iptal işlemi MK. Md. 2'ye aykırıdır**. <sup>(97)</sup>

#### **Sahtecilik Halinde Primler ve Edimler (Geçersiz Sigorta İlişkisi)**

506 SK. Md.84'e göre, sosyal sigorta primleri kendilerine geri verilen kişilere daha önce sunulmuş olan edimler geri alınmaz. Kurumun sigortalıya sunduğu nakdi, aynı ve hizmet edimlerine ilişkin harcamaları geri almasının engellenmesinin nedeni, edimlerden yararlanan kişinin durumunun kötüleşmesini engellemektir. Ancak, sahtecilik yahut kötü niyetli iktisap sabit olmadığı takdirde, Kurumca ödenen yardımlar geri istenemez. <sup>(98)</sup> Sigortalı ve/veya işverenin suç niteliği taşıyan eylemleri sebebiyle sunulan edimler iade yasağı kuralının dışındadır. Çünkü, onların korumaya değer bir menfaatlerinin varlığı kabul edilmemektedir. Yani, Kurum hile halinde

95 21. HD. E: 4426, K: 4486, 5.6.2000. YKD, Ocak 2001, 85.

96 2000 Yılı Karar Değerlendirmesi, 226.

97 Y. 10. HD E: 1990/10399, K: 1991/ 5516, 3.6.1991, İş ve Hukuk, Yıl: 26 Sa: 217, Ağustos 1991, 39, 40= 1991 Karar Değerlendirmesi, 184. Benzer bir olayda, borçlanma başvurusunu kabul ettikten sonra, ilgilinin başvuru tarihinde sigortalı olmadığından bahis ile borçlanma işleminin iptali MK. Md. 2'deki kuralla bağdaşmaz diyen Y. 21. HD. kararı CENTEL tarafından da isabetli bulunmuştur. E: 1996/2172, K: 1996/3076, 27.5.1996, 1996 Karar Değerlendirilmesi, 249.

98 ÇAKMAK, II, 2317.

yaptığı giderleri muhataplarından talep hakkına sahiptir. <sup>(99)</sup>

Konuya ilişkin olarak verilen bir karara konu olayda, davacı Kurum yaşlılık aylığı bağlanmasına esas olan **çalışma belgesinin sahte** olduğu ileri sürerek sigortalıya fuzulen ödenen 7.740 TL.'nin geri verilmesini talep etmiş, yerel mahkeme istemi reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, sahtecilik halinde geri almama kuralının uygulanamayacağı aksi halde, kişilerin suç niteliğini taşıyan eylemlerinden yararlanabilecekleri gerekçesi ile kararı bozmuştur. <sup>(100)</sup>

Bir diğer olayda, iş kazasında ölen kişinin sigortalılığı iptal edilmiş ve sigortalılık nedeniyle aile fertlerine 8 yıl süreyle ödenen aylıklar Kurum tarafından hak sahiplerinden talep edilmiştir. Yüksek mahkeme, iş kazasında ölen sigortalının ya da işverenin haksız eylemleri ve **suç niteliği taşıyan davranışları** yok ise, sunulan sigorta edimlerinin geri istenemeyeceğini; aksi halde, ilgililerden alınabileceğini hükme bağlamıştır. <sup>(101)</sup> Kararı değerlendiren KARTAL iptalin nedeni olan ihtimalleri (işçi iken bağımsız çalışan, bağımsız çalışırken işçi olarak tescil edilmiş olma, sigortalı olmanın nimetlerinden yararlanmak için işveren ile anlaşma...) ifade ettikten sonra kararda varılan sonuca katılmaktadır. Çünkü sahtecilik halinde sunulan edimlerin geri alınması bir kimsenin işlediği suç niteliği taşıyan eylemlerinden yararlanma olanağı elde etmemesi için gerekli görülmüştür. <sup>(102)</sup> Yüksek mahkemenin ele aldığı bir başka olayda Bağ-Kur sigortalısı kişi, **bir gün SSK sigortalısı olduğunun tespitiyle, 7.5 yıl** boyunca **ödediği** isteğe bağlı sigortalılık primlerinin geçerli olduğunun ve böylece yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitini talep etmiştir. Yerel mahkemenin aylığa hak kazanıldığı şeklindeki kararı, Yargıtay tarafından uygun bulunmamıştır. Çünkü, sigorta müfettişine bir gün dahi **çalışmasının olmadığını itiraf** eden sigortalının davranışı **muvazaa** niteliği taşımaktadır. Muvazaa ise **yasaya karşı hile** oluşturur. Dolayısıyla bu davranış **dürüstlük kuralı** tarafından korunulamaz. <sup>(103)</sup>

99 Bkz. Y. 10. HD. E:1981/4646, K: 1981/5361, 20.10.1981, Can, 1083.

100 Y. 10. HD. E: 1473, : 6592, 12.10.1976, Çakmak, II, 2324.

101 Y. 10. HD. E: 1981/4646, K: 1981/5361, 20.10.1981.

102 Şelale KARTAL, İHU, SSK. 84 (No.2).

103 Y. 21. HD. E: 2003/604, K: 2003/1127, 20.2.2003, İstanbul Barosu Dergisi, 3/2003,

506 SK. Md. 84/son'da mevcut, önceden sunulmuş olan edimlerin geri alınmaması kuralı, yargı kararları ile suç niteliği taşıyan eylemler bakımından kabul edilmeyerek norm amacına uygun olarak sınırlandırılmıştır. 506 SK. bakımından yargı kararları ile suç niteliğinde olan ve olmayan eylem ayırımı getirilmiştir. Benzer bir ayırım 5510 SK. Md. 96'da **yersiz ödemelerin geri alınması** başlıklı normda, asli ve bağlı sigortalıların kasıtlı ve kusurlu eylemi, ayrıca Kurumun hatalı işlemleri şeklinde yapılmıştır. Bu kurala göre, Kurumun hatasından kaynaklanan ödemelerin geri istenmesi 5 yıllık talep süresine tabidir. Asli ve bağlı sigortalıların kasıt veya kusuruna dayanan sigorta ödemeleri ise, 10 yıllık sürede istenebilirler. Düzenlemede sigortalının kastına dayalı eylemler nedeniyle kendisine yapılan ödemeler dışında, kusuruna dayalı sigorta ödemeleri de iadeye tabi tutularak 506 SK. dönemi uygulamasının gerisine düşülmektedir.

### **VI. Şekli (Formel) Sigorta İlişkisi**

Yukarıda açıklandığı üzere, 506 SK. Md. 84 iyi veya kötüniyet ayırımı yapmaksızın sigortalı ve/veya işveren tarafından yatırılan primlerin geri verilerek, sigorta ilişkisinin tasfiyesini hükme bağlamaktadır. 5510 SK. Md. Md. 89/III-IV de benzer bir hüküm getirerek herhalukarda yersiz olarak ödenen primlerin oluşturduğu sosyal sigorta ilişkisinin ortadan kaldırılmasını hükme bağlamıştır. Ancak, bu sonucun doğruluğunun sorgulanması gerekir. Sorgulamanın ilk nedeni, 506 SK. döneminde verilen ve yukarıda örnekleri açıklanan birçok Yargıtay kararında iyiniyet ve idareye güven ilkesinden yola çıkılarak prim iadesini adil bulmayan yaklaşımdır. İkinci gereklilik, fiili sigorta ilişkisi kavramıdır. Üçüncü gereklilik, tahvil kavramının yersiz ödenen primlere uyarlanması halinde ortaya çıkan sonuçtur. Dördüncü gereklilik, bazı ülkelerde kabul gören şekli sigorta ilişkisi kavramıdır. Nihayet, 5510 SK. Md. 53/V incelendiğinde normun aynı yasadaki Md. 84'den farklı bir içerik taşıdığı görülecektir.

#### **A. Fiili sigorta ilişkisi kavramı**

Fiili sigorta ilişkisi kavramını açıklamak için önce İş Hukuku'nda geçerli olan iş ilişkisi kavramına değinmek gerekir. 4857 Sayılı İş Kanununda işçi ile işveren arasında kurulan ilişki iş ilişkisi olarak tanımlanmıştır (Md. 2/I). Kavram iş sözleşmesinin ötesinde bir anlam taşımaktadır. Çünkü kap-

samına sadece iş sözleşmesinin hükümlerini değil ayrıca çalışma koşullarını düzenleyen tüm kuralları almaktadır. Yani çalışma mevzuatı, toplu iş sözleşmesi hükümleri, işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulaması iş ilişkisinin içeriğini oluşturur. Bu nedenle, iş sözleşmesinin sakatlığı onu her zaman olumsuz etkilememektedir. Ancak, olması gereken, iş sözleşmesinin içeriğinin herhangi bir kanun hükmüne aykırılık içermemesidir (**Sağlıklı iş ilişkisi**) İş sözleşmesi hükümleri kamu düzenine, genel ahlaka, Kanun'un iki taraflı bağlayıcı hükümlerine aykırı ise, sözleşme yok sayılacak (mutlak butlan) ve kişi çalışmış olsa bile, o zamana değin sürdürülen faaliyete herhangi bir olumlu hukuki sonuç bağlanamayacaktır (**Geçersiz iş ilişkisi**). İş sözleşmesi hükümlerinin kanuna aykırılığı mutlak butlan sonucunu doğuracak ağırlıkta değil ise (nispi butlan var ise), sözleşme icranın son bulduğu ana kadar geçerli sayılacak, ancak sürmesi engellenerek faaliyete son verilecektir (**Fiili iş ilişkisi**).<sup>(104)</sup>

Bilindiği üzere, sosyal sigorta ilişkisi kavramı çalışma ilişkisine dayanmaktadır. Kişi işçi ise, çalışma ilişkisi iş ilişkisi niteliğini taşıyacaktır. Bu durumda iş ilişkisi için yapılan sağlıklı, fiili ve geçersiz hukuki ilişki ayırımının çalışma ve ayrıca sosyal sigorta ilişkisi için de yapılması uygun olacaktır. Çünkü, fiili iş ilişkisi kavramı ile kendisine iş hukuku sonuçları bağlanan bir çalışmaya, -benzer bir kavramın yardımı ile, sosyal sigorta hukukunun sonuçlarının da tanınması gerekir. Kıyas yoluyla benzer durumların aynı hukuki sonuca tabi tutulması mümkündür.

Sağlıklı çalışma ilişkilerinin sosyal sigorta hukukundaki karşılığı **“sağlıklı sigorta ilişkisi”**dir. Fiili iş ilişkisi sosyal sigorta hukukunda **“fiili sigorta ilişkisi”**ne tekabül eder. Geçersiz iş ilişkisinin karşılığı ise, **“geçersiz sigorta ilişkisi”** olmaktadır. Bir kişinin çalışmasına -mutlak butlan söz konusu olmadığında- iş hukuku bakımından geçerlilik tanınıyor ise, aynı çalışma nedeniyle sosyal sigorta hakları bakımında da geçerlilik tanımak gerekir. Aksi tutum Anayasa'dan kaynaklanan eşitlik ilkesine (Md. 10) aykırılık sonucunu doğurur. Ayrıca, yine Anayasamızda yer alan sosyal güvenlik hakkının (Md. 60) ihlali anlamına gelir. Yargıtay kararlarında kullanılmakta olan iyiniyet kuralı ve idareye güven ilkesi adı konulmadan fiili sigorta ilişkisinin tanınma-

104 Ali Nazım SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir, 1991, 163 vd. (SSİ).

sını sağlayan çabaların sonudur.

### **B. Tahvil (çevirme) kavramı**

Kötüniyet olmadan Kuruma ödenen primlerin fiili sigorta ilişkisi oluşturmasını ayrıca tahvil kurumu ile de açıklamak olasıdır. Söz konusu kavram hukuki işlemleri **butlandan koruma** aracı olarak kullanılmaktadır. Yasada düzenlenmemiş olmakla birlikte <sup>(105)</sup> yargı kararlarında ve alanyazında varlığı kabul edilmiştir.

Tahvil içeriğinde değil, şeklinde sorun olan hukuki işlemlere yöneliktir. **Şekil eksikliği** veya bozukluğu nedeniyle bir sözleşmenin iptalini istemek dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz. <sup>(106)</sup> Özellikle sözleşmenin şekil şartlarından biri eksik olduğu halde, taraflar gerekli koşulları yerine getirerek **sözleşmeyi uygulamaya başlamış** iseler, sonradan iptal isteminde bulunulması objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. <sup>(107)</sup>

Tahvile ilişkin olarak şu örnekleri vermek mümkündür. Satım sözleşmesini noterde yapan taraflar için bu hukuki işlem **satım vaadi** sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Keza, taraflar şekle tabi olan bir intifa sözleşmesini şekil koşuluna uymadan icra etmeye başlamış iseler, işlem şekil koşulu gerektirmeyen **ariyet** sözleşmesine dönüştürülür. Gerekli şekil şartlarına uyulmadan yapılan miras mukavelesi, koşullarını taşımakta ise, **resmi** bir **vasiyetname** olarak değerlendirilir. <sup>(108)</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalardan yola çıkarak tahvil şu şekilde **tanımlanabilir**: Şekle aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşme, benzer amaç ve sonuçlara yönelmiş bir başka işlemin şekil şartlarını taşımakta ise, şartlarını taşıdığı sözleşmenin yapıldığının varsayılmasıdır. Bu varsayım, çoğun içinde azın da bulunduğu (çoğu isteyenin azı da istemiş olduğu) gerçeğine dayanmaktadır. Ancak, tahvil kavramına karşı mesafeli olan bazı hukukçular BK. Md. 18 kapsamında <sup>(109)</sup> yapılacak bir **yorum** yoluyla da bu sonuca

105 Alman Medeni Kanunu Md. 140 ise konuyu şu şekilde düzenlemiştir: “Batıl bir hukuki işlem diğer bir hukuki işlemin şartlarını gerçekleştirmiş bulunuyorsa, bu sonuncusu geçerlidir; yeter ki tarafların bu işlemin geçerli olmasını isteyecek oldukları kabul edilebilsin.”

106 İKİD, 1976, 4495.

107 YKD, 1978, Sa:9, 1451

108 Örnekler için bkz. TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1988, 145, 146.

109 BK. Md. 18 : Akitlerin Tefsiri Muvazaa “Bir akdin şekil ve şartlarını tayininde, iki tarafın

varılmasının olanaklı olduğunu ifade etmektedirler. <sup>(110)</sup>

Borçlar Hukukunda sözleşmeyi geçersiz kılacak yorum yerine, **geçerli hale getirecek yorum** ilkesi kabul edilmektedir. Sözleşmeler şüphe halinde hükümsüz olacak şekilde değil, hukuki sonuç doğuracak şekilde yorumlanmalıdır. Zaruri olmadıkça geçerli olarak kabul edilmektedirler. Doğruluk ve dürüstlük kuralları bu uygulamayı zorunlu hale getirmektedir. <sup>(111)</sup>

Sosyal güvenlik hukuku **idare hukuku** bünyesinde kalmaktadır. Ancak, bu dalın içinde mevcut boşluklar mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, **özel hukuk kavramları** ile doldurulmaktadır. Taraf ehliyeti, zamanaşımı gibi müesseseler bu duruma verilebilecek tipik örneklerdir. Değinilen nedenle, tahvil ve sözleşmeyi geçerli hale getirecek yorum yöntemlerinin hatalı olarak ödenen primlerle ilgili sorunların çözümünde kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

### C. Bazı ülkelerde şekli sigorta kavramı

Şekli (formel) sigorta kavramı Avusturya ve Almanya'da önce yargı kararları ile geliştirilmiş, sonra da kanun ile düzenlenmiştir. **Kavram** şu şekilde açıklanmaktadır: Bazen zorunlu sigortalılığın koşulları konusunda tereddütler ortaya çıkabilir. Örneğin, ilgili kişi bir iş sözleşmesinin, bağımsız bir çalışmanın, aile hukuku kapsamında bir çalışmanın olup olmadığı konusunda yanılabilir. Aynı durum isteğe bağlı sigortada da ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda, ilk bakışta primler ödenmiş, hatta edimler sunulmuş olsa dahi, sigorta ilişkisinin doğumu baştan itibaren reddedilebilir. Ancak örneğin, Avusturya'da yasakoyucu farklı bir çözüm benimsemiştir (ASVG Md. 21 f, GSVG Md. 14, BSVG Md. 12).

**Avusturya'da**, sigorta yükümlülüğü olmayan bir kişi, çekince ileri sürülmesizin ve kastı olmadan, yanılığ ile zorunlu sigorta kapsamına alınır, ilgili sigorta kapsamına alındığı düşünür ve bu düşünce ile kesintisiz ve ihtilafsız olarak 3 aydan fazla bir süre prim ödemiş olursa, önceye etkili

---

gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmıyarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır. Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisabeden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan olunamaz.”

110 TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, 144, 147; İbrahim KAPLAN, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 2007, 76, 77.

111 KAPLAN, 75, 76.

olarak şekli sigorta ilişkisi meydana gelir. Belirtilen şekilde doğan sigorta ilişkisi zorunlu sigorta ile aynı hukuki sonuçları doğurur. Kişi, normal sigorta ilişkisinde olduğu gibi, edimlere hak kazanır. Bu nedenle primlerin geri istenmesi de mümkün değildir. Düzenlemenin **amacı**, güvenin korunması ayrıca, karmaşık sonuçlar doğuracak olan önceye etkili iptalden kaçınmaktır. Şekli sigorta ilişkisi, yanılığ ortaya çıktığında sigortalı tarafından sonlandırılabilir. Ayrıca, hatayı fark ettiğinde sigorta kurumu da ilişkiye son verebilir. Ancak, zorunlu sigorta son bulunduğu halde bildirimini yapılmış olması şekli sigortanın doğumunu sağlamaz. <sup>(112)</sup>

**Almanya’da** da kabul gören bu kavram sigorta dalları bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Hastalık sigortasında, en az üç ay süreyle hatalı olarak, itirazsız ve kesintisiz prim ödeme şartı aranmaktadır (Md. 213 RVO). Koşullarda yanılığ sonucu doğan bu sigorta ilişkisine **“maddi hukuka ilişkin şekli sigorta ilişkisi”** adı verilmektedir. Belirtilen koşullardaki prim ödemesi, sigortalılık koşullarını taşıyan bir kişi tarafından, yetkisi olmayan bir sigorta kurumuna yapılmış olabilir. Bu halde de bir idare hukuku borç ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir. Değinen durumda **“organizasyon hukukunu ilişkin şekli sigorta ilişkisi”** doğmaktadır.

Rant (maluliyet, yaşlılık ve ölüm) sigortalarında da hataen, herhangi bir itiraza uğramaksızın, ödenen primler sigorta ilişkisi oluşturmaktadır. Hatalı yatırılan primler isteğe bağlı sigorta kapsamında kabul edilmektedir (Md. 1422 RVO). <sup>(113)</sup>

#### **D. Sigortalılık Hallerinin Birleşmesi : 5510 SK. Md. 53/V**

5510 SK. Md. 53’ün ilk dört fıkrasında sigortalının aynı anda birden fazla konumda (işçi, kamu görevlisi, bağımsız çalışan) çalışması, bağımsız çalışanın işçi sayılıp sayılamayacağı, isteğe bağlı sigortalı olanların çalışmaya başlamaları halinde isteğe bağlı sigortalılığın son bulacağı ve zorunlu sigortalılık ile kısmi sigortalılığın çakışması hali düzenlenmiştir.

Maddenin devamında beşinci fıkrada ise, konumuzu ilgilendiren şu hüküm getirilmiştir: *“Sigortalının, bu madde hükmüne göre sigortalı sayılması gereken sigortalılık halinden başka bir sigortalılık hali için prim ödemiş olması durumunda, ödenen primler birinci fıkraya göre esas alınan sigortalılık*

112 Konrad GRILLBERGER, Österreichisches Sozialrech, 2008, Wien, 23.

113 SÖZER, SSİ, 51-53.

*hali için ödenmiş ve esas alınan sigortalılık halinde geçmiş kabul edilir.”*

Maddede mevcut “*Sigortalının, bu madde hükmüne göre sigortalı sayılması gereken sigortalılık halinden başka bir sigortalılık hali için prim ödemiş olması*” ifadesi kişinin çalışma konumunda yanlış sonucu farklı bir statüde sigorta kapsamına alınması olgusunu ortaya koymaktadır (maddi hukuka ilişkin şekli sigorta). Cümlede yanlışın tarafı belirtilmeyerek hataya düşenin sigortalı veya sigorta kurumu olması arasında bir ayırım yapılmamıştır. İfademin devamına göre, “... *ödenen primler birinci fıkraya göre esas alınan sigortalılık hali için ödenmiş ve esas alınan sigortalılık halinde geçmiş kabul edilir.*” Birinci fıkrada esas alınacak sigortalılık hali işçi, bağımsız çalışan ve kamu görevlisi konumudur. Yani, kişi işçi iken bağımsız çalışan gibi prim ödemiş ise, işçi olarak prim ödemiş gibi sayılacaktır. Bağımsız çalışan iken işçi gibi prim ödemiş ise, bağımsız çalışan sayılacaktır. Kamu görevlileri için ise ödemede hata ihtimali düşük gözükmektedir.

Çalışma konumunda hata hali düzenlemede çözüme bağlanmaktadır. Ancak, isteğe bağlı sigorta ile çalışma olgusu eşleştirilmemiştir. Burada ya vasıflı susma ile söz konusu olgunun dışlanması ihtimalinden ya da bir yasa içi boşluktan (yetersiz norm boşluğu) söz etmek gerekir. Çalışma ilişkisinin türünde yanlışlığı çözüme bağlayan yasa koyucunun çalışma olgusu ile isteğe bağlı sigortanın çatışması halini bilerek göz ardı ettiğini kabul etmek zordur. Dolayısıyla, bir yetersiz norm boşluğunun varlığını kabul etmek gerekir. Bu halde boşluğun kıyas yoluyla doldurulması gerekir. Yani, yukarıda örnekleri verilen çalışma ilişkisi ile isteğe bağlı sigorta bir arada bulunduğu da ödenen primler esas alınan sigortalılık halinde geçmiş kabul edilir kuralı uygulanacaktır.

Normu değerlendiren bir yazara göre, hatalı sigorta ilişkisi dönüşü olmayan bir yol değildir. Düzenleme ile yanlış statü için prim ödeyenler koruma altına alınmıştır. Hatalı sigorta ilişkisi kurulanların mağduriyetleri giderilmek istenmiştir. Ödeme yanlış sigortalılık hali için yapılmış ise, örneğin primler Bağ-Kur yerine SSK'ya ödenmişse, kişi için mahsuplaşma yapılır. Bunun için ilgilinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik il müdürlüğüne talepte bulunması gerekecektir. <sup>(114)</sup>

114 “Hatalı yatan prim hangi sigortalılık türüne aktarılacaksa, başvuru da o sigortalılık ilişkisini olduğu merkez müdürlüğüne yapılmalıdır.” Bkz. Ahmet ŞERİF, Hatalı sigortalılık

## **VII. GENEL DEĞERLENDİRME**

**“İadesi gereken primler”**i düzenleyen 5510 SK. Md. 89/III ile **“sigortalılık hallerinin birleşmesi”** başlıklı Md. 53/V bir arada değerlendirildiğinde şu tespitler yapılabilir: Her ikisi de sigorta ilişkisinin kuruluşunda meydana gelen sakatlığı düzenlemektedir. İlki, sakatlığı ilişkinin yokluk nedeni sayarak, primlerin iadesini hükme bağlamakta; diğeri ise, ilişkiyi düzelterek sağlıklı hale getirmektedir.

Yersiz olarak alınan primlere ilişkin olarak 5510 SK öncesi getirilmiş olan tüm düzenlemeler fiili ve geçersiz sigorta ilişkisi ayırımı yapmamış, hataen veya hile ile yatırılmış olan primler aynı hukuki sonuca bağlanmıştır. Yani, primlerin geri verilmesi ile sigorta ilişkisi tasfiye edilmiştir. 5510 SK. Md. 89/III daha ileri bir yaptırım ile o ana değin sunulmuş olan edimlerin hata halinde dahi geri alınmasını hükme bağlamıştır. Bu durumda Md. 89/III ile Md. 53/V arasındaki ilişkiyi belirlemek gerekir. **Md. 53/V** primlerin iadesi yerine, onların sağlıklı bir sigorta ilişkisi doğurmuş olduğunu kabul etmektedir. 5510 SK ile ilk kez getirilmiş olan bu kural **şekli sigortayı** tanımaktadır.<sup>(115)</sup>

506 SK ve öncesi normların devamı niteliğinde olan **Md. 89/III** hükmü ise, hata ile yatan primlerin geri verilmesini kabul eden kısmı bakımından şekli sigortayı tanımamaktadır. Böylece iki norm aynı konuda farklı çözümler getirerek çatışmaktadırlar. Söz konusu çatışma, yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alınarak, şekli sigorta lehine çözüme bağlanacaktır. Maddenin hile ile (ahlaka aykırı...) yatırıldığı için primlerin geri verilmesini kabul etmeyen kısmı bakımından ise, **geçersiz sigorta** ilişkisini düzenlediğini kabul etmek uygun olacaktır. Bu halde, ilgili normlar kısmen çatışmayı engelleyecek şekilde yorumlanmış olacak ve Türk sosyal güvenlik hukukuna ilk kez şekli sigorta türünün getirilmiş olduğu kabul görecektir.

Sonuç olarak başta iki ayrı düzenlemeden bahsettik, dedik ki, 5510 Sayılı Kanunda 89. madde vardır, bu iadesi gereken primleri düzenliyor ve en sonra da madde 53/5 madde vardır, burada da sigortalılık hallerinin

---

ilişkisi dönüşü olmayan bir yol değildir, YENİÇAĞ, 4 Nisan 2010.

115 Bu konuda yapılan değerlendirmeler için Bkz. Ali Nazım SÖZER, Çelişkiler Yumağı: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Türk-İş, Kasım - Aralık 2009 / Ocak - Şubat 2010 Sf: 387, 58, 59.

birleşmesi anlatılıyor. Bugüne değin bu iki düzenlemeyi ben hep çatışır şekilde yorumladım. Acaba bu ikisi çatışıyor mu, yoksa bunlardan 5510 89'u geçersiz sigorta ilişkisine yönelik bir norm olarak varsayalım, ama 53/5'i de şekli sigorta olarak niteleyelim denilebilir mi? Cevabı birlikte bulma çabası içinde olma dileğiyle beni dinlediğiniz için teşekkür ederim. (alkışlar)

### GENEL GÖRÜŞME

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Hocama teşekkür ediyorum. Son derece akıcı üslubuyla anlaşılabilir halde konuyu anlattı, tereddütleri örnekleriyle ve Yargıtay kararlarıyla açıkladı. Biz şimdi soru cevap bölümüne geçiyoruz, sorusu olanlar lütfen buyursunlar.

**Av. Ali ŞEN-** İstanbul Barosu - Şimdi iki sigortalılık durumu çakıştığında Yargıtayımızın ve Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı var, sigortalıya hangisi lehineyse onu tercih etme hakkı veriyor, bunu belirtmek istedim. İkincisi işçi mesela iş kazası geçiriyor, edimin geri alınmasıyla ilgili bir soru bu. İş kazası geçiriyor, adama yüzde 24 diyorlar, sonra bu maluliyeti yüzde 13'e indiriyorlar. Bu aradaki farkı sigorta istiyor. Eski yasaya göre, 506 Sayılı Yasa'ya göre Borçlar Kanunu 62 gereği bunu alamıyorlardı, şimdi yeni yasada hüküm getirdiler, Sayın Hocam bu konuda ne düşünüyor?

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Şimdi sizden bir ricam var, yani son derece de önemli, teknik bir soru, ama tebliğin pek içine girmiyor gibi geldi bana. Kendimi bağlayacak yanlış bir yanıt vermek istemem. Rica ediyorum, bana tebliğ kapsamında sorun ki sonra kendimi bağlayacak yanlış bir yanıt vermeyeyim. Şükran Hanım, siz algıladınız mı?

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK- Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi** İkinci kısmını algıladım, aynı şeyi ben de soracaktım. Eski yasada, 506 Sayılı Kanunda yersiz primlerin iadesiyle ilgili bu hak sadece sigortalıya tanınmıştı, işverene tanınmış bir hak söz konusu değil. Ben bu anlamda sizin araştırma görevlisiyle ilgili verdiğiniz örneği şöyle hale getirerek başka bir soru sormak istiyorum bugünkü yasayla bağlamak suretiyle. Şimdi araştırma görevlileri sözleşmeyle çalışıyor, sözleşmesi yenilenmiyor, idari dava yoluyla iptal davası açıyor, dava dört yıl sürüyor. Bu dört yıllık süre içerisinde araştırma görevlisi sigortalı olarak başka bir iş ilişkisi içerisine giriyor doğal olarak. Dört yılın sonunda davayı kazanıyor, işe iade kararı veriliyor, ama aynı zamanda o süre içerisinde...

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** İdare mahkemesi iade ediyor işe, toptan da maaşını veriyor, kesenekleri ödeniyor.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** İdare mahkemesi baştan itibaren işlemi geçersiz kılıyor, toptan da maaşını veriyor, kesenekler de yatırılıyor. Diğer taraftan da sigortalı olarak gerçek fiili bir çalışma, gerçek bir çalışma ilişkisi. Şimdi bu örnekte araştırma görevlisi ödediği primleri geri isteme hakkına sahip yeni yasada da, eski yasada da. Eski yasada işveren bu primleri isteyemezken, yeni yasanın düzenlemesiyle isteyebilecek mi sorusunu size sormak istiyorum.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Ben soruyu biraz acaba primler çakışıyor ya, toplam olarak dikkate alınır mı diye soracaksınız, onu bekledim.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Yani o da sorulabilir, ama alınmaz, çünkü çakışmaması lazım. Yani Emekli Sandığıyla aynı dönemde...

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Şimdi yeni yasala göre üst sınır yanılırsa matrahta, dolayısıyla üst sınır olmadığı için ilave edilir maaşın hesaplamasında.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Ama çakışan sigortalılık yine de sorun yaratır.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Ama bu kural dışı bir durum.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Şimdi arkadaşımızın iki tane sorusu var, iki sigortalılık çakıştığında işçinin lehine olana öncelik tanınır gibi bir düşünce ileri sürdünüz, işçinin lehine öncelik tanınır şeklindeki düşünceyi gerçek çalışma hangisiyle ona öncelik tanınır olarak düzeltmemiz gerekir. Şöyle ki, kişi bir limitet şirketin ortağı ve müdürü, kendisinin Bağ-Kur sigortalısı olması gerekirken zorunlu sigortalı olarak o işyerinde çalışma gibi prim ödedi. Daha sonra da Bağ-Kur yaptığı incelemede bunun 1479 Sayılı Kanun kapsamında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olması gerektiği yolunda bir uyuşmazlık çıkardı ve şu kadar seni sigortalı saydım, primini ödedin. Bu durumda yargı kararıyla bu kişinin yasadan doğan zorunluluk nedeniyle 1479 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı olması zorunludur ve bu primler kendisinden tahsil edilir. Bu durumda lehine olan onun Bağ-Kur sigortalılığı değil, SSK sigortalılığı olabilir, yüksek prim ödemiştir. Orada lehe olana değil, gerçek olana öncelik tanınmalıdır.

İkincisinde Hocamızın da, sizin de sorunuzda ikisinin birleştirilerek bir tavan yapılması söz konusu değil. İkisi birbirinden ayrı sigortalılıklardır.

Bu örneğin TÜPRAŞ gibi kurumlarda da işine son verilen kişinin idari yargı kararıyla geri dönmesi halinde, sendikacılarda da aynı şey vardır, çalışılmış gibi kabul edilen süreler olarak değerlendirilir ve yargı kararıyla ödenilenler, ödenilen aylıktan sizin örneğinizde araştırma görevlisi aylığından yapılan kesintiler birincildir, diğerlerinin istenmesi mümkündür.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Aynı şeyi söylüyorum, ama işveren acaba bu yasal düzenleme karşısında ödediği primi isteyebilir mi?

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Bir taraf için istenmesi mümkün olan prim, yani işverenin priminin geri verilebilmesi için işçinin priminin de geri verilebilir olması lazım. Dolayısıyla taraflardan birisi için istenilebilir prim diğeri için de istenilebilir.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Ama Sayın Başkanım, ben o kanıda değilim, neden değilim? Şimdi sigortalı açısından doğru, neden doğru? Çünkü sigortalı için aynı dönemde çifte sigortalılık olmaz. Dolayısıyla birisini isteyebilir, ama işveren açısından gerçek bir çalışma ilişkisi var. Yani gerçekten işveren bu süre içerisinde bu kişiyi çalıştırmış, yani gerçek dışı bir durum da söz konusu değil. Dolayısıyla yeni yasada da bu anlamda, böylesi bir örnekte, istisnai bir örnek bu, yine de işverenin ödediği primleri isteyememesi gerektiğini düşünüyorum ben.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Kurum adına sebepsiz zenginleşme.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Ama sebepsiz zenginleşme olması için geçersiz bir ilişki olması gerekiyor. Burada işveren açısından geçerli bir ilişki var, onu anlatmaya çalışıyorum.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Anlıyorum, zaten primin geçerli olması olmamasından çok haksız ve yersiz alınması söz konusu. Burada idari yargı kararıyla araştırma görevliliğine geri dönen ve işten uzaklaştırıldığı süreye ilişkin özlük hakları ödenen kişinin birincil sigortalılığı sözleşmeyle üniversitedeki sigortalılığıdır. O nedenle öbürünün geri istenmesinde yasal olarak bir hak yoktur. Sigortalı için geri istenen primin işveren tarafından geri istenmemesi söz konusu değildir, çünkü asıl olan sigortalının çalışmasıdır ve o çalışmaya dayalı olarak bu sigorta primi ödenmiştir.

**Av. Ali ŞEN- İstanbul Barosu-** Olay şöyle, iki sigorta bölümünden de emekliliğin hak etmiş, ama sigortalı olarak bu elektronikçi olduğu için daha yüksek maaş aldığı için Bağ-Kur dedi ki, hayır, sigortadan emekli olursun, sigorta dedi ki, hayır, Bağ-Kur daha evvel, babası ölmüş, onun yerine ortak

olduğu için onu Bağ-Kur'lu yapmışlar. Bağ-Kur'luluğu daha evvelden olduğu halde mahkeme sigortadan emekliliğine karar verdi, Yargıtay da onayladı. Yani onun tercihi, daha önce zaten Hukuk Genel Kurulu kararı vardı. Yani bu durum, çakışan durumlarda sigortalının menfaati gözetilir diye ben Hukuk Genel Kurulu kararı olduğunu hatırlıyorum.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** O zaman genel ilkeyi şöyle belirleyelim, somut olayın özelliğinden kaynaklanmış bir şey olabilir. Asıl olan lehe olan değildir, asıl olan gerçek olandır.

**Av. Türkan KESKİN- Kocaeli Barosu.** Ali Beyin sormak istediği şeyi ben daha farklı bir şekilde soracağım. Şimdi kişi 15 yıl 506 SAYILI KANUN'A göre sigortalı olmuş ve 5 bin gün prim gün sayısını doldurmuş, fakat yaşlılık aylığına hak kazanmıyor. Daha sonra beş yıl da 1479 Sayılı Yasa kapsamında Bağ-Kurlu sigortalı olarak devam ediyor ve primlerini ödüyor. Biz biliyoruz ki, 2829 Sayılı Yasa kapsamında hizmet birleştirme zorunluluğunu artık Yargıtay kabul ediyor, yani zorunluluğun olmadığını kabul ediyor. Kişilere yaşlılık aylığına hak kazanıyorsa eğer istediği kurumdan emekli olmak hakkını veriyor. Dolayısıyla kişi emekli olmak için son yedi yılın ortalaması da esas alınacağı için esasında Bağ-Kur'dan emekli olmak zorunda. Fakat 5 bin gün 506 Sayılı Yasa'ya tabi olarak sigortalılığa hak kazandığı için dava yoluyla, Ali Beyin demek istediği oydu sanıyorum, menfaati hangisini gerektiriyorsa, hangi kurumdan emekli olmayı gerektiriyorsa bu menfaati gereği Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli oluyor. Fakat beş yıl da Bağ-Kur'a ödenmiş primi var. Bu primleri geri alabilir mi? Şimdi 5510 Sayılı Yasa'nın 31. maddesinde yaşlılık toptan ödemesi düzenlemesi var, fakat buradaki düzenlemeye göre 4b kapsamında sigortalıysanız eğer yaşlılık aylığına hak kazanamıyorsanız böyle bir toptan ödeme hakkı sağlanıyor. Yani bunu geniş yorumlayarak, çünkü yatırılan primler de sigortalı hizmet olarak kullanılmıyor bunlar, bunların geri ödemesi mümkün mü, mümkünse eğer bu güncelleme katsayısı, yani faiz olarak da bu eklenerek ödenebilir mi?

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Ancak arkadaşımızın sorduğu soru, burada birisi çakışan sigortalılık, birbirinden farklı sigortalılık. Şimdi siz buyurun.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Yani bugün enteresan, böyle çok özgün sorular gündeme geliyor. Şimdi o dediğiniz kararı ben de hatırlıyorum, yani

evet, birçok karar var bu konuda, lehe olanı tercih eder, onun tercihi belirli bir sigorta kurumundansa diğerine de ödemiş, o kalıyor, kurumun hesabında, kasasında ödenmiş, ama daha sonra da onun bir şekilde edime, paraya dönüştürülmesi mümkün değil, adeta terk edilmiş oluyor diğer kurumun kasasına. Bu sebepsiz zenginleşme olur mu? Çalıştığı dönem için böyle bir şey yok, ama edimden sonra, maaş bağlandıktan sonra acaba o hale gelir mi? Şükran Hoca, ne dersiniz, çok zor bir soru...

**SALONDAN-** Biz geri aldık.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Aldınız mı, yani bıçak sırtı bir durum. Yani burada alındığı dönemde yersiz bir prim değil, alındıktan sonra nasıl maaş bağlanınca yersiz hale dönüşüyor, ona bir gerekçe bulmak lazım.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Hocam, SSK'daki çalışmalarıyla yaşlılık aylığına hak kazanan kişi bundan sonraki evrede Bağ-Kur sigortalısı olarak prim ödedi. Ancak SSK'daki sigortalılık süresi ve prim ödeme gün süresi yaşlılık aylığı bağlanmaya yettiği için...

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Onu anladım, ama iadenin gerekçesini bulamıyorum şimdi.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Bağ-Kura yatırdığı primlerin kanaatimce geri alınması mümkün değildir.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Bence de mümkün değil, neden mümkün değil? Çünkü Bağ-Kur gerektiren bir faaliyet varsa zorunlu sigortalılık ilişkisi ortaya çıkar. Yani Bağ-Kura prim ödememe gibi bir şansı yok, emeklilik başka bir şey, çalışırken Bağ-Kura prim ödeme zorunluluğun ortaya çıkması farklı bir şey. Dolayısıyla hizmet birleştirmesinden yararlanmaması halinde bile burada yersiz alınan bir prim uygulaması söz konusu değil, yasadan kaynaklanıyor.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Söz konusu değil, çünkü zorunluluktan yatırılan bir prim söz konusudur ve bu sigortalılık hak ve yükümlünden vazgeçilemeyeceği için de bu primlerin geri alınması kanaatimce mümkün değildir.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Bir ufak yorum da ben yapmak istiyorum, şimdi tabii yorumlarda biz hep sigortalı lehine düşünüyoruz. İş Hukuku'nda işçi lehine yorum var, acaba sosyal güvenlik hukukunda sigortalı lehine yorum var mı? Bazı Yargıtay kararlarında varlığını gördük, ama aksine sigorta aynı zamanda bir risk topluluğudur. Burada sadece bir kişinin değil, o top-

luluk içinde bulunan herkesin menfaati korunur. O yüzden İş Hukuku'nda olduğu gibi sigortalı lehine yorumu o kadar keskin bir şekilde burada kabul etmek bana biraz zor geliyor. Çünkü böyle değerlendirilecek olursa o risk topluluğu riske girmiş oluyor. O nedenle burada evet, ödemiş, ama Şükran Hocanın dediği gibi zorunluydu, yani zorunlu sigorta kapsamında ödemiş ve bu onun arkadaşlarına biraz bir anlamda sanki lütfü, hediyesi gibi geliyor bana. Öteki türlü evet, sistemin hediyesi, bu mesela ölçümlemede de var. Biliyorsunuz ölçümleme yapılıyor, prim alınıyor, ama sigortalıyla eşleştiriliyor mu? Hayır, inşaat şirketinden alıyorsunuz, kurumun kasasına giriyor. Bir de hayali sigortalılar gösteriyorlar, yani başkasının, başka sigortalının da lehine olabiliyor. O yüzden sosyal güvenliğin bu gibi hoş tarafları da mevcut.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Hocam bir şeyi güzel söyledi, ölçümlemeyle alınan primlerin karşılığında sigortalı yoktur, hatta daha sonra o işyerinde çalıştığı için hizmet tespiti kararıyla belli bir sürenin kendisine sigortalı olarak kazandıran kişi dahi o primden yararlanamaz, onun için ayrıca işverenin prim ödemesi gerekir.

**Av. İbrahim DOĞRU- İstanbul Barosu.** Şimdi merkez binada bu tür bir sempozyum yapıldığında Ali Rıza Okur Hocam 5510 Sayılı Yasa'nın yürürlüğü konusunda işte böyle bir tasarı var, artık yürürlüğe girecek, ne düşünüyorsunuz konusunda bir sorum olmuştu. O da dedi ki, bu elmalarla armutların toplanması gibi bir olay. Oradaki şeyde ben sosyal güvenlik hukukunda hem o konudaki görüşlerimde ve daha doğrusu davalarımda şimdi emeklilik olayı şu anda sosyal güvenlik hukukuyla ilgili gündeme geldiği için bu konudaki müvekkillerimden edindiğim genel izlenim şu. Emeklilik ve kişinin sosyal güvenliğiyle ilgili birinci derecede ön planda olan daha işe başlar başlamaz benim emekliliğim ne gün dolar diye bir soruyla başlanıyor. Oysa bir ihtilaf halinde kendisine önerdiğim şu, yani yıllarca davayla uğraşıyoruz ve o üç yıllık, dört yıllık hukuki savaşımız sonunda emekliliğe hak kazanıp kazanmadığı, işte bu tür primlerin iade edilip edilmeyeceği konusunda bir karar verildiğinde ben de diyorum ki, kişinin emekliliği turşu suyuna benziyor. İçmeyenin ağzını sulandırıyor, içenin midesini bulandırıyor.

Şimdi 5510 Sayılı Yasa'yla her iki, üç sosyal güvenlik kurumunu aynı çatı altında birleştirme gibi bir amaçla yola çıkıldı, ama ne yazık ki şu anda

elmalarla armutları halen bir araya toplayamıyoruz. Şimdi çok yeni bir örnek, askerlikle ilgili ödemeyi yapıyor vatandaş, memurun verdiği bir şeye göre, çünkü evvelden 1479 Sayılı Yasa'da askerlik süresini zorunlu Bağ-Kurluk sigortasının öncesine çekmesi mümkün değildi. Ancak 506 Sayılı Yasa'da bunun aksine bir uygulama var, borçlanılan süre kadar geriye gidiyor. Şimdi bu anlamda hangi kurumun sigortalıysa bırakınız onu, siz diyor şu tarih itibarıyla ödediniz, ama siz 1479 Sayılı Yasa kapsamına girecek nitelikte bir çalışmanız ve zorunlu Bağ-Kurunuz var, askerlik borçlanmasını yanlış kuruma yapmışsınız, biz bunu iptal ediyoruz diyor. Yani Yargıtayın aksi görüşlerinde ve uygulamalarında bu şekilde görüş olmasına rağmen her iki kurum arasında bu kadar farklılıklar var. Bir defa ödeme, yani emeklilik için gün koşulunda 506 Sayılı Yasa'yla 1479 Sayılı Yasa ve 5434 Sayılı Yasa'da dağlar kadar fark var. Bir tanesinde 5 bin işgünü, hatta hanımefendi az evvel bir örnek verdi, yaşı 55 olanlar için de 506 Sayılı Yasa'da 15 yıl ve 3600 gün koşulu var. Yani bunda araştırma görevlisi örnek verildi, 3600 günü olmuş olmasına rağmen yaş koşulunu bekleyen bir sigortalı, örneğin seçilmiş bir belediye başkanıysa zorunlu olarak 5434 Sayılı Yasa kapsamına giriyor ve 15 yıl da orada görev yapıyor. İşin tuhafı orada bir iş kazası geçiriyor, yani Emekli Sandığına tabiyken ve Sosyal Sigortalar Kurumundan maaş almaktayken zorunlu olarak çalıştığı, belediye başkanlığı yaptığı süreç içerisinde kendisine geçirdiği iş kazasından dolayı...

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Sorunuza gelmenizi istirham edebilir miyim? Siz hayat ve hatıratlarınız yazarken bunları değerlendirirsiniz, Hocam sorunuzu bekliyor.

**Av. İbrahim DOĞRU-** Hocama sorum şu, verilen örnekte bu askerlik borçlanmasıyla ilgili şayet öne kaymıyor ve fazla yatırdı veya önceden yatırıldıysa diyor ki, yanlış bilgi verildi memur tarafından bana, ben askerliğimi yanlış yatırdım iki gün evvel, şu anda yatırdığım askerlik borçlanmasını geri almak istiyorum, sorum bu. Diğeri de primlerle ilgili, fazla primlerle ilgili Bağ-Kurdaki 1479 Sayılı Yasa'ya göre fazladan yatırılan primlerin değerlendirilmesinde geri iade söz konusu değil. Çünkü Sosyal Sigortalar Kurumunda da 5 bin günün üzerinde 8 bin yatırıldıktan sonra o zaman yatırdığımız 3 bin gün fazlanın da bana iadesini isterim gibi bir sonuç çıkmaz mı ortaya, onu sorayım dedim.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Şimdi siz ikinci sorunun yanıtını zaten

kendi sorunuzda tercihiniz doğrultusunda verdiniz. Askerlik borçlanması primleri geri alınabilir mi, çünkü kurum beni yanılttı, boşuna borçlandım diyorsunuz. Bu da bizim sosyal güvenlik hukukunda incelenmemiş boş bir alan. Buna tam Türkçe karşılığı çok yazılmış doktora tezleri var Batıda, hakkın eski hale getirilmesi, *helstellung* anskul diyorlar. Böyle bir müessese, bir kavram oluşturup kurumun bilgi verme yükümü mevcut, bu birçok ülkede yasada açıklıkla yazılmış, doğru bilgi verme yükümü mevcut. Aslında idare hukukunda idarenin bilgi verme yükümü var. Bunu sosyal güvenlik hukukunda örneğin sosyal yasada Almanlar açık hükme bağlamış, ihlalinin de sonuçları yargı kararlarıyla hüküm altına alınmış. Bu benim kanımca kurumun hatalı bilgi vermesinden dolayı kişi eğer hak kaybına uğramışsa genel hükümlere göre gidip mahkemeye pekala bunun iadesini isteyebilir.

**Av. Abdülhalim EKE- Ankara Barosu Avukatı.** Ali Nazım Hocamın anlatımları kadar sorularımız net olmayacak, çünkü hakikaten meşakkatli bir konu. 82. maddedeki iade koşulu diğer iade koşulundan farklı, sonucu bakımından farklı. Gecikme cezası ve gecikme zammıyla faiz ödenmez hükmünü taşıyor, ama bu hangi konuda? Aynı sigortalılık için olanda, yani diyelim ki iki tane 4A'lı çalışmanız var ya da üç tane var, ama siz tavanı aştınız. İşte burada işverene iade yok, iş payını ya da sigortalı payını iade etmiş oluyoruz. Peki, çatışan sigortalılıkta ne olacak?

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Siz ne öneriyorsunuz?

**Av. Abdülhalim EKE-** Şimdi sigortalı sayılanları düzenlerken 4A kapsamında olanlar, 4B kapsamında olanlar derken sanki şöyle bir izlenim çıkıyor ya da önyargı, 4C'li olan 4A'lı olamaz. Örneğin serbest, hem kurumda çalışan, hem de dışarıda doktorluk icra eden kişi adına prim yatırılmamış gibi bir kabule gidiyor, ama sizin önerinizde her ikisi de olup bu primleri 4C kapsamında ödenmiş primler gibi kabul etmemiz mümkün olacak. Yalnız ben burada sadece 4B kapsamında işveren olanlar için bir hususu söylemek istiyorum, o da şu ki, kurum prim ve her türlü alacaklarını işverenlere olan borçlarından mahsup etmekle suretiyle tahsil etmeye yetkilidir diyor 88. maddede. Şimdi 4B kapsamında olan bir kişi eğer 4A kapsamında da sigortalı olmuşsa ve birden fazla da olsa, tavanı da aşsa, aşmasa da çatışan sigortalılıkta uygulamada şunu yapıyorlar. Eğer sizin 4B kapsamında borcunuz vara talep ediyorsunuz, sadece sigortalı payını değil, işveren payla-

rını da alıyorsunuz ve prim borçlarınızdan mahsup ediyorsunuz. Hatta bu şekilde yapılmış bir gazeteci olayı duydum, 30 küsur milyar da bir parayı aldığını duydum, ama bunun da ötesinde özellikle hekimler için çok ciddi sıkıntı, niye ciddi sıkıntı? 4C kapsamında çalışıyor, evet, ama dışarıda da 4A kapsamında çalışıyor. Kısa vadeli sigortaya bile tabi tutmazsak iş kazası geçirirse ne olacak? Hakikaten sıkıntılı bir konu, ama sizin dediğiniz gibi kabul eder, bu kişiler de 4A kapsamında sigortalı sayılırlar, ama primlerini de emekli olma aşamasında 4C kapsamında ödenmiş prim kabul edilirse özellikle iş kazaları bakımından da sağlıklı bir sonuca ulaşılmış olur.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Bu araştırma görevlileri için verilen karardan mı yola çıkıp bu değerlendirmeyi yaptınız?

**Av. Abdülhalim EKE-** Sadece araştırma görevlileri değil, aynı, diyelim ki sabahleyin hastanede çalışıyor, öğleden sonra, gerçi Tam Gün Yasasıyla bunların birçoğu değişecek, ama öğleden sonra da bir özel hastanede çalışıyor. İşyeri hekimleri de var, serbest çalışanlar da var, onlar da 4B kapsamında, orada da 4B'yle 4C çakışmış olacak. Çünkü vergi mükellefiyetleri var. Ancak diyelim ki hakikaten iş kazası geçirdi, ne diyeceğiz, sen 4C'lisin kardeşim, ama buradaki faaliyet 4C kapsamında bir faaliyet değil.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Yasadaki ifadeyi ben ifade ettim, çünkü o öyle diyor.

**Av. Abdülhalim EKE-** Yani orada önce olan sigortalılık 4C olacak, 4C başlayınca 4C olacak, bu hizmetlerin hepsini 4C'de geçmiş gibi, primleri orada alınmış gibi saymak doğru. Bir başka anlamda şu da doğru, mesela isteğe bağlı sigortada kısmi çalışma yapabiliyorsunuz. Nedir? Ayda beş gün çalışıyorsunuz kalan 25 günü gidip isteğe bağlı kapsamında istediğiniz kadar ödeyip dilediğiniz emekli maaşı alma yolunda ilerleyebiliyorsunuz, ama bunu memurdan esirgiyorsunuz. Esirgememek lazım gibi düşünüyorum.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Zaten yeni gelecek olan memuriyet rejimi herhalde bunun kapısını özel sektörden yönetici transferi, vesaireyle açacak.

**Av. Mahmut CEYLAN- Adana Barosu.** İki sorul vardı, gerçi birini Abdülhalim arkadaşımız sordu. Diğer sorum şu, uygulamada çok karşımıza çıkmaya başladı, ilave tediye sigorta primi kesintisi yapılacak mı, yapılamayacak mı? 6772 Sayılı Yasa'nın 4. maddesi halen geçerli mi değil mi? Bu hususta Hocamdan bilgi rica edecektim.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Primin matrahı, o ilgili maddeyi açıp bakmak lazım, orada genel bir açık norm var, onun içine giriyor mu, önümde yasa yok. Siz uygulamayı ne yönde yapıyorsunuz ilave tediye konusunda, şimdi zaten biliyorsunuz burada açıkça zikredilmedikçe başka yasada hüküm getirilse bile daha fazla prim elde etme amacı olduğu için mutlaka alınır yaklaşımı, yani dar yorum yapıyor düzenleme. Yani ben net cevap vermedim, yasa metni önümde yok, ama daha çok prim alma yaklaşımı yasada açık bir düzenlemeyle getirildiği için alınır uygulaması vardır diye tahmin ediyorum.

**Ercan TURAN-** Hocam, ben bu 53/5 konusunda tereddüt yaratan yönü pek anlayamadım. Yani bugüne kadarki uygulamada şöyle durumlar oluyordu. Çok uzun yıllar, hatta yaşlılık aylığı alacak derecede 506 Sayılı Yasa kapsamında sigortalılık konumunda kalmış bir insanın sonrasında 1479 Sayılı Yasa kapsamında olduğu iddia edilerek ve bence içler acısı bir şey ki bu öğreti de, yargı uygulaması da bunu hep böyle algıladı. Oysa bence burada artık insanın elde etmiş olduğu şemsiyeyi elinden almanın hiçbir âlemi yoktu. Mevcut duruma geçerlik tanımak gerekirdi, ama hep iptal edildi. Bu durumda o sigortalılık dolayısıyla ödenmiş primlerin, çünkü aksi halde şöyle yapılıyordu, iptal edilen dolayısıyla prim iade ediliyordu, ama iddia edilen sigortalılık dolayısıyla da gecikme zammıyla, faiziyle birlikte bu kişiden çok büyük prim borçları isteniyordu. Burada bu iptalden sonrasında prim ödeme yükümlülüğü konusunda eskisi kadar barbar bir uygulama değil de o dönemler açısından o primlerin oraya sayılması gibi bir hüküm getirilmiş durumda. Bence sigortalıya seçim hakkı verilmeliydi, bu bir insan hakkıdır, kişi birden fazla konumda olabiliyorsa bunlardan dilediğini seçebilmelidir, ama bu bir türlü Türkiye'de kabul edilemedi ve şimdi yasa yine bu konuda olumsuz da bir düzenleme getirdi, önce başlayan kavramını yasaya soktu. Ancak en azından prim ödemeler konusunda eskisi kadar kötü bir şey olmayacak diye düşünüyorum ona sayılması anlamında. Ancak benim asıl sormak istediğim şimdi hem öğretilerde, hem bir kısım yargıda da savunulan 89. madde 96'ya atıf yapıyor iade konusunda. 96. maddede buradaki iyi niyet, kötü niyet gibi bir ayırmadan sonra genel hükümlere uygun olarak tahsilâtı öngörüyor. Eğer kurumda alacağı varsa alır, aksi halde genel hükümler. Şimdi genel hükümlere gittiğimiz zaman yine Borçlar Kanunu 63. maddesindeki iyi niyetle zenginleşen kişinin zenginleşme olmasaydı olacağı

durumdan daha kötü duruma düşürülmeme, yani daha kısa deyimle elinde kalanla sorumlu olma konumunu buradaki bu 5 yıllık ve 10 yıllık adı altında, 10 yılda tabii pek şeyimiz olmayacak, çünkü onların kötü niyetli oldukları, kasıt veya hileyle yaptıkları ortada, ama 5 yıllık bölümü iade etmesi gerekenler açısından öngörülen durumda 63. maddenin sebepsiz zenginleşmenin bu iyi niyetle zenginleşen kişi açısından öngördüğü hükümleri uygulama olanağımız var mıdır? Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Sizin eğiliminiz bu yönde, öyle anlıyorum.

**Ercan TURAN-** Zaten bu konuda oluşmuş karar da var, ama dediğim gibi hem öğretilerde, hem de belki Yargıtayda farklı uygulamalar da ortaya çıkabilecek durumdadır.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Zaten 506 Sayılı Kanun döneminde verilen emsal kararlarda da bu dediğiniz yaklaşım var.

**Ercan TURAN-** Evet, ama şimdi burada borcun kapsamını belirleyen açık bir madde, 96. madde de öngörülünce sanki bu motomot uygulanması gereken bir şeydir, bu durumdaysanız 5yılı iade edersiniz, bu durumdaysanız 10 yılı iade edersiniz gibi algılanmak isteniyor. Ancak maddenin kendisi şöyle diyor, genel hükümlerle göre takip eder alır diyor.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Atıf normudur, dolayısıyla genel hükümlere gidip bu dediğiniz ayrımı yapmak gerekir.

**Ercan TURAN-** Evet, o zaman 63'ün hükümlerini uygulamalı mıyız?

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Evet, sizin gibi düşünüyorum.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Evet, bir Murat ÖZERİ'ye de bir söz verelim de sonra bitirelim. İhsan Ağabey, söz istiyorsanız size de söz vereceğim. Teşekkür ediyorum.

**Av. Murat ÖZERİ - Kocaeli Barosu-** Başkan ta arkaları ve uçları gördüğünüz için. Ben Türkan Hanımın sorduğu soru üzerine o anda istemiştim aslında, yine devam etmek istiyorum. Biliyorsunuz 1475 Sayılı Yasa'nın halen yürürlükte olan 14. maddesinde 4A'lı ya da hizmet akdi çalışanları yaşın dışındaki yaşlılık aylığı alma koşullarının hak edilmesi koşuluyla işyerinden kıdem tazminatını alarak ayrılma olanağını vermiş. Şimdi bu işçi emekli olup ayrılrsa, aldığı kıdem tazminatıyla bakkal dükkânı açsa destek primi yatırarak bakkal dükkânını işletme hakkını ona tanıyacağız, ancak yaşını bekleyen bir işçi kıdem tazminatını aldı, bakkal dükkânını da açtı, diyelim ki dört yılı var yaşına, dört yıl boyunca bakkal dükkânı işlettiği

için gerideki 25 yıllık sigortalılık süresini bir tarafa bırakıp ya diyeceğiz ki ona dört yıllık primini unut, hediye et ya da biz seni Bağ-Kurlu olarak, 4B'li olarak emekli etmeye mahkûm ediyoruz. Bana çok mantıklı ve tatminkâr bir çözüm gibi gelmiyor. Hele de sabahki Sayın Başkanımızın yapmış olduğu o genel değerlendirme, yani pozitif hukukun daha zor değişmesi sosyal güvenliğin temel ilkeleri açısından bakacak olursanız yararlanmadığım, karşılığını almadığım bir hizmet nedeniyle adeta, yani ne kadar uyacak bilmiyorum, ama haraç öder gibi bir dört yıl ödeme yapacağım ve bundan vazgeçeceğim. Ben burada yaşın dışında ki yaş da sonradan getirilmiş bir düzenleme olmamış olsaydı eğer destek primi olarak da yatırıp çalışabilme olanağına da sahip olmuş olacaktım. Niye burada biraz daha zorlatamıyoruz, örneğin destek primi gibi düşünüp tüm sigorta kollarından prim ödemekle yükümlü tutmayı en azından destek primi oranının geri ödenmesi niye düşünülüyor diye düşünüyorum. Tamamının ödenmesi gerekiyor bence, ama en kötü olasılıkla, çünkü yararlanmadığım bir hizmet nedeniyle sırf yasal statünün getirdiği bir faaliyeti de yürüttüğüm için sistemin zararını sigortalıya ödetmek bana çok adil ya da mantıklı gelmiyor ve çözüm de üretilebilir diye düşünüyorum. Yani illa yasa koyucuyu beklemek de gerekmez diye düşünüyorum.

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Evet, Murat Bey yorum yaptı, yani ufkumuzu açtı, yeni öneriler getirdi, yoksa biz yanıtı vermiştik.

**Av. Murat ÖZERİ-** Aslında devam etmekte olan, sizinle ilgili olmamakla birlikte bana sorulduğu için bildiğim böyle bir dava var. Davanın özeti şu, ben yaşlılık aylığı almaya hak kazandığım için sigortalılık süremi beklemek konumundayım. Ben yaşlılık aylığına hak kazandığıma göre bundan sonraki çalışmamın destek primiyle gerçekleşmesi gerektiğinin tespitini istiyorum diyen böyle bir dava var. Ben ilgili Hâkime net bir şey söyleyemedim, şimdi de size bir şey söyleyemiyorum. Ancak iyi niyetle ilgili iki tane küçük örnek vermek istiyorum. Şimdi bir işyerindeki işyeri sahibi A bir yakınının sosyal güvenlik kapsamına alınması için, örneğin işte oğlu, kızı, gelini, onu işyerinde çalışmadığı halde çalıştı gibi göstermişse bu iyi niyetli bir davranış değildir, bunun primleri geri verilir. Ancak ikinci şıkta, annesinin evinde bakıcı olarak görevlendirir o işveren bir işçiyi, o işçinin primini de yine fabrikada çalışmış gibi öder. Burada da iyi niyetli bir davranış gibi gözükse de yasaya aykırı bir durum vardır. Orada da işveren bakıcılığı üstlenilen

annedir, o işyerinde çalışmadığı için o işyerindeki primlerin de iadesi gerekir yasaya aykırı, ahlaka aykırı olduğu için.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Hocam söylemek istediğiniz başka bir şey var mı?

**Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-** Yok, teşekkür ediyorum.

**Süleyman CANER- Oturum Başkanı-** Size teşekkür ediyorum. Akşamın bu saatinde bizi ilgiyle dinlediğiniz için sağ olun, var olun.

İKİNCİ GÜN

**I. OTURUM**

Konu

**ESKİ YASADA OLMAYIP YENİ YASADA OLAN HÜKÜMLER  
VE  
YENİ TANIMLAR**

Konuşmacı

**Prof. Dr. Ali Rıza OKUR**

**Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Oturum Başkanı

**Av. Umur GÜRİŞ**

Değerli konuklarımız, Yargıtayımızın Değerli Başkanları ve üyeleri, değerli meslektaşlarım, değerli öğretim üyeleri; hoş geldiniz bugünkü toplantımıza. Sizlerle bu konularla ilişkili olarak daha evvelki yapmış olduğumuz çalışmalardan bazı esintilerle bazı şeyleri paylaşmak istiyorum. 5510 Sayılı Kanun daha kabul edilmemişti, ben de o vakit Komisyon başkanı olarak görev almıştım. O esnada İstanbul Üniversitesi'nde güzel bir tören yaptık ve de orada bu meseleleri tartıştık. O esnada şöyle bir varsayım atıldı, elmalarla armutlar toplanmaz diye. Şimdi elmalarla armutlar evet, klasik matematikte toplanmaz, ama modern matematikteyse toplanıyor. Bir sepetin içerisine elmayı, armudu, kirazı koyuyorsunuz, karışık olmasına rağmen sepetteki meyveler oluyor. İşte 5510 Sayılı Kanun bize böyle bir getiri sağladı. Yani elmalarla armutları topladık. Güzel mi oldu, çirkin mi oldu? O günkü tartışmada bunun iyi olmayacağı yönündeydi, ama yasalaştı.

Bana kalırsa güzel oldu. Nedenine gelince, devletin muhtelif tarihlerde doğmuş üç tane evladı var, bunlara devlet zaman zaman ayrıcalıklı muamele yapmış. Memur demiş, işçi demiş, kendi çalışan demiş, her birinin ayrı statüleri, ayrı getirileri, ayrı götürüleri var. Hastaneleri bile ayırıyordu, sosyal sigortalıların hastaneleri ayırıyordu, devlet memurlarının hastaneleri ayrı, şimdi hepsi birleşti. Bu üç kardeş bir çatının altında birleştiler. Bana kalırsa

güzel oldu, ama hani 5510 Sayılı Kanun mükemmel bir kanun mudur? Hiçbir kanun mükemmel değildir, eksikleri vardır. Bunlar yasal düzenlemeler düzenlenir ve bu eksiklikler giderilir veyahut Yargıtay kararlarıyla giderilir. Nitekim ben dün şurada otururken Hocamız gayet güzel Yargıtay kararlarını sundu. Yargıtay birçok bozukluk ve yanlışlıkları gayet güzel düzenlemiş. Çünkü bu kurumlarda çalışan insanlar kurumu koruma amaçlı olarak birtakım yorumlar yapıyorlar. Sosyal Güvenlik Kurumunda aslında oradaki sosyal güvenlik şemsiyesi altında olan insanların korunması lazım. Halbuki kendilerini sorumluluktan kurtarmak için burada kurumu koruyorlar. Buralarda tabii telafisi mümkün olmayan, geri dönüşümü olmayan yıllar geçiyor ki, en büyük şey budur. Ben dün şurada otururken şunu düşündüm ve söyledim, içimden geçirdim, sizlerle de paylaşmak istiyorum. İyi ki mahkemeler var, iyi ki böyle bu hususta bilgili Yargıtayımız var. O nedenle vermiş oldukları kararlar nedeniyle kendilerine teşekkür ediyorum.

5510 Sayılı Kanu'a gelince Sayın Hocamız 5510 Sayılı Kanunu en iyi yorumlayanlardan bir tanesidir. O nedenle kendisine sözü veriyorum, beni dinlediğiniz için de teşekkür ediyorum.

Konu

**ESKİ YASADA OLMAYIP YENİ YASADA OLAN HÜKÜMLER  
VE  
YENİ TANIMLAR**

Konuşmacı

**Prof. Dr. Ali Rıza OKUR**

**Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

**1. Sosyal Güvenlik ve Amacı**

Amaç kişilerin geleceğini güvence altına almaktır. Fiziksel, sosyal, ekonomik risklere karşı güvence sağlamaktır. Artık bireyler tek başlarına bu risklere karşı koyamaz, devlet öncülüğünde örgütlü bir korumaya ihtiyaç vardır.

1982 Anayasası'nın 60. maddesindeki düzenlemeye göre herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. "Devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."

Gelişmekte olan ve gelişmiş ülkelerin hepsi vatandaşlarının karşılaştığı risklere karşı onları güvence altına alacak bir mekanizma oluşturmuş, buna da sosyal güvenlik sistemi denmiştir. Devletin katkısına göre bu sistemler liberal, ulusal ve karma olarak adlandırılmıştır. Türk sosyal güvenlik sistemi karma bir sistem olarak ortaya çıkmış ve sürmektedir. Bu karma özellik sosyal güvenlik sistemini oluşturan primli ve primsiz sistemlere ayrı ayrı yer verme yanında, çalışanın statüsüne bağlı olarak ortaya çıkan, daha sonra da TEK ÇATI ve TEK YASA'da birleştirilen üçlü yapıyı da ifade etmektedir. Bu üçlü yapı SSK, TCES ve Bağ-Kur'dan oluşmaktaydı. Bu üç Kurum mensuplarına, üç ayrı Yasa ile hizmet vermekteydi. SSK, işçilere 1964 tarihli 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre <sup>(116)</sup>, TCE Sandığı kamu görevlilerine 1949 tarihli, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa göre <sup>(117)</sup>, Bağ-Kur bağımsız çalışanlara 1971 tarihli Esnaf ve Sanaatkarlar

116 RG. 29-30-31 Temmuz, 1 Ağustos 1964, 11766-11779

117 RG. 17.6.1949, 7235

ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'na göre <sup>(118)</sup>, sosyal güvenlik hizmeti vermekteydi. Ancak 2000'li yıllarda başlayan ekonomik krizle birlikte, Türk sosyal güvenlik sisteminde de, diğer batılı ülkelerde olduğu gibi, yeni arayışlar başladı. Reform arayışları 2003 yılından sonra yoğunlaştı ve 2005 yılında ilk resmi yayın ortaya çıktı. <sup>(119)</sup> Beyaz kitap olarak da adlandırılan bu kitabın 110 sayfası reformun gerekçelerine, 200 sayfası da reformu gerçekleştirecek Yasa Tasarılarına ayrılmıştı. Sosyal güvenlik reformunun gerekçesi olarak nüfus yapısındaki değişiklik (s. 33), mevcut sigorta sisteminin yoksulluğa karşı güvence sağlayamaması (s.39), Sosyal güvenlik kuruluşlarının finansman açıklarının ekonomiyi olumsuz etkilemesi (s. 43), bütçeden transfer yoluyla sosyal güvenlik kurumlarının açıklarının kapatılması, sosyal güvenliğin tüm nüfusa ulaştırılamaması (s.46) öne sürülmüştür. Sorunların çözümü için yeni bir yapılanma ve yeni yasal düzenlemeler öngörülmüştür (s.61 ve d.). Bunlar genel sağlık sigortası (s. 61), Primsiz ödemeler ve Sosyal Yardımlar Yasası (s.75), Emeklilik Yasası (s. 80), Yeni Kurumsal Yapı Yasası (s. 97) idi. Sorunların çözümü için reform kaçınılmaz görülmüş ve reform iki kelimedede örgütlenmiştir. TEK ÇATI, TEK YASA.

2006 yılından önce 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu <sup>(120)</sup> ile SSK, TCES, Bağ-Kur tek kurumda birleştirildi, arkasından 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'un <sup>(121)</sup>ile 506, 5434, 1479 Sayılı Kanunlar (bazı hükümleri dışında) yürürlükten kaldırıldı. Böylece TEK ÇATI, TEK YASA gerçekleşmiş oldu.

## 2. Tebliğin Konusu

Programda ele alacağım konu “ Eski Yasa'da Olmayıp Yeni Yasa'da Olan Hükümler ve Yeni Tanımlar” olarak belirlenmiştir. Tebliğ konusunu bu yeni yapılanmadan almaktadır. Yeni Yasa ne gibi değişiklikler getirmiştir, hangi yeni hükümlere ve tanımlara yer vermiştir. Her ne kadar 5502 ve 5510 Sayılı Yasa'dan eski yasalar dikkate alınarak hazırlanmış ise de birçok yeni hükme e yer vermiştir. Özellikle 506 Sayılı Kanun temel alınmış ise de fark-

118 RG. 14.9.1971, 1395

119 Sosyal güvenlik reformu sorunları ve çözüm önerileri, 304 sayfa, Ankara, 2005

120 RG. 20.5.2006, 26173

121 RG. 16.6.2006, 26200

lı düzenlemelere de yer verilmiştir. Biz bunların sadece çok önemli gördüklerimize değineceğiz. Bir saatlik bir sürede, takdir dersiniz ki 5502 ve 5510'un tüm hükümlerinin, eski düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak verilmesi pek de olası değildir. Yeni sistemi önce sayısal açıdan, eski sistemle ve Fransız Sosyal Güvenlik Kodu'yla karşılaştıracacağız. Sonra yeni düzenlemeyi sistematik açıdan ele alacağız. 3. olarak da kısa dönemli sigorta dalları uzun dönemli sigorta dalları, genel sağlık sigortası ve primler açısından getirilen yenilik ve değişikliklere değineceğiz. Eski yasada, genel sağlık sigortası olmadığından, genel sağlık sigortasına ilişkin değerlendirmelerimizi, eski yasa ile karşılaştırma şeklinde değil, sistemi kendi yapısı ve çelişkileri içinde değerlendirmeden ibaret olacaktır.

### 3. Sayısal Karşılaştırma

Reformdan önceki sosyal güvenlikle ilgili temel yasalarımız, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'dur. 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu <sup>(122)</sup> ile 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununu da eklersek, sayı 5'e çıkmaktadır. Bunların madde sayısı dökümü aşağıdadır.

	<b>Asıl</b>	<b>Ek</b>	<b>Geçici</b>	<b>Ek Geçici</b>	<b>Toplam</b>	<b>Halen Yürürlükte Olan</b>
506	143	50	90	3 (143)	286	8
5434	137	80	218	23 (321)	458	27
1479	84	21	27	23 (71)	155	4
2925	42	-	2	-	44	-
2926	64	3	10	-	77	-
					<b>1020</b>	<b>69</b>

Görülüyor ki Reformdan önce beş yasanın toplam 1020 maddesi ile sosyal güvenlik hizmeti yürütülmekteydi. 5502 ve 5510 Sayılı Yasalar bu kanunların bazı hükümlerini saklı tutup, diğer maddeleri kaldırıldı. Eski yasaların yürürlükteki madde sayısı 69 dur. Kalan 951 madde yürürlükten kaldırılmıştır. 5502 ve 5510'un madde dökümü de aşağıya çıkarılmıştır.

	<b>Asıl</b>	<b>Ek</b>	<b>Geçici</b>	<b>Toplam</b>
5502	45	2	7 (9)	54
5510	109	2	25 (27)	<u>136</u>
				<b>190</b>

Eski düzende 1020 maddede düzenlenmiş olan sosyal güvenlik alanı, reformdan sonra 190 madde ile düzenlenmiş durumdadır. Bunun yeterli olmadığı açıktır. Bu nedenle reform sürecinde 5510 Sayılı Yasa'da zaman zaman toplam 10 değişiklik yapılmış, bu da yetersiz kalınca yığın bir İKİNCİL MEVZUAT (yönetmelik, tebliğ, genelge) devreye girmiştir.

Sayısal açıdan bir başka karşılaştırma da Fransız Sosyal Güvenlik Kodu ( Code de la Sécurité Sociale) açısından yapılabilir. Sosyal Güvenlik Kodu 809 sayfalık 1900 maddelik bir düzenlemedir. İkincil kaynaklar bu sayıya eklenmemiştir. Bizde ise 5502 Sayılı Yasa ile birlikte sosyal güvenlik 234 sayfada, 190 madde ile düzenlenmiştir. Reformdan önceki yasal düzenlemelerin 1020 madde olduğunu da dikkate alırsak, reformun getirdiği 190 maddelik düzenlemenin son derece yetersiz olduğu açıktır. Bu yetersizlik ikincil mevzuatla kapatılmaya çalışılmıştır. Bu amaçla 24 Yönetmelik, 50 Tebliğ, 413 Genelge çıkarılmıştır. Mayıs 2010'da çıkarılan bir sosyal güvenlik mevzuatı <sup>(123)</sup>, ilgili kanunlara, 20 Yönetmeliğe, 28 Tebliğe yer vermiş, genelgeleri almamıştır. Buna rağmen 1529 sayfayı bulmuştur. Buna sayfa olarak 413 genelgeyi de eklese (genelgelerin ortalama 3 sayfa olduğunu varsayarsak, 1239), sosyal güvenlik mevzuatı 2768 sayfayı bulmaktadır.

#### **4. Sistematik Karşılaştırma**

5510 Sayılı Kanun temelde 506 Sayılı Kanunu esas almış olmakla birlikte, 1479 ve 5434 Sayılı Kanunlara da yer vermiştir. İşçi, bağımsız ve kamu görevlilerine ilişkin düzenlemeden, ilgili bölümlerde 506, 1479 ve 5434 Sayılı Kanunların konuya ilişkin hükümleri alt alta sıralanarak yapılmıştır. Bu üçlü düzenleme kapsam, sigortalılığın başlangıcı, sigortalılığın sona ermesi, geçici iş göremezlik ödeneği, malullük hükümlerinde açıkça görüldüğü gibi diğer konularda da kendisini hissettirmektedir.

Sistematik açıdan temek aksaklık, beyaz kitapta da belirtildiği gibi, Reformu gerçekleştirmek üzere dört ayrı Yasa Taslağı hazırlığından, son anda

123 Güzel, Ali/Ocak, Saim; Sosyal Güvenlik Mevzuatı, Beta, İstanbul

üç Yasa Taslağına dönülerek yapılmıştır. Bu dört taslak, Kurum Yasa Taslağı, Emeklilik Yasa Taslağı, Genel Sağlık Sigortası Yasa Taslağı, Primsiz Ödemeler Yasa Taslağı idi. Bu taslaklardan Emeklilik Yasa Taslağı sosyal sigorta dallarını düzenliyordu. Ancak ismi Emeklilik Yasa Taslağı idi. Bu taslakla Genel Sağlık Taslağı birleştirilerek “ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasa Tasarısı” olarak meclise sunuldu ve 5510 sayılı ile kanunlaştı. Kurum Yasa Taslağı, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarısı olarak meclise sunuldu ve 5502 sayılı ile kanunlaştı.

Primsiz Ödemeler Yasa Taslağı konusunda birkaç taslak hazırlandı ancak hiç biri kanunlaşamadı. Primsiz rejimde ilgili tek yeni düzenleme, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 15. maddesi oldu. Primsiz Ödemeler Genel Müdürlüğü'nün görevlerini düzenleyen bu hüküm ise sistemi daha da karmaşık hale getirdi. Primsiz ödemelerle ilgili 25'e yakın Kanun'un tek Yasa altında birleşmesi beklenirken bunlardan dokuzu (1005, 3292, 2330, 2629, 3160, 3713, 2913, 168, 442) 5502 Sayılı Kanun'un 15. maddesindeki bir genel müdürlüğe bağlanmıştır.<sup>(124)</sup>

Primsiz rejimi oluşturan Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler, Sosyal Güvenlik Kurumu'na bağlı bir Genel Müdürlüğü aşan son derece karmaşık ve yoğun bir hizmet yumağıdır. Bunun bağımsız bir kanun ve bağımsız bir kurum tarafından yürütülmesi, ve en kısa sürede bu ihtiyacın giderilmesi gerekmektedir. 5510 Sayılı Kanun geliri belli bir düzeyin altında kalanları kapsam dışı bırakılmakta, bunları Primsiz Rejime göndermektedir. Ancak bu alan henüz düzenlenmediğinden sorun çok daha karmaşık bir hale gelmiş, primsiz rejimden yararlanması gerekenlerin durumu açıklığa kavuşturulamamıştır.

Sistematik açıdan üzerinde durulması gereken bir diğer konu da ayrı bir yasa ile düzenleme yerine genel sağlık sigortasının aynı yasa içinde ele alınmış oluşudur. Aynı yasa içinde ele alınca, genel sağlık sigortasının Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri, Uzun Vadeli Sigorta Hükümlerinden sonra genel sağlık sigortası hükümleri olarak alması daha sonra diğer konulara geçilmesi daha uygun olurdu. Oysa 5510 Sayılı Yasa genel sağlık sigortasını bir sigorta dalı olarak değil adeta bir bağımsız düzenleme olarak ele almıştır. Yasanın sistematigi aşağıdaki gibidir;

---

124 Bu konuda bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. Bası, 2009, s. 785 ve d.

**BİRİNCİ KISIM Amaç Kapsam ve Tanımlar****İKİNCİ KISIM Sosyal Sigorta Hükümleri**

Birinci Bölüm	Sigortalılara İlişkin Hükümler
İkinci Bölüm	İşyerleri ve İşyerlerine İlişkin Hükümler
Üçüncü Bölüm	Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri
Dördüncü Bölüm	Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri
Beşinci Bölüm	Kamu Görevlilerine İlişkin Hükümler
Altıncı Bölüm	İsteğe Bağlı Sigorta Hükümleri
Yedinci Bölüm	Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Ortak Hükümler

**ÜÇÜNCÜ KISIM Genel Sağlık Sigortası Hükümleri**

Birinci Bölüm	Kapsamdaki Kişiler ve Tescili
İkinci Bölüm	Sağlanan Sağlık Hizmetleri ve Diğer Haklar
Üçüncü Bölüm	Sağlık Hizmetlerinde Yararlanma Şartları ve Katılım Payı
Dördüncü Bölüm	Mali ve Çeşitli Hükümler

**DÖRDÜNCÜ KISIM Primlere İlişkin Hükümler**

Birinci Bölüm	Prim Alınması, Prime Esas Kazanç, Prim Oranları ve Asgari İşçilik
İkinci Bölüm	Prim Belgeleri ve Prim Ödenmesi

**BEŞİNCİ KISIM Ortak ve Çeşitli Hükümler**

Birinci Bölüm	Ortak Hükümler
İkinci Bölüm	Çeşitli Hükümler

**ALTINCI KISIM Para Cezaları ve Fesih Hükümleri****YEDİNCİ KISIM Yürürlükten Kaldırılan, Değiştirilen,**

Son ve Geçici Hükümler	
Birinci Bölüm	Değiştirilen ve Yürürlükten Kaldırılan Hükümler
İkinci Bölüm	Geçici ve Son Hükümler

Yasa'nın sistematigi özenle hazırlanmamıştır. Yasa'nın hazırlanışı, yazı-

lışı, Türkçesi, konusundaki özensizlik sistematige de yansımıştır.

İkinci kısımda Sosyal Sigorta başlığı altında yer verilmesi gereken hükümlere yer verilmemiş, yer verilmemesi gereken bazı konular burada yer almıştır.

Genel Sağlık Sigortası Kısa Vadeli Sigorta Hükümler ve Uzun Vadeli Sigorta Hükümlerinden sonra bu kısımda yer almalıydı. İsteğe Bağlı Sigorta'ya ayrı bir sigorta dalıymış gibi burada yer verilmiştir. Oysa İsteğe Bağlı Sigorta bağımsız bir sigorta dalı değil zorunlu sigortalılık karşısında yer alan bir sigortalılık türüdür. Mevcut sigorta dallarından hangi statüde yararlanacağını gösterir.

Bir sigorta türü olmadığı halde bu kısımda yer alan diğer hükümler ise, sigortalılara ilişkin hükümler, işyerleri ve işyerlerine ilişkin hükümler birinci kısımda yer almamalıydı. Altıncı Kısım İdari Para Cezaları ve Fesih değil, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar olmalıydı.

Sistematik bu aksaklıklar yanında 5510 Sayılı Yasa'da çok bozuk bir Türkçe kullanılmış, gereken özen gösterilmemiştir. Bazı maddeler çok uzun tutulmuş, bu da anlamı zorlaştırmıştır. İki ayrı yasa birleştirilmiş olduğundan yoğun bir iç atfı trafiğine yer vermiş, bu da maddeler arasında gerekli bağlantıyı kurmayı, maddeleri anlayıp yorumlamayı zorlaştırmakla, bazen de imkansız kılmaktadır.

5502 ve 5510 Sayılı Yasaların alelacele, gerekli özen gösterilmeden, gerekli ön hazırlıklar ve alt yapı çalışmaları bitirilmeden yürürlüğe konması, yukarıda belirttiğimiz çok geniş bir ikincil mevzuata yol açmış (Yönetmelik, Tebliğ, Genelge), ayrıca özellikle 5510 Sayılı Yasa'da zaman zaman zorunlu bazı değişikliklerin yapılmasına yol açmıştır. <sup>(125)</sup>

### **5. 5510 Sayılı Yasa'da Yapılan Değişiklikler**

Yasanın gerekli ön hazırlık ve araştırmalar yapılmadan, yeterince ilgili çevrelerde tartışılmadan (sendikalar, sigortalılar, işverenler, akademisyenler, hukukçular), bir an önce sistemin mali sorunlarını çözmek amacıyla hazırlanması bir çok eksiklikleri de beraberinde getirilmiştir. Beyaz Kitaptaki yasayı hazırlayanlarla ilgili teşekkür yazısı incelendiğinde yasayı hazırlayanların sadece kamu kurumlarının temsilcileri olduğu, bunları arasında

---

125 Okur, Ali Rıza, Lütfen Bu Tasarıyı Geri Çekiniz, Ölü Doğmuş Yasa Yama Tutmaz, İşveren, Ocak 2008, 66-67

sadece iki hukukçunun bulunduğu, tek akademisyenin de Jaka Hopkins Üniversitesinde doktora yapmakta olan bir öğrenci olduğu görülür. Bu yetersizliklerden dolayı 31.5.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan ve 1.1.2007 de yürürlüğe girmesi öngörülen Yasa, Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli kararıyla <sup>(126)</sup> 23 maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması üzerine, Yasa birkaç kez ertelenmiş, ancak 17.4.2008 tarihli 5754 Sayılı Kanunla yoğun bir revizyon geçirdikten sonra kademeli olarak yürürlüğe girmiştir. 5754 Sayılı Kanun, 109 maddelik 5510 Sayılı Kanunda irili ufaklı tam 370 değişiklik yapmıştır <sup>(127)</sup>. Yasada ilki 9.5.2007 tarihli Kanunla yapılan ve bu güne kadar sayısı onu bulan değişiklikleri aşağıdaki tabloda görebiliriz.

Yasa Numarası	Kabul Tarihi	RG tarihi ve Sayısı	Değişiklik Sayısı
5655	9.5.2007	20.5.2007, 26529	2
5754	17.4.2008	8.5.2008, 26870	262
5763	15.5.2008	26.5.2008, 26887	4
5774	24.6.2008	9.7.2008, 26931	1
5797	31.7.2008	19.8.2008, 26972	6
5838	18.2.2009	28.2.2009, 27155	9
5917	25.6.2009	10.7.2009, 27284	3
5921	11.8.2009	18.8.2009, 27323	1
5947	21.1.2010	30.1.2010, 27478	2
5951	28.1.2010	5.2.2010, 27484	1
5997	16.6.2010	19.6.2010, 27616	7
6111	13.2.2011	25.2.2011, 27857	72
<b>12</b>			<b>370</b>

126 E. 2006/111, K. 2006/112, RG. 30.12.2006, 26392 M.

127 Okur, Ali Rıza, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İşveren, Mayıs 2008, 41-43

Bu tespitten sonra yeni düzenlemelerin eskiye göre ne gibi değişiklikler getirdiğini kapsam, kısa dönemli sigorta dalları, uzun dönemli sigorta dalları, genel sağlık sigortası ve primler açısından ayrı ayrı sunmaya çalışacağız.

### **6. Kapsama İlişkin Değişiklikler**

Eski sistemde üç ayrı Kurum olduğundan, her yasa ayrı ayrı kendi kapsamını belirlemiş durumdaydı. 506 Sayılı Yasa işçilerden kimlerin hangi koşullarla sigortalı olacağını düzenliyordu. Ama bunların yanında işçi sayılmayan bazı gruplara da 506 Sayılı Yasa'dan kısmen veya tümüyle yararlanma imkanı vermişti (koruma bekçileri, tutuklu ve hükümlüler, çıraklar, emekliler, düşünürler, sanatçılar, ozanlar, genel kadınlar). 5510 Sayılı Yasa bu grupları 506, 5434.1479 Sayılı Yasalardaki düzenlemeleri tekrarlayarak bunları kapsamında tutmuş ancak işçileri 4,I,a'lı, bağımsızları 4,I,b'li, kamu görevlilerini 4,I,c'li olarak sınıflandırmıştır.

5510 Sayılı Yasa 506 dan farklı olarak ayrıca işçi sendikalarının başkan ve yönetim kurulu üyelerini, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalışanları, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenleri, geçici personeli (657 m. 4/c), jokey ve antrenörleri, kısmi zamanlı çalışan öğrencileri (2547 m.46), kursiyerleri (Türkiye İş Kurumunun düzenlediği kurslar açısından) de kapsama almıştır.

### **7. Kısa Dönemli Sigorta Dallarına İlişkin Değişiklikler**

a) 506 Sayılı Kanunda üç ayrı sigorta dalı olarak (iş kazası meslek hastalığı, hastalık, analık) düzenlenmiş olan kısa vadeli sigorta dalları, 5510'da tek bir sigorta dalı gibi düzenlenmiştir. <sup>(128)</sup> Yasanın ilk şeklinde “Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri” başlığını taşıyan 3. Bölüm, 5754 Sayılı Kanunla “ Hizmet Akdiyle veya Kendi Adına ve Hesabına Bağımsız Çalışan Sigortalıların Tabi Olduğu Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri” olarak adlandırılmıştır (5754 m. 65)

b) Geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanma bakımından 506'da 120 gün olan prim ödeme koşulu 90 güne indirilmiş, bunun yanında primin ödenmesi değil, bildirilmiş olması yeterli bulunmuştur (m. 18/b).<sup>(129)</sup>

c) Analık sigortası açısından de üç önemli değişiklik yapılmıştır. Mak-

---

128 Canpolat, Talat; “Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri”, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi, İstanbul Barosu/Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2010, s. 17

129 Canpolat, s.76

tu gebelik ve doğum yardımı kaldırılmış, geçici iş göremezlik ödeneği ve emzirme yardımı devam ettirilmiştir. Sigortalı kadına analık sigortasından bağlanacak geçici iş göremezlik ödeneği için 506'daki 120 gün 90 güne indirilmiş, bunun da ödenmiş olması değil, bildirilmiş olması yeterli bulunmuştur. Emzirme ödeneği alabilmek için 4,I,a'luların 120 gün analık sigortası primi bildirmiş olmaları, 4,I,b'lilerin ise ayrıca tüm borçlarını ödemiş olmaları aranmaktadır.<sup>(130)</sup>

d) Hak sahiplerine ölüm geliri bağlanması açısından 5510'da önemli bir değişiklik getirilmiştir. Ana babanın ölüm gelirinden pay alabilmesi için, eş ve çocuklardan artmış olması hem 506'da hem de 5510'da aranmaktadır. 5510 ana babanın 65 yaşın üzerinde olması halinde artış aramamakta, 65 yaşını dolduran ana babaya toplam %25 oranında pay vermektedir.

e) Ölen sigortalının hak sahiplerine verilecek cenaze ödeneği konusu da farklı düzenlenmiştir. 506'da bunun miktarını Bakanlar Kurulu belirliyordu. 5510 bunu önce asgari ücretin üç katı olarak belirledi, son olarak da, Kurum Yönetim Kurulunca belirlenip ve Bakanın onayına sunulurken tarife ile saptanması kabul edildi (m.37).<sup>(131)</sup>

### 8. Uzun Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Değişiklikler

506 Sayılı Kanun'da kısa vadeli uzun vadeli ayrımı yapılmaksızın ayrı ayrı düzenlenmiş olan sigorta dalları, 5510'da kısa vadeli sigorta (iş kazası meslek hastalığı, hastalık, analık) ve uzun vadeli sigorta (malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları) olarak düzenlenmiştir.

Kısa vadeli sigorta dalları ile ilgili değişikliklerden sonra uzun vadeli sigorta dallarına ilişkin önemli değişiklikleri açıklamaya çalışacağız.

a) 506'da çalışma gücünün 2/3'ünü, iş kazası sonucu meslekte kazanma gücünün %60'ını yitirdiği saptanan sigortalı malul sayılıyordu. Ayrıca hastalık sonucu tedaviye rağmen çalışma gücünün 2/3'ünü yitirdiği saptanan sigortalı da malul sayılıyordu. 5510 bu son düzenlemeye yer vererek 4,I,a ve 4,I,b'liler açısından çalışma gücünün veya iş kazası sonucu çalışma gücünün %60'ının yitirilmesine yer verdi (m. 25). Ayrıca 4,I,c'liler açısından, çalışma gücünün %60'ının kaybını, ayrıca herhangi bir orana

130 Canpolat, s.30

131 Canpolat, s.37

yer vermeyerek meslekte kazanma gücünün kaybına yer vermiştir.<sup>(132)</sup>

b) Malullük aylığına ilişkin bir diğer konu, çalışmanın malullük aylığına etkisi konusudur. 506 da, 5510 da malullük aylığı alan sigortalının, sigortalı çalışması halinde aylığın kesilmesini kabul etmiştir. 5510 bu konuda daha ileri giderek yabancı ülkedeki sigortalı çalışmaların da aylığın kesilmesine yol açacağını açık hükme bağlamıştır (m. 27/III). Oysa 506 döneminde yabancı ülkedeki çalışmanın malullük aylığının kesilmesine yol açmayacağı Yargıtay içtihatları ve doktrince kabul ediliyordu. <sup>(133)</sup> 5510'un bu hükmü yasaların uygulanması konusundaki temel kurala, yerellik kuralına da ters düşmektedir. Malullük aylığı bağlananların, yaşlılığında farklı olarak sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaları da mümkün değildir. Kaldı ki 5510, bu imkanı yaşlılık aylığı alan eski sigortalılar için açık tutmuş, 1.10.2008'den sonra sigortalı olanlara bu yolu kapatmıştır. Yaşlılık aylığı ile ilgili değişikliklere değinirken konuya ayrıca yer vereceğiz.

c)Malullükle ilgili T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nda kamu görevlileri için öngörülen üç çeşit malullük (adi malullük, vazife malullüğü, harp malullüğü), 5510'da ikiye indirilmiştir: Malullük ve vazife malullüğü. Malullük genel olarak 25. maddede, vazife malullüğü ise kamu görevlilerine ilişkin özel düzenlemeler arasında (m.47) yer almıştır.

d)Yaşlılık sigortası konusundaki en önemli değişiklikler prim ve yaşa ilişkin olanlardır. Prim 7.000 den 9.000 güne çıkarılmış, ancak sendikaların direnişi karşısında 4,I,a'lılar için 7.200'e indirilmiş, 4,I,b ve 4, I,c'liler için 9.000 de bırakılmıştır. Bu tutum tek çatı, tek yasa ve norm ve standart birliği ile ne ölçüde bağdaştırılabilir. Yaş konusu ise ilginç bir biçimde düzenlenmiştir. 19..'ya kadar yaş değiştirilmemiş, kadınlarda 58, erkeklerde 60 olarak bırakılmış, 1936'dan sonra her iki yılda bir birer yaş arttırılmış, 1.1.20..den sonrası için kadın ve erkek için 65 yaş öngörülmüştür. <sup>(134)</sup>Yaşlılık aylığına esas olacak temel koşul yaştır. Yaş koşulunun saptanması belli ön çalışma ve araştırma gerektirir. Ülkenin nüfus yapısı, kadın-erkek oranı, çalışma yaşı, genç-yaşlı nüfus oranı, ortalama yaşam süresi bu konuda ölçü olarak kullanılacaktır. Bizdeki bu yaş skalasının belli bir ölçüsü

---

132 Tuncay, s.45

133 Tuncay, s.51; Tuncay/Ekmekçi, s. 350-351; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 433)

134 Tuncay, s.55; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 454 ve d.

ve nedeni olmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda İLO'nun (International Labour Organization) önerisi çalışan nüfusun %10'unu emekli edecek bir yaş olmasıdır.

e) Sosyal güvenli destek primi konusunda da 5510 önemli değişiklikler getirmiş, 1.10.2008'den sonra sigortalı olanlar için, bağımsızlar dışında bu yolu kapatmıştır.

5510'un m. 30/IV,b'inde bu konuda: "4. Maddenin 1. fıkrasının (b) bendinin 4 nolu alt bendi hariç olmak üzere diğer alt bentlerine tabi çalışmaya başlayanlardan aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edilir. Bunlardan almakta oldukları aylıklarının %15 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir."

Bu konu ayrıca eski sigortalılar açısından geçiş hükümleri arasında da düzenlenmiştir. "Sosyal güvenlik destek primine ilişkin geçiş hükümleri" başlığı altında konuyu düzenleyen geçici m. 14'e göre: "Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malullüğü, malullük ve yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlananlar ve bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olmaları bakımından bu Kanun'la yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir." Ancak;

a) Bu Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (..) bendi kapsamında çalışanlar için sosyal güvenlik destek primi oranı 80. maddeye göre tespit edilen prime esas kazançlar üzerinden 81. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde belirtilen prim oranına %30 oranının eklenmesi suretiyle bulunan toplamdır. %30 oranın ¼'ü sigortalı, ¾'ü işveren hissesidir. Bunlar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanacaktır. Görüldüğü gibi sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma, aylık alma olanağını sunmakla birlikte, ağır bir prim yükümlülüğünü de birlikte getirmektedir. Sosyal güvenlik destek primi ilgiliye sadece iş kazası meslek hastalığı sigortasından yararlanma olanağı vermekte, bunun için de, çalışan sigortalıya uygulanan %1-6.5 oranının çok üstünde prim almaktadır.

Böylece 5510'un düzenleniş nedeni olan, TEK YASA ve NORM ve STANDARD birliği ilkesi, diğer birçok konuda olduğu gibi yerini TEK YASA, ÜÇ UYGULAMA, POLİSTANDARD ilkelerine bırakmış olmaktadır. 4,I,a'lılar, 4,I,b'liler ve 4,I,c'liler arasında farklı standartlar uygulandığı gibi, 4,I,a'lılar

arasında da eski-yeni sigortalı oluşlarına göre (1.10.2008 öncesi ve sonrası) değişik sonuçlar bağlanmıştır.

f) Aylık bağlama oranları da sık değişen konulardan biridir. 506 da kademeli olarak (m.61/III) 3.5-2-1.5 olan oranlar 5510'un ilk şeklinde 2015'e kadar %2.5 olarak belirlenmiş idi. <sup>(135)</sup>Bu oran da 5754 Sayılı Yasa değişikliği ile %2'ye indirilmiştir (m. 29/III).

g) Ölüm aylığı konusunda da bazı farklılıklar getirilmiştir. 506 Sayılı Yasa'da hak sahiplerinin ölüm aylığına hak kazanabilmeleri için sigortalının 10 yıl sigortalılık ve toplam 1800 gün veya 5 yıldan beri sigortalı olup ortalama 180 gün (yani 5 yıl için toplam 900 gün) malullük, yaşlılık veya ölüm sigortaları primi ödemiş olması aranıyordu. 5510, bu hükmü ikiye ayırmış, birinci kısmı 4,I,b ve 4,I,c'lilere (bağımsızlar ve kamu görevlileri), ikinci kısmı ise 4,I,a'lılara uygulamıştır. Yani 4,I,a'lılar (işçiler) 5 yıldan beri sigortalı olup, 900 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi bildirmiş ise hak sahipleri ölüm aylığına hak kazanacaktır. 4,I,b ve 4,I,c'liler ise (bağımsızlar ve kamu görevlileri) ancak sigortalılar 1800 gün malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi bildirmiş ise, ölüm aylığından yararlanabileceklerdir. 4,I,b'lilerin ayrıca hiçbir borçlarının bulunmaması da aranmaktadır. <sup>(136)</sup>Norm ve standart farklılığı burada da kendisini göstermektedir.

h) Ölüm aylığının paylaşılması konusunda, ana babanın taşıması gereken koşullar ağırlaştırılırken, 65 yaşla ilgili bazı kolaylıklar da getirilmiştir. 506'da ana babanın ölüm aylığına katılabilmeleri için eş ve çocuklardan artış olması yanında sigortalı çalışmamaları veya gelir veya aylık almamaları aranıyordu. Bunlardan her birinin hissesi de, sigortalı aylığının %25'ini geçemiyordu (506, m. 69). 5510 ise ana babanın gelir veya aylık bağlanmamış olması yanında (diğer çocuklardan hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç), her türlü kazanç ve irattan elde edilen gelirin de asgari ücretin net tutarının altında olmasını aramaktadır (1 temmuza kadar, asgari ücret 729,00TL, neti 521,89TL dir, 1 temmuzdan sonra 760,50TL, neti 544,00TL olacaktır).

Bir diğer fark bağlanacak gelirin oranı ile ilgilidir. 506'da ana babanın, her birinin hissesi %25 olarak öngörülmüşken (506 m. 69/I), 5510'da bağ-

---

135 Tuncay, s. 59

136 Tuncay, s. 65

lanacak aylık oranı toplam %25 olarak öngörülmüştür (m.34/I,d). <sup>(137)</sup> Ana baba 65 yaşın üzerindeyse, artış aranmayacaktır.

i) Eski yasada geliri ve aylık bağlanmasını engelleyen haller ayrıca düzenlenmişti. Medeni Kanun'un mirasa ilişkin hükümlerinde düzenlenmiş olan, mirasçılıktan çıkarma (MK. m. 510), mirastan yoksunluk (MK. m. 578), mirası ret (MK. m. 605) durumlarının mirasçının sosyal güvenlik haklarını ne yönde etkileyeceği 506 ve 1479 Sayılı Yasa'larda düzenlenmemiştir. Sadece 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nda, aylık alan murisini kasten ve haksız yere öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenlerin, hak sahibi olamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda 506 ve 1479 Sayılı Yasalarda hüküm olmaması karşısında konu tartışmalı kalmış kesin sonuca varılamamıştır. Ağırlık 5434'deki sınırlamanın 506 ve 1479 Sayılı Yasalar açısından uygulanamayacağı yolunda idi. <sup>(138)</sup>

5510, 56. maddesinde "gelir ve aylık bağlanmayacak haller" başlığı altında sigortalı murisini kasten öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden, sürekli iş göremez veya malul hale getiren, bunlara karşı ağır bir suç işleyen, aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle mirasçılıktan çıkarılan kişilere, bu durumlar kesinleşmiş yargı kararıyla saptanmış olması koşuluyla gelir veya aylık ödenmez, ödenmiş olan gelir ve aylıklar da Borçlar Kanunu 96. madde hükümlerine göre geri alınır.

j) Dul eşe bağlanacak gelir veya aylık konusunda da 506 ile 5510 arasında bazı farklılıklar vardır.

506'ya göre dul eşe %50 veya %75 oranında gelir bağlanabilmesi için çalışmıyor veya gelir alıyor olmama koşulu aranmıyordu. 5510, madde 34,I,a'da eşin bu gelir veya aylığı alabilmesi için Türkiye'de veya yabancı ülkede çalışmaması veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık almamasını aramaktadır. Ancak maddede dul eşe %50 oranında gelir veya aylık bağlanması açısından bu koşulu aramamakta, aylık alacak çocuğu bulunmayan dul eşe %75 oranında gelir veya aylık bağlamak için bu koşulu aramaktadır. Bu ayırımın mantığını anlamak mümkün değildir. <sup>(139)</sup>

137 Tuncay, s. 66; Okur/Ergin, s.1457

138 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 11. Bası, s. 516; Tuncay/Ekmekçi, 2. Bası, s. 358-359; Ergin, Yaşlılık Aylığı, s. 187

139 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 361

k) Evlilik kız çocukları için gelir veya aylığın kesilmesini gerektiren bir nedendir. Boşanma halinde ölüm geliri veya ölüm aylığı yeniden bağlanmaktadır. 5510, madde 25/I,b,(3) “yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veye dul kalan kızlara %25 oranında” gelir veya aylık bağlanmasını öngörmektedir. Benzer hükümlerin yer aldığı 506 döneminde, gelir veya aylığı kaybetmemek için evlenmeden veya boşandıktan sonra birlikte yaşama uygulamaları zorlanmıştı. Yargıtay bazı kararlarında, boşanan, geliri yeniden bağlatan eşlerin eski kocalarıyla birlikte yaşamayı sürdürmelerini kanuna karşı hile saymış ve boşanma nedeniyle yeniden bağlanan gelir veya aylıkların kesilmesine karar vermişti. 5510 Sayılı Yasa'nın 56/III. maddesi bu kararı açıkça yasa hükmüne dönüştürmüştür. Buna göre; “eşinden boşandığı halde, boşandığı eşle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutar, 96. Madde hükümlerine göre geri alınır”. Burada boşanan eş ele alınmış, ancak boşandığı eşle değil de bir başkası ile birlikte yaşama durumu dikkate alınmamıştır.

Bu durumu kanuna karşı hile sayan Yargıtay kararları ve bunu yasa hükmü haline getiren anlayışı anlamak mümkün değildir. Evlenmeyi ve çalışmayı bazı haklı engelleyici birer neden olarak kullanırsanız, toplumu kayıt dışı çalışmaya ve evlenmeden birlikte yaşamaya özendirmiş, teşvik etmiş olursunuz. Aslında yasaklanması ve ortadan kaldırılması gereken bu anlayıştır.

1) Üçüncü kişinin sorumluluğu 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesinde iş kazası ve meslek hastalığı açısından düzenlenmiş ve üçüncü kişinin sorumluluğu kastına ve kusuruna bağlanmıştı. Rücu konusunda Borçlar Kanunu hükümleri esas alınmış, 3. kişileri çalıştıranlar da kusurlu iseler sorumlu tutulmuşlardır.

5510, 3. kişinin sorumluluğunu hem kısa vadeli sigortalar açısından (m. 21) hem de uzun vadeli sigortalar açısından (m.39) ayrı ayrı düzenlemiştir.

21. maddeye göre, iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık 3. kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan ve ileride yapılması gereken ödemeler ve bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin yarısı için 3. kişiye ve onu çalıştıranı (kusurlu ise) rücu edilebilecektir.

Konuyu uzun vadeli sigorta kolları açısından düzenleyen 39. maddeye

göre ise, “3. bir kişinin kastı nedeniyle malul veya vazife malulü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine bağlanacak aylığın ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan 3. kişilere” rücu edilebilecektir.

### 9. Genel Sağlık Sigortası

Genel sağlık sigortası 5510'un getirdiği bir yeniliktir. Yıllardır beklediğimiz bu sigorta dalı bütün eksikliklerine, hatalarına rağmen nihayet gerçekleşti. Gönülümüz bunun hatasız ve mükemmel bir şekilde çıkmasının arzuları, ancak Yasa sorunlarıyla birlikte geldi. Biz de “hatasız yasa olmaz” diyerek 2006'dan beri yaptığımız gibi bu yeni sigorta dalını daha çok hatalarını ve yetersizliklerini vurgulayarak değerlendirmeye çalışacağız.

a) Önce sağlık hizmetlerinin özelliklerini vurgulamak istiyorum. Bunlar anlaşılmadan, sağlıklı bir sağlık düzeni kurulamaz. Sağlık hizmetleri diğer hizmetlerden çok farklıdır. Sağlık hizmetleri belirsizdir, geciktirilemez, alternatifleri yoktur, değişkendir ve kamusal yanı ağır basar. Bu hizmetlerde fark, ayrıcalık yapılamaz.

b) Genel sağlık sigortası yeterli bir ön hazırlık yapılmadan mevcut yasalar değerlendirilmeden çıkarılmıştır. Sağlık mevzuatı 33 Kanun, 1 KHK, 19 Tüzük, 36 Yönetmelik, 10 Tebliğ ve 413 Genelgeden oluşmaktadır. <sup>(140)</sup> Ön hazırlık olarak 24.11.2004 tarihli 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun <sup>(141)</sup> ile 6.1.2005 tarihli 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun çıkarılmıştır. <sup>(142)</sup>

c) Genel sağlık sigortasının kapsamı 60. maddede düzenlenmiştir.

d) Genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetleri Kanun'un 63. maddesinde belirtilmiştir.

e) Genel sağlık sigortasından sağlanmayan sağlık hizmetleri 64. maddede sayılmıştır. Bunlar, estetik amaçlı hizmetler, Sağlık Bakanlığından izinsiz hizmetler, Yabancılar açısından kronik hastalıkları olarak düzenlenmiştir.

f) Genel sağlık sigortasından yararlanmanın koşulları

g) Sağlık hizmetlerinin bedelleri 72. maddede düzenlenmiştir.

140 Lebib Yalkın, 2 Cilt, 2005

141 RG. 9.12.2004, 25665

142 RG. 19.1.2005, 25705

h) Sağlık hizmetlerinin sunumu

**10. Primlerle İlgili Değişiklikler**

a) İş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi 506 Sayılı Yasa'da 1.5-7 olarak düzenlenmişti. 5510 Sayılı Yasa primi 1-6.5 olarak düzenlemiştir. İş kazası meslek hastalığı priminin belirlenmesinde 12 tehlike sınıfı bulunmaktadır ve her sınıf 3 dereceye ayrılmıştır. Prime esas alınacak kazançlar ve prime esas oluşturmayan kazançlar 80. maddede düzenlenmiştir.

b) 506 Sayılı Yasa döneminde Devlet katkısı sadece işsizlik sigortasında %1 oranında bulunmaktaydı. Devlet katkısı 5510 Sayılı Yasa'nın getirdiği yeniliklerdendir. 5510 Sayılı Yasa'nın 81. maddesinin son fıkrasına göre; Devlet, Kurumun ay itibarıyla tahsil ettiği malullük, yaşlılık, ölüm ve genel sağlık sigortası priminin dörtte bir oranında Kuruma katkıda bulunacaktır.

(143)

c) 5763 Sayılı Kanunla 1.10.2008'den itibaren 5 puanlık işverenlere indirim yapılmıştır. Sadece malullük, yaşlılık ve ölüm için ve özel sektörde.

(144)

**11. 5510 Sayılı Yasa'daki Diğer Aksaklıklar**

a) Kaldırılan hükümler

5510 Sayılı Kanun TEK YASA olarak sunulmuş ve bu alanı bütünüyle düzenleme iddiasında bir kanundur. Bu nedenle diğer Kanunların (506, 1479, 5434..) tümüyle ortadan kaldırılması beklenirdi. Oysa 506 Sayılı Yasa'nın 8, 5434 Sayılı Yasa'nın 27, 1479 Sayılı Yasa'nın 4 ve 2925 Sayılı Yasa'nın 30 maddesi halen yürürlüktedir. 5434 Sayılı Yasa'nın vazife malullüğü aylığını düzenleyen 56. maddesi ile harp malullüğünü aylığını düzenleyen 65. maddesi yürürlüktedir. Bu konular ayrıca 5510 Sayılı Kanun'un 47. maddesinde de düzenlenmiştir.

b) Geçiş hükümleri

Kaldırılan hükümlerle ilgili karmaşa geçiş hükümleri açısından da sürmektedir. 5510 Sayılı Kanun 1-21 geçici maddelerinde 20 ayrı ve farklı geçiş hükmüne yer vermiştir:

- Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası hakkında geçiş hükümleri (geçici m. 1),
- Önceki yasalara göre aylık hesabına ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 2),

---

143 Ekmekçi, s. 145

144 Ekmekçi, s. 145

- 5434 Sayılı Kanun'la ilgili geçiş hükümleri (geçici m. 4),
- Toptan ödeme ve ihyaya ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 5),
- 506 Sayılı Kanun'la ilgili geçiş hükümleri (geçici m. 6),
- Ortak geçiş hükümleri (geçici m. 7),
- 1479 Sayılı Kanun'la ilgili geçiş hükümleri (geçici m. 8),
- Emeklilik yaşına ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 9),
- 506'nın malullük ve sakatlık hükümleriyle ilgili geçiş hükümleri (geçici m. 10),
- Tescile, sicil no. suna, dış temsilciliklere ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 11),
- Genel sağlık sigortası geçiş hükümleri (geçici m. 12),
- 4046 Sayılı Kanun'a ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 13),
- Sosyal güvenlik destek primine ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 14),
- beyanına ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 15),
- Kendi adına ve hesabına tarımsal faaliyette bulunan sigortalıya ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 16),
- Kendi adına ve hesabına çalışanların sigortalılıklarının durdurulmasına ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 17),
- Bazı aylık ve tazminat ve yardımlara ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 18),
- Aylık alanlardan kesilecek sağlık sigortası primine ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 19),
- 506 Sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi kapsamındakilere ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 20) ,
- 2108 Sayılı Kanun'a ilişkin geçiş hükümleri (geçici m. 21).

#### c)Yürürlük maddesi

5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğü 108. Maddede düzenlenmektedir. Kanun'un yürürlüğü de diğer hükümleri gibi karmaşa ve çelişki doludur. Maddede dört ayrı yürürlük grubu öngörülmüştür.

- 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girecekler;  
Geçici 20. madde son fıkra.
- 30.4.2008 tarihinde yürürlüğe girecekler;  
72. madde, 73. madde, geçici 6/VII,b , geçici 7/son, geçici 9/I-IV, geçici 17. madde, geçici 20/XII.
- 1.7.2008 tarihinde yürürlüğe girecekler;  
60/I,c,3-8 ve 10,f genel sağlık sigortası  
3/I,1,2,8,9,10,16,17,29,22,23,24,25,26,27. bentler, m. 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 79, 80/IV, 81/I,f ve II, 82/I,II,III, 87-89, 97/

son, geçici m. 1/son, geçici m. 3, geçici m. 6/IV, geçici m. 11/II, geçici m. 12.  
- 2008 yılı ekim ayı başında yürürlüğe girecekler;

**Diğer hükümler**

d)Yeterli ve titiz bir ön hazırlık yapılmamıştır. Gereksiz ayrıntılara girilmiş, maddelerde çelişkiler vardır. Yasa özensiz bir Türkçe ile kaleme alınmıştır.

e)Primsiz rejime ilişkin temel yasa hala çıkarılmamıştır. Bu durum 5510'un tümüyle uygulanmasını da engellemektedir.

**SONUÇ**

Sosyal güvenlik sistemimizin sorunları yasaların yetersizliğinden veya üçlü yapısından değil, mali yapısından kaynaklanmaktadır. Mali yapıyı düzeltmek için yapılan düzeltmeler ise (yaşın arttırılması, primlerin yükseltilmesi, yardımların daraltılması, sigortalıya ek mali külfetler getirilmesi), sistemi daha da bozup bir kısır döngüye neden olmaktadır. Mali sorunlar, sistemle oynayarak, bozarak, gerçek dışı hayali çözümler üreterek (TEK ÇATI- TEK YASA) değil, sistemi bozmadan, sistemi özerkleştirip, ilgililerle işbirliği içinde yöneterek (sigortalı, hak sahibi, işçi ve işveren sendikaları, meslek kuruluşları, ilgili akademisyenler, yargı mensupları) çözülebilir.

**Av. Umur GÜRİŞ-** Efendim Hocamıza teşekkür ediyoruz.15 dakika aradan sonra soru cevap bölümüne geçeceğiz.

**GENEL GÖRÜŞME**

**Av. Necdet OKCAN-** İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu üyesi, DİSK Hukuk Dairesi- Şimdi Hocam, gerçekten sabah sabah bizi böyle çok şok edici bilgilerle donattınız, ama umarım inşallah bu şok edici eleştirileriniz ilgililerine ulaşır ve bu yaptığınız eleştirilerden nasibini alırlar. Tabii katılmamak mümkün değil, aynı süreçleri biz bu yasa çalışmalarını sırasında sendikal kesimlerin görüşleri alınırken toplantılara katıldık, aynı benzer manzaralarla karşılaştık. Israrla eleştirilerimizi, taleplerimizi söylememize rağmen bunların hepsi çok iyi oldu, vesaire denilip sonra birden bire başka taslaklar çıktı ortaya. Şimdi Beyaz Kitap'tan bahsettiniz, bir kere şöyle bir tespit yapmak lazım. Bu yasa gayri ulusal bir yasadır, yani dışarıda pişmiş bir yasadır. Çünkü orada açıkça Dünya Bankası ve IMF'ye teşekkürler vardır, methiyeler vardır o Beyaz Kitap'ta ve ısrarla bu tasarı-

yı hazırlayan iktidar bunu yetiştirmemiz lazım, IMF bizi zorluyor, IMF'yle görüşmelerimizde birtakım standby anlaşmalarının ön koşuludur gibi birtakım açıklamaları bütün kamuoyu biliyor. Fakat bunu çok uzatmadan şuraya geleceğim, sizin bir tespitiniz var yasayla ilgili, bu tespit bu reform ihtiyacı nereden doğdu, kurumun gelir gider dengesi bozuk, hep onu iktidar kara delik olarak açıklıyor. Tabii kara delik yakıştırmamasını bir sosyal devlete yakıştırmak mümkün değil, yani sosyal devlet devletin, sosyal devletin gerçekten en önemli görevlerinden birisidir. Gelir arttırıcı önlemler burada hiç görmüyoruz, ısrarla şunu söyledik, kayıt dışı ekonomiyi, kayıt dışı çalışanları sisteme katmanın yollarını bulmamız lazım. Çünkü gene devlet kuruluşu TÜİK'in verilerine göre Türkiye'de yüzde 50'ye yakın, yani çalışan kadar daha, kayıt içindekiler kadar kayıt dışı çalışanlar var.

Şuraya geleceğim, Beyaz Kitap'ta şöyle bir saptaması var Dünya Bankasının, Türkiye'de sağlığa bütçeden ayrılan pay azdır, bu arttırılmalıdır. Burası çok güzel, şok edici, arkasından ekleme yapıyor, diyor ki, devlet bu katkıyı arttırsın, ancak sağlık hizmetlerini kendisi üretmesin, piyasadan satın alsın. Şimdi biliyorsunuz bunun akabinde ilk yapılan iş Sosyal Güvenlik Kurumu'na, eski SSK'ya ve başka sosyal güvenlik kurumlarına bağlı hastaneler Sağlık Bakanlığı'na devredildi ve onun dışında da birçok özel sağlık kuruluşu açıldı ve Sosyal Güvenlik Kurumu sağlık hizmetlerini dışarıdan satın almaya başladı. Yani Sağlık Bakanlığından bir hizmet alıyorsa buna bir fatura kesiyor özel sağlık kurumu ve bunun sonucu olarak da Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sağlık harcamaları bu yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren yaklaşık iki, üç katına çıktı. Bu iyi bir şey gibi olabilir, yani gerçekten eskiden yetersiz sağlık hizmeti alıyordu kurumdan vatandaşlar, şimdi daha iyi, nitelikli sağlık hizmeti alıyorlar, yapılması gereken buydu denilebilir, ama gerçekten bu böyle midir? Gerçekten Dünya Bankası'nın işaret ettiği gibi bu dışarıdan sağlık hizmetinin alınması sağlık hizmetinin kalitesini mi arttırmıştır, kuruma bir katkı yapmış mıdır? Sizin hele hele son, en önemli vurgunuz o, gelir arttırıcı önlemlere bir faydası olmuş mudur bunun, kurumun bu mali yapısını, bütçesini ne şekilde etkilemiştir? Teşekkür ederim.

**Av. Süleyman ETİLER-** İstanbul Barosu- Hocamın anlattıklarının ötesinde ben biraz başka bir şey söyleyerek Hocama arkasından soru soracağım. Biliniyor ki, 1980 24 Ocak kararlarından sonra Türkiye bir yapı değiştirme sürecine giriyor. Bence bugün işte Dünya Bankasının, IMF'nin

Türkiye'den isteklerinin kaynaklarında yatan şey o dönüştürme kararıyla birlikte başlıyor, 24 Ocak kararlarıyla birlikte başlıyor. O güne kadar bakıldığında Emekli Sandığı olsun, Bağ-Kur olsun, SSK olsun kendi paralarını ciddi biçimde kullanan, ciddi biçimde dönüştüren, parasını arttıran, hiç değilse toplayabildiği primleri bir biçimde yatırıma dönüştürerek o yatırımlar sayesinde kendisine yatırılmış primleri koruyan kurumlar niteliğinde gözüküyorlar. Bu üç kurumdan iki tanesi, Bağ-Kur daha yeni olduğu için o zamana göre, SSK ve Emekli Sandığı Türkiye'nin en ciddi, en zengin kurumları içerisinde görülüyorlar. Dolayısıyla o zaman belki sigortalı sayısının da azlığı dolayısıyla kolaylıkla dönüşümünü sağlayabildiği söylene de aslında ne kadar sayı artarsa yük de o kadar artacaktır, primin arttığı oranda yük de artacaktır.

Dolayısıyla mikro seviyede yönetemiyorsanız makro seviyede zaten yönetemeyeceksinizdir. Burada o düzlükle birlikte bu kurumların kendi paralarını, kendi mallarını kullanmaları açıkça şey yapılarak, Emekli Sandığı otelleri dağıtıldı, Emekli Sandığının gelir getiren yerleri dağıtıldı. Sosyal Sigortalar Kurumunun gelir dağıtan, gelir kaynağı olduğu, primlerini yatırarak dönüştürme ve yenileme şansı elde ettiği alanlar ortadan kaldırıldı ve kamu bankalarına faizsiz olarak yatırılan hale getirildi primler. Bu bizim cebimizden çalınmış şey değil midir? Çünkü sonuçta bu bir sigorta, bu niye yapılıyor o zaman? Anlıyorum ki zaman içerisinde sosyal sigortalar, yani kamu kurumu olan sosyal sigortaların yerine bütün bu şeyler Amerika'da ve diğer bazı gelişmiş ülkelerde olduğu gibi özel sigortalara, bu sosyal sigorta görevi de özel sigortalara, nasıl şimdi yavaş yavaş sağlığı aktarmışlarsa, emeklilik bakımından, diğer sosyal güvenlik konuları bakımından da özel sigorta şirketlerine işte biz burada halledemedik, özel sigorta şirketleri bu konularda daha iyiler, onlara aktaracaklar. Sonra AEK gibi Türkiye'de de yeni krizler yaşacağız anlaşılabilir diyorum. Burada bir önlem veya bir eleştiri ortaya konulması gerekmez mi Sayın Hocam, bu sosyal güvenlik kurumlarının paralarının bu denli kullanılmasının önüne geçilmesi bakımından gerek sendikaların, gerek akademisyenlerin, gerek hukukçuların, işçilerin bizzat kendilerinin, memurların bizzat kendilerinin, işverenlerin itiraz etmesi gerekmez mi? Çünkü bu primler bizim cebimizden çıkıyor, o primler korunup, o primler büyütülmezken o primler faizsiz biçimde birtakım bankalara yatırılıyor ve para yok hale getiriliyor.

**Av. Ali ŞEN** İstanbul Barosu- İşsizlik sigortası bu sosyal güvencenin neresinde, hiç şimdiye kadar yasada Hocam anlattı, ama bu işsizlik sigortası da bir sosyal güvence olduğuna göre, bir sigorta olduğuna göre, işçinin işsiz kaldığı dönemde geçimini temin eden bir kurum olduğuna göre bu yasada yer almış mıdır, niye almamıştır?

**Ercan TURAN** -Yargıtay Tetkik Hâkimi- Gerçekten işletmeciler tarafından hazırlanan yasa adı altındaki metinlerin sonra hukukçular olarak derdini çekmekle meşgulüz son zamanlarda. Hocam, yasanın gerçekten bazı hükümlerinde aşırı bir ayrıntıya gitme durumu var, ama ben de sizler gibi istatistiğini çıkarmaya çalışmıştım, ama gönlüm elvermedi, devam edemedim. Örneğin çok temel konuların hepsinde de yönetmeliklere, alt düzenlemeler atıflar var asıl hakkı düzenlemesi gereken konularda, ama gördüğünüz gibi önünüzde mevzuat halinde bunu çıkarıyoruz, ediyoruz. Bu kadar fazla alt düzenlemeye atıf ve bu kadar fazla alt düzenleme çıkarılması ne kadar hukuksaldır, biz bunları ne kadar bu yasa kapsamında değerlendirebiliriz? İkinci bir konu olarak 56 sona değindiniz, 56 sonda fiilen birlikte yaşamak kavramı diyor. Şimdi bunu ben hukuken cidden anlayamıyorum. Yani bir insanın özel yaşamına, evine ve hatta affedersiniz bir insanın yatak odasına girmeden ben bu kavramın nasıl denetlenebileceğini, bu insanların fiilen birlikte yaşıyor olup olmadığını nasıl anlayacağımız hukuken bilemiyorum. Çünkü şu anda SGK'nın Alo İhbar hattı var, insanlar buraya Alo 170'i arıyorlar, şu kişi şu kişiyle birlikte yaşıyor diyorlar. Kurum da evet, haydi birlikte yaşıyorsa kesiyorum bu aylıkları diyor. Biz bu fiilen birlikte yaşamak kavramını nasıl anlamlandıracağız?

Bir diğeri de şimdi sağlık sektörü hakikaten Türkiye'de çok barbarca bir özelleşme içerisinde ve bu alanda da bir bakıyoruz her gün birilerine yeni bir model şeyler yapılıyor. Bir bakıyorsunuz dikey pozisyonlandırma aletleri moda oluyor, bir gün bakıyorsunuz herkese stent takılmış, şu edilmiş, bu edilmiş. Şimdi bu aşırı kâr hırsının da hukuksal bir çerçeve içerisinde bir denetimle yapılması gerekiyor temel bu hak da sınırlanmadan. Bu anlamda karşılaştırmalı hukuktan da bakarsak bizim bu alanda yapabileceğimiz nedir, yani bu yasa kapsamında, ama bu aşırı kâr hırsıyla hareket eden sağlık sektörü karşısında da hukuken ne yapılabilecektir, bu iş hakkın özüne uygun olarak nasıl düzenlenebilecektir?

**Av. İbrahim DOĞRU** -İstanbul Barosu- Sayın Başkan oturumu açar-

ken dedi ki elmalarla armutların toplanması olayı, Ali Rıza Hoca da bu işin isim babasıydı. Şimdi elma armutların yanında önce bir bütüne gidip sonra üçe bölünmeyle elma armutların yanına bir tane de muz, çikita muz kondu. Şimdi Sosyal Güvenlik Kurumu, kurumları yeni uygulamayla, yani 01.10.2008'den sonra yeni bir şey getirmediğine göre eski uygulamalarla yenisini harman yapıp, yani bir türlü bunu bir mikserden geçirip de meyve suyundan istifade edemiyoruz. Şimdi dün Süleyman Hocanın başkanlığındaki oturumda bir malullük örneği verildi. Yani eski yasada malum Sosyal Sigortalar Kurumunda, Bağ-Kur'da ve Emekli Sandığında malullük koşulları yüzdelendirme olarak birbirinden farklılık arz ediyordu. Sonunda bir Yargıtay uygulamasında yüzde 60'ı sigortalının lehine uyguladık şeklinde bir örnek ve denek verdim. Şimdi dün de aynı konuda sormak istedim, fakat yarım kaldı. Şimdi çünkü örnekten hareketle uzun vadeli sigorta kollarında, yani yaşlılık, malullük ve ölüm sigortası kollarında çikita muz sosyal sigortaların içinde bulunduğu konum itibarıyla. Neden? Çünkü gün sayısı ve yaş halen 4447 Sayılı Yasayı uygulayabiliyorsak en ehven şartlar bunlar. Keza ölüm, daha düne kadar Sosyal Sigortalar Kurumunda 900 güne düşürüldü ve beş yıl sigortalılık vardı. Şu anda yeni uygulamayla, 5510'la 10 yıllık sigortalılık ve 1800 gün getirildi. Şimdi malullük durumunda eskiye tabi yasalar itibarıyla yüzde 60 maluliyet oranı sigortalı lehinde uygulanabiliyorsa bu meyveler arasından bizim çikita muzunu seçmemiz, çünkü Bağ-Kur sigortalılığı açısından bir borcu varsa mesela Bağ-Kur sigortalılığı geri kalan borcunun tamamını ödemeyi öngörüyor ve şart koşuyor. Sosyal Sigortalar Kurumunda böyle bir özellik yok. Dolayısıyla böyle bir lehte uygulamanın adil olabileceğini, yani Yargıtayın uygulamasının paralelliğinde uygulamasının adil bir çözüm yolu olabileceğine inanıyor musunuz? Bir de Sayın Başkan dedi ki, şu anda hastanelere, her üç sosyal güvenlik kurumu mensupları da istedikleri hastanelere gidebiliyor derken kısa vadeli sigorta kolları açısından, yani genel sağlık sigortası yöntemi açısından biz böyle bir huzura ve rahatlığa kavuştuk mu? O konulardaki açıklamalarınızı rica ediyorum.

**Av. Abdülhalim EKE** -Ankara Barosu- Sayın Okur, işveren sigorta primleri anlamında yolunuyora benzer bir deyim kullandı. İstihdam aslında bir kaynak olarak görülüyor, ama iş hukuku anlamında istihdamın üzerine biz neleri bindiriyoruz, iş güvencesini getirdik, artı güvence getirdik, ihbar

öneli var, kıdem tazminatı var, işsizlik var, başka ne var? Aile hekimliği var. Diyelim ki öncekilerin bir dokunulmazlığını varsayalım, aile hekimliği yahut iş güvenliğine ilişkin yeni alınması gereken işveren önlemlerinin tamamının işverenin sırtına yüklenmesi olayı var. Burada sadece aile hekimliğini değerlendirelim genel sağlık sigortası kapsamında, genel sağlık sigortasını sağlamakla yükümlü olan kurum. Şimdi işveren ne yapıyor? İşyeri hekimi çalıştırıyor, çalıştırdığı işyeri hekiminin maliyetlerini de kendisi karşılıyor. Şimdi primi de zaten ödenmiş, yani bu hakkı zaten işçiler ya da sigortalılar kazanmış durumda. Şimdi biz önce kurumun yükümlülüklerini bir değerlendirip, arkadaş, sen istihdamın sırtındaki bu yükleri alacaksın, karşılayacaksın deyip en azından işyeri hekimliği maliyetinin biz kuruma yüklenmesini bir şekilde sağlamamız, önermemiz gerekir.

Soruma gelmek istiyorum, benim sorum eski kanunda olmayan ve yeni kanunda olan bir husus ölüm aylığına ilişkin olmak üzere. Ölüm aylığında süre, tabii 10 yıllık süre yok. Ne var? 1800 gün var, 1800 gününüz olacak, 1800 gününüz varsa hak sahiplerine aylık bağlanacak. Yok, 1800 gününüz yoksa, ama SSK, yani 4A kapsamında çalışmanız varsa beş yıldan beri sigortalı bulunacaksınız ve en az 900 gün ödeyeceksiniz. Şimdi burada eski kanunda olmayan bir sınırlama getiriyor, her türlü borçlanma süreleri hariç deniliyor. Ben özellikle askerlik örneğinden dönmek istiyorum, örnekle farklı bir yoruma varılabilir ki diye değerlendirmek istiyorum. Şimdi borçlanmalarınızda 1800 güne erişerseniz sorun yok, ama borçlanmalarınızla hem beş yılı dolduramaz, hem de 900 günü, yani beş yıllık süreyi tamamlayamaz ve 900 günü de tamamlayamazsanız sorun var. Nasıl sorun var? Şimdi diyelim ki askerliğini yedek subay olarak yapan yüksekokulu mezunu, üniversite mezunu bir kişinin askerlikte keseneği kesilmiş olacağı için süresi oradan başlayacak. Yine o günler sigortalılık günleri olarak hizmet olarak kabul edilecek, ama diyelim ki aynı üniversite mezunu hasbelkader kısa dönem askerlik yapmıştır, bu defa bu kişinin borçlanmasını getirdiğimiz zaman diyeceğiz ki, sen askerlik borçlanmasını yapamazsın. Yaptığın zaman 900 günün hesabında ben bunu nazara almam. Şimdi diğer hususlarda kadının doğum borçlanması yahut diğer borçlanmalarda yüreğim sızlamadan belki diyebiliyorum, ama askerlik borçlanması vatani görev, vatani görev nedeniyle ben hem primlerin borçlanmada bu düzeyde alınmasını hazmedemiyorum, hem de yine kutsal bir görev olan bu görevin

borçlanması halinde 900 günlük sürenin hesabında nazara alınmamasını da içime sindiremiyorum. Ancak hukuk kurallarına baktığımız zaman her türlü borçlanma süresinin içerisine askerlik de girecek. Bu nasıl bir çözümle 900 günün hesabına borçlanma süreleri dahil edilebilir yahut beş yıla dahil edilebilir? Teşekkür ederim.

**Av. Meliha Özel ÇAĞLAYAN** -Kocaeli Sosyal Güvenlik Kurum Vekili- 5510 Sayılı Yasa'nın 506 Sayılı Yasa'dan farklı olarak getirmiş olduğu düzenlemelerden bir tanesi de kaçak sigortalılığın önlenmesi amacıyla bankalara ve kamu kuruluşlarına kendileriyle işlem yapan çalışanların sigortalılıklarının olup olmadığı, buna ilişkin belge ibraz etmelerini zorunlu kıldı. Ayrıca kurum kontrol memuru sayısını arttırarak denetimlerini arttırdı. Yine internet ortamında sigortalıların kendi sigortalılık kayıtlarının denetimini sağlayabilecek şekilde internet ortamında hizmet cetveline ulaşması sağlandı. Bu tür yeniliklerle kaçak sigortalılığın önlenmesi adına 5510 Sayılı Yasa'da birçok düzenleme yapıldı. 506 Sayılı Yasa'dan farklı olarak 5510 Sayılı Yasa'da getirilen bu yeni düzenlemelerle kaçak sigortalılığın yeterince önlenilebileceğini ve kurum aleyhine açılan davaların neredeyse yüzde 80'ini oluşturan hizmet tespiti davalarının sayısının düşürülebileceğini düşünüyor musunuz? Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK** -Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi- İki sorum var Hocama, birincisi biraz önce arkadaşımızın sorduğu sorunun devamı. Kurumlara bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda artık idari para cezası, bunların aleyhine de idari para cezası tahakkuk ettirilebileceği hükmü getirildi. Hocam, bunun uygulamasıyla hiç karşılaştınız mı, böyle bir şey gördünüz veya duydunuz mu bilmiyorum, onu öğrenmek istiyorum. Yani kamu kurum ve kuruluşlarına bu yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden dolayı bir idari para cezası uygulaması oldu mu? Gerçi bu sorunun muhatabı herhalde kurum yetkilileri, ama bugün aramızda var mı onlar bilmiyorum, ama en azından Hocam bu konuyla ilgili herhangi bir bilgi sahibi mi veya kendisine böyle bir soru yöneltildi mi, onu öğrenmek istiyorum. İkinci sorum da ölüm geliri ve ölüm aylığı bağlanması konusunda siz kısmen dile getirdiniz bu farklılığı evlenmemeye ilgili hususta kız çocukları açısından, ama bir de 34. maddede biliyorsunuz gelirin paylaşılması ve aylığın paylaşılması söz konusu olduğunda eşin tek başına gelire hak kazanması durumunda, sadece tek başına gelire ve

aylığa hak kazanması durumunda yüzde 75 oranında aylık bağlanabileceğini kanun düzenledi. Eski yasada bu oran hiçbir fark gözetmeksizin yüzde 50 oranındaydı ve çalışmaması şartı getirildi. İşte bu çalışmaması şartının eşitlik ilkesine veya sosyal devlet ilkesine aykırı olup olmadığı konusundaki görüşünüzü merak ediyorum.

**Süleyman CANER** -Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı- Öncelikle Hocamı kutluyorum, teşekkür ediyorum. Kutluyorum, son derece başarılı bir sunum, teşekkür ediyorum, bizim algılamakta sıkıntı çektiğimiz konuları acaba biz mi anlamakta sıkıntı çekiyoruz diye tereddüt ederken kendisinin de bir akademisyen olarak, bu konudaki çalışmalarını bildiğim bir uzman olarak böyle bir değerlendirme yapmış olması bizim haklılığımız tescil etti. Birinci sıkıntısını cümlelerin çok uzun olması, yasa maddelerinin çok uzun olması olarak bahsetti, Türkçenin yetersizliğinden bahsetti. Buna özellikle katıldığımı belirtmek istiyorum. Bir Fransız yazarın boş zamanlarında Fransızcasını geliştirmek üzere Fransız Medeni Yasasını okuduğunu söyledi. Fransız Medeni Yasasının hazırlık aşamasında önce ilkeler belirlendi, nasıl bir yasa yapmalıyız ve yasa tekniğimiz ne olmalıdır dendi. Orada geçen çok orijinal cümlelerden birisi şu, cümleler kısa ve öz olmalı ki bunlar beyaz alanlardaki siyah ya da renkli inci taneleri gibi gözümüzü almalı, gözümüze hoş görünmeli ve buradan aldığımız hazla bir sonraki cümleye daha zinde bir dimağla geçiş yapmalıyız ve algılamakta kolaylığımız olmalı dedi ve ondan sonra bu yasa metni düzenlendi. Yani orada yasa metninin düzenlenmesinden önce yasa metninin düzenleneceği ilkeler belirlendi, bizde bu ilkesizliği sonucu içinde hukukçuların olmadığı, akademisyenlerin olmadığı bir yasa maddesi düzenlendi ve düzenlenirken yine Hocamın belirttiği şekilde bazı şeyler atıflarla yönetmeliklere bırakıldı, boşluklar yaratıldı ve bu boşluklar ileride yasa metninde bulunmayan, düzenlenmeyen, hiyerarşik düzenlemeye, normlar hiyerarşisine aykırı birtakım genelgelerle de doldurulmaya çalışıldı ve bu genelgelerin birçoğu da maalesef yönetmeliklerle, genelgelerle yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıktı ve burada da ciddi sıkıntılar yaşandı ve tarihsel gelişim içinde de hep bu oldu. Örneğin 2147 Sayılı Yasa'da yasa düzenlenirken yurda kesin dönüş koşulu ya da yurtdışında çalışılan işten ayrılma koşulu olmadığı halde bununla ilgili yönetmelikte herkes borçlanmayı yaptıktan sonra yurda kesin dönüş ve işten ayrılma koşulu getirildi, ancak yargı kararlarıyla bu giderildi. Burada da olmayan bir düzenleme, örneğin

işte doğum borçlanmasında borçlanma yapabilmek için doğumun 300 gün içinde gerçekleşmesi gibi amaca iç uygun düşmeyen, yasal düzenlemede yer almayan bir norm getirildi ve normlar hiyerarşisine aykırı davranıldı.

Dolayısıyla bu yasa düzenlenirken sıkıntılar çok ciddi şekilde dile getirildiği halde hiçbir dikkate alınmadı. İşte Hocam bugün sabah dedi ki yedi madde değiştirildi, Sayın Çamur bana dinlenme arasında getirdi dedi ki, işte değişiklikler bunlar. Bu Güney Afrika'daki erken kalkan albayın ihtilal yapması gibi bir şey, her gün sabah böyle yasa değiştirirseniz bu uygulama da çok zorluk çeker. Şimdi bir konu yeniden gündeme geldi, bizim de çok zorlandığımız bir konu, boşanan çiftlerin birlikte yaşamaları olgusu. Bunu araştırırken neler yapmalıyız, ben bununla ilgili düşüncelerimi şöyle kısaca özetlemek istiyorum. Bir defa boşanan iki insan medeni bir şekilde çocuğunun geleceğini planlamak, karnesindeki başarıyı kutlamak, onun evliliğiyle ilgili örneğin bir karar almak için bir araya gelebilirler, oturup yemek yiyebilirler, konuşurlar. Buradan ötesi, örneğin özel yaşamın gizliliği kuralının ihlali gibi olur, ama yasada böyle bir düzenleme var. Biz bunu eleştirmekle birlikte uygulamak zorundayız. Uygularken de işte ayrılan çiftlerin bundan sonraki ikametgâhlarının nasıl belirlendiği, örneğin elektrik, su faturalarının hangi isim adına devam ettiği, ayrılan çiftin eşlerden hangisi o evden ayrılmışsa, müşterek konuttan ayrılmışsa onun yeni bir adresinin, telefon, su, elektrik, banka hesaplarındaki adreslerinin bir farklılığı olup olmadığı gibi araştırmalar yapılmalı ve hâkimin vicdani kanaatine göre karar verilmelidir. Bazen ayrılan eş, örneğin somut bir olay, sarhoş baba boşanmada kusurlu, annenin düzenli bir geliri ve sağlıklı bir yaşantısı var, çocukların velayeti onda. Sık sık geliyor, evden para istiyor ve bu para kendisine verilmediği için o Alo İhbar hattına bunlar birlikte yaşıyor diye karısının babasından aldığı maaşın kesilmesi için şikâyette bulunuyor. O nedenle bizim yapabileceğimiz şeyler de bazen çok sınırlı. Hocama sadece teşekkür ediyorum, herhangi bir soru sormuyorum, kendisini gerçekten yürekten kutluyorum.

**Av. Umur GÜRİŞ-** Oturum Başkanı- Evet Hocam, söz sizde.

**Prof. Dr. Ali Rıza OKUR-** Necdet Okcan, kayıt dışı ekonominin katkısı, şimdi sağlık hizmetlerinin sağlanması, tabii genel sağlık sigortasına fazla giremedim, anlaşma yapılan kurumlar kanalıyla oluyor. Özel veya kamu kurumlarıyla Sosyal Güvenlik Kurumu anlaşma yapıyor ve bu anlaşma-

lar çerçevesinde yürütülüyor sağlık hizmetlerinin sunumu. Tabii burada özel sektörün talebiyle kamu sektörünün talebi zaman zaman farklılıklar gösterebiliyor ve yasanın ilk uygulamaya başlandığı dönemlerde bir hayli yoğunlu özel sektörün talebi. Fakat zaman zaman çekildiler ve eski talep kalmadı, ama yeni birtakım tavizlerle özel sektör tekrar devreye sokulmak isteniyor ve onların devreye sokulabilmesi için de bizim sırtımızdan birtakım tavizler veriliyor. İşte bunlar otelcilik ücreti, öğretim üyesi farkı, istisnai hizmet farkı, ilave ücret farkı, katılım payları ve son olarak da hastanelerin kendi aralarında klasifiye edilip yüzde 30'la yüzde 70 arasında fark alma yetkisinin tanınması. Bununla ilgili tablolar hazırlandı ve hastanelerin özelliklerine göre kimi yüzde 30, kimi yüzde 70'e kadar fark alabilir hale geldi.

Şimdi kayıt dışı ekonomi sadece bu alanda değil, her alanda bizim en büyük sıkıntımız ve yüzde 50 zikrettiler. Hayır, yüzde 60'lara vardığı da söyleniyor bu olayın, bizzat önceki Maliye Bakanı yüzde 50'yi zikretmekten kaçınmadı. Yani bu bir an evvel çözülmesi gereken bir olay, bu sadece bizim sosyal güvenlik alanını değil primler yönünden, dolayısıyla bunlar prim de vermiyorlar, vergi de vermiyorlar, ortada bir haksız rekabet var. Yani liberal ekonominin hâkim olduğu bir ortamda yaşıyoruz, o iddiadayız, fakat liberal ekonominin temel faktörü olan rekabetle uğraşmıyoruz, rekabeti devreye sokamıyoruz. Kayıt dışı çalışan var, normal çalışan var. Normal çalışan vergi veriyor, prim veriyor ve diğer yükümlülüklerini yerine getiriyor, ama kayıt dışı çalışan bunların hiçbirini yerine getirmiyor. Dolayısıyla çok ucuza mal edebiliyor ve çok ucuza satabiliyor. Bütün bunların ortadan kaldırılması lazım, nasıl kalkar? Bu daha çok ekonomistlerin yapması gereken bir iş, dolayısıyla ben hukukçu olarak bu konuya fazla bir şey söyleyemiyorum. Gelir arttırıcı önlemlere de dediğim gibi yine bir ekonomistin burada kafa yorması gerekir. Fakat en büyük açmazımız şu, onu vurgulayayım bari, hukuk, ekonomi ve sosyoloji, bu üçü bir bütündür. Bunların birbirine devamlı destek olması lazım, tek başına hukukçu bir şey yapamaz, ekonomist de bir şey yapamaz, sosyolog da bir şey yapamaz. Hukukçu ancak ekonomistlerin ve sosyologların getirdiği verileri dikkate alarak kural hazırlığı yapabilir ve bu sistemi oturtmak lazım. Yani hukukçular ekonomistlerden ve sosyologlardan yardım alacak, ekonomistler ve sosyologlar da hukukçunun söylediklerini dikkate alacak. Ancak Türkiye'de şöyle bir hava var, ne ekonomistler, ne sosyologlar ve özellikle de mühendisler hukukçuları hiç

dikkate almıyorlar, onların söyledikleri bir kulaktan giriyor, bir kulaktan çıkıyor. Oysa üçümüzün birlikte karar vermesi lazım ve hukuk bir yerde norma bağlandıktan sonra en üstün normdur. Doğruluğuna inansak da, inanmasak da onu uygulamak zorundayız ta ki değiştirilene kadar. Hukuk devleti dediğimiz kural bu zaten, herkesin kim olduğuna bakılmaksızın hukuk kurallarına istese de, istemese de, beğense de, beğenmese de uyması. Ancak beğenmiyorsa o zaman yazar, çizer veya siyasi partiler kanalıyla yeni birtakım tasarıların verilmesini sağlar ve o hükmün değişmesini sağlamaya çalışır. Yoksa ben bu hükmü beğenmiyorum, ben bu hükmü uygulamam deme şansı yok.

Bir diğer soru Süleyman Etiler miydi, dönüştürmeden bahsettiler, özelleştirmeye dönüşümden söz ettiler. Kurumlar, kurullar, sosyal sigorta yerine özel sigortalar. Şimdi burada şöyle bir özellik yaşadık biz, sosyal güvenlik kurumlarının sömürülmesi konusu. Şimdi sosyal güvenlik kurumları SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı ve özellikle Sosyal Sigortalar Kurumu başlangıçta kendi kendine yeter haldeydi, niye? Çünkü geliri giderini karşılayabiliyordu ve gelirini sağlıklı bir biçimde değerlendirebiliyordu, ama politikacılar Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yasasına hazineyi destekleyici, devlet bütçesini hükümler koydular ve böylece sosyal güvenlik kurumu fonlarının belli bir oranını, yüzde 40 diye kalmış aklımda, yanılabilirim, devlet tahvillerine yatırmak zorunda bırakıldı ki o zaman devlet tahvilleri enflasyonun yüzde 100'e, 150'lere vardığı dönemlerde yüzde 10-15 getiriyordu. Banka faizleri yüzde 100, yüzde 150 olduğu dönemlerde devlet tahvillerinin getirisi yüzde 10, yüzde 15 ve dolayısıyla tam tersine sosyal güvenlik fonları çürütüldü, yok edildi. Daha sonra da bakanlar niye hazineden transfer yapıyoruz diye ortaya çıktılar. Niye transfer yapacaksın? Şunun için yapacaksın, geçmiş aldıklarını geri vermek için yapacaksın. Terazinin bir kefesine aldıklarını, bir kefesine de verdiklerini koysak zannediyorum ki aldıkları çok daha ağır basar. Yani yapılması gereken şey bu sosyal güvenlik kurumlarının özerkliğinin sağlanması, özerkliği sağlamadığımız sürece, politikacılar bunların fonlarını çarçur etme imkânını bulduğu sürece, şimdi de işsizlik sigortası fonuna takıldılar, onu çarçur etmeye uğraşıyorlar. Buna imkân vermemek lazım, bu da ancak yasal düzenlemelerle olur ve bunları özerkleştirerek olur. Özerkleştirmenin bir yolu da ilgili herkesin yönetim kuruluna girmesiyle mümkün olur. O kurum öncelikle benim kurumum, sigortalının

kurumu, işverenin kurumu, yönetim kurulunda onların temsil edilmesi lazım. Bizde nedense ufak bir uygulama yapıldı, kamu iktisadi teşekküllerinin yönetim kurullarına bir işçi temsilcisi alındı o 441 Sayılı Yasa'yla, ama bu bir iki sene sürdü. Ondan sonra o 11 kişilik kurulda bir işçi temsilcisi daha hazmedilemedi, tolerans gösterilemedi ve sistem değişti, şimdi yönetim kurulunda işçi temsilcisi yok. Aynı olay burada da gerçekleştirilmeli, sosyal güvenlik kurumları da kendi kendilerine yeter hale gelip kendi kendilerini yönetecek bir özerk ortama kavuşturulması lazım. Ancak bu da pek de kolay bir olay değil. Yine son Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kuruluşuna da bakarsanız orada da bürokratların ağırlıkta olduğunu görürsünüz. İlgililerin temsilcilerinin sayısının son derece düşük kaldığını görürsünüz.

Ali Şen işsizlik sigortası nerede dedi. İşsizlik sigortasının yeri, şimdi biz onu ne kısa dönemli sigorta dallarının arasına, ne de uzun dönemli sigorta dallarının arasına koyamıyoruz. Çünkü o 4447 Sayılı Yasa'yla ayrıca düzenlendi. Sosyal güvenlik sisteminin içine monte edilmedi, ama onun da sosyal güvenlikle ilgili bir işlevi var, ama sınırlı bir işlevi var. İşsiz, yani sigortalı olan işçinin işsiz kalması halinde ancak, o da belli bir sınırla. 600 gün prim ödemişse 180 gün, 900 gün prim ödemişse 240 gün, 1080 gün prim ödemişse 300 gün sadece işsizlik ödeneği alabiliyor ve o kadar. Şimdi bazı ülkelerde bunun süresi uzun, kiminde kısa, kiminde de iş bulana kadar bu devam ettiriliyor. Ancak bizdeki sistem farklı bir olay ve sınırlı bir olay, bu şekilde bunu da tam bir sosyal güvenlik mekanizması olarak görmemiz mümkün değil. Ona ancak destek olacak bir sistem ve dediğim gibi işsizler bundan yararlanamıyor zaten, sigortalı olanlar yararlanıyor, sigortalı işsizler yararlanıyor ki o da bir ayrı tartışma konusu, onun da ayrıca ortadan kaldırılması gerekir belki.

Ercan Turan aşırı ayrıntıdan söz etti, alt mevzuat ne derece haklı dediler ve 56 sona değindiler, fiilen birlikte yaşamının ölçüsü ne olacak, nasıl saptanacak? Şimdi alt mevzuatın varlığı asıl mevzuatın yetersizliğinden kaynaklanıyor, onun örneğini verdim. Siz 107 maddelik bir yasa hazırlarsanız, 1020 maddenin yerine 190 maddeyle gelerseniz ki o 190 maddenin 50 maddesi Sosyal Güvenlik Kurumuyla ilgilidir, aslında bizi doğrudan ilgilendiren 5510'un 107 maddesi vardır, biri yürürlük, biri de yürütme maddesi olarak 109 madde, ama aslında sorunu düzenleyen 107 madde. Dolayısıyla 107 maddeyse siz hele 4/1/a, 4/1/b, 4/1/c diye herkesi kapsamaya kalktığınız

zaman bunlara yeteri kadar hizmet veremezsiniz. Boşluğu ne yapacaksınız? İkincil mevzuatla dolduracaksınız. Yönetmelik, tüzük pek fazla yok bu alanda, yönetmeliklerle, tebliğlerle ve çok daha basiti genelgelerle düzenleyeceksiniz. Nitekim genelgelerin sayısı söyledim, 413'ü bulmuş ve her biri üç dört sayfa olsa 1200 sayfalık bir sadece genelgeniz var. Böylesine ayrıntılı bir düzenlemeye hâkim olmak da mümkün değil, bu hiyerarşiyi sağlamak da mümkün değil, normlar hiyerarşisini sağlamak da mümkün değil. Yapılacak şey sağlıklı bir yasa hazırlamaktan geçiyor ve sağlıklı yasanın hazırlanması da oturup adam gibi doğru dürüst çalışmaktan geçer. Burada da bahsettiler, Fransız Medeni Kanununda önce temel ilkeler saptandı, sonra ayrıntılara girildi dedi 1804 tarihli Code Napolyon'la ilgili olarak. Ben size daha ilginç bir başka örnek vereceğim, bizim Medeni Kanunu aldığımız İsviçre Medeni Kanunu, Code Civil Swiss Eugen Huber'in hazırladığı bir metin bu. Kaç yılda hazırlandı biliyor musunuz? 15 yıl. Eugen Huber İsviçre kantonlarını dolaşarak oradaki uygulamaları tespit ediyor, 15 ciltlik bir yayın yapıyor ve bunlara dayanarak bir İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu tasarısı hazırlanıp meclise sunuluyor. Bize bakıyorsunuz, 15 kişi üç ayda bir taslak götürüyorlar, tamam diyorlar, haydi bunu çıkaralım, genel sağlık sigortası. Yani bu standartların artık oluşması lazım, ama ne zaman oluşacak, ona da pek bir şey söyleyemiyorum.

İbrahim Doğru eski yeni harmanlamadan söz ettiler, istediği hastaneye gidip gitmeme olayına geldiler. Aslında hekim seçme ilkesi sağlık hizmetlerinin temel ilkelerinden biri, ama dediğim gibi burada ancak sözleşme yapmış olan hastanelere gidebilirsiniz. Özel hastane sözleşme yapmamışsa sigortalının ona başvurma şansı yok, sadece dikkat edin, acil hallerde başvurabilirsiniz. Onun dışında anlaşması olmayan özel ve kamu hastanelerine başvurmanız mümkün değil. Şimdi yasanın ilk halinde bundan çok daha kapsamlı düzenlenmişti, istediğiniz her yere başvurabiliyordunuz. Değişen şey sadece katkı oranı oluyordu. Eğer anlaşması olmayan hastaneye başvurmuşsanız yüzde 70'ini siz ödüydünüz, yüzde 30'unu kurum ödüyordu. İzinli olarak başvurmazsanız 50, 50 ödüydünüz. Yani bu şekilde çok tatminkâr bir çözüm getirilmişti, ama o taslaklardan sonraki değişikliklerle bu mekanizma kaldırıldı ve sözleşme yapılmış sonucuna bağlandı ve o sözleşme de biraz evvel söylediğim tavizlerle bağlı olarak çalışmaya başlıyor. Özel sektör elbette ki para kazanmadan bu işi yapmak istemiyor, ama sos-

yal güvenlik alanında, özellikle sağlık alanında özel sektörün ve devletin biraz fedakâr olması en azından sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesine çalışması lazım. Batıya baktığınızda devletin sosyal güvenlik alanına katkısında bazı ülkelerde yüzde 30'a kadar çıktığını görüyorsunuz. Bizde yakın zamana kadar işsizlik sigortası dışında devletin katkısı söz konusu değildi, işsizlik sigortasında yüzde 1 oranında katkı sağlardı devlet, o kadar. Şimdi 5510'un işte en olumlu yanlarından biri belki de bu, devletin de uzun dönemli sigorta dalları ve sağlık sigortasına katkısı söz konusu oldu, ama şu şekilde. Toplanan primlerin dörtte biri kadar bir katkıda bulunuyor devlet. Malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları, artı genel sağlık sigortası, ne kadar prim toplamışsınız? Şu kadar. Onun dörtte biri kadar da devletten katkı alıyorsunuz.

Abdülhalim Eke aile hekimliğinden söz ettiler, işyeri hekimi; şimdi genel sağlık sigortasının yapılanması konusunda da çok büyük zorluklar yaşadık. Geçmişte Türkiye Cumhuriyetinin son derece ayrıntılı bir sağlık düzenlemesi var, 2 bin sayfayı bulan bir sağlık düzenlemesi var. Liste elimde, iki cilt ve 2 bin sayfa. Bunların dökümünü bir hatırlatayım size, buraya not ettiğimi zannediyordum, ama şimdi göremedim, ancak çok önemli olduğundan defterimde kayıtlı. 33 tane kanun, bir kanun hükmünde kararname, 19 tüzük, 36 yönetmelik ve 10 tane de tebliğ var ve bunların sayfa sayısı 2 bini buluyor. Sosyal güvenlikle ilgili yasaların dışında bunlar, sadece sağlıkla ilgili metinler, sağlıkla ilgili yasalar. Genel sağlık sigortası hazırlanırken bu metinlerin dikkate alınıp gözden geçirilmesi gerekirdi, hiç ilgilenilmemiş, hiç bakılmamış ve birinci basamak olarak da aile hekimliği alınmış. Oysa 224 sayılı bir yasamız var, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, tarih 1961. 1961'de sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesi için kanun çıkarıyoruz ve sağlık ocaklarını kuruyoruz. 1995'e geldiğinizde tüm Türkiye'de sağlık hizmetleri sosyalleşmiş ve her yerde ocak teşkilatı kurulmuş vaziyette. Şimdi bir genel sağlık sigortası hazırlayacak olan ne yapar, bu mevcut durumu da dikkate alır, mevcut durumu da göze alarak sistemini kurar. Ancak ne yaptılar? 5510 Sayılı Yasa'nın sağlıkla ilgili 60 ve 17, 17 maddede genel sağlığı düzenlediler maşallah. Şimdi birinci basamak aile hekimliği dedi, senin yeteri kadar aile hekimin yok ki, ama bir ocak var, ocak teşkilatı var ve her tarafta var bu. O zaman birinci basamak olarak ocak ve aile hekimini al bari. Artı İş Kanunu'nda işyeri hekimi var,

onu da birinci basamak olarak al. Hayır, bunlar yapılmadı, aile hekimiyle başlattılar ve aile hekimiyle başlatınca ne yaptılar? Aile hekimi yetiştirmesi lazım ki aile hekiminin de sayısı yetmiyor. Aile hekimi için ayrıca şunu da söyleyeyim, dört yıllık çalışma gerektiren bir uzmanlık alanı, kolay kolay da yetiştirmeniz mümkün değil.

Ancak ne oldu? Hemen bir yasa çıkarıldı ve Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun 2004 yılında çıkarıldı 5258, 2006'da genel sağlık sigortası çıkacak ya, ona hazırlık olmak üzere. O zamana kadar iki yılda yeteri kadar aile hekimi imal edecekler, iki yılın var, ne yaparsın, ne oldu? Pilot bölgelerde ki Bilecik'te başladı ve halka halka genişledi. Üç dört aylık kurslarla ve giderek o kursların süresi bir aya, 15 güne indi, aile hekimi yetiştirmeye başladınız ve böylece suni aile hekimleri. Aile hekimi diğer uzmanlık alanlarından da en az altı ay ihtisas görüp öyle çıkması lazım. Çünkü teşhisi koyacak ve hastayı yönlendirecek, ilgili hekime yönlendirecek. Dolayısıyla son derece ciddi bir iş yapıyor aile hekimi, ama siz 15 günde aile hekimi çıkarırsanız sağlığı daha baştan kaybetmiş olursunuz. Sonra mademki sağlık ocağı var, sağlık ocaklarını da kullan, niye kullanmıyorsunuz, birinci basamak aile hekimi, sağlık ocağı ve işyeri hekimi de. Hayır, bu yapılmadı. Ne zaman yapıldı biliyor musunuz? Sıkıştıktan sonra ve tebliğlerle yapıldı. Şimdi tebliğde yazıyor, birinci basamak kamu sağlık üniteleri şunlardır, özel sağlık üniteleri bunlardır, ikinci basamak şunlardır, üçüncü basamak şunlardır ve o tebliğlerle aile hekimliğinin yanında sağlık ocakları, işyeri hekimleri, hatta hatta inanmazsınız, eczaneler bile birinci basamak sağlık sistemine dahil edildi. Onlar ne yapacak, onu da bilmiyorum, ama tebliğde bu var.

Bir başka taslak ve yasa yine bu genel sağlık sigortasını sağlamak için, onunla da ilgili bir soru var, yeri gelmişken hemen söyleyeyim. Şimdi sunucuları arttırmak lazım, genel sağlık sigortasına geçiyorsunuz ve Türkiye'de 20 ayrı birim sağlık hizmeti veriyor kimi özel, kimi kamu, kimi dernek, kimi vakıf olarak. Bunu sağlamak amacıyla bir yasa çıkarıldı yine 2006'dan önce, bunun tarihi 2005, Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun. Böylece kamu kurumlarının elindeki birimleri Sağlık Bakanlığı'na devrediyorsunuz ve sunucu sayısını bir hayli arttırmış oluyorsunuz. Çok yerinde bir yasa genel sağlık sigortasına geçmeden önce. Ne diyor? Bu kanun amacı kamu kurum

ve kuruluşlarına ait sağlık birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na devredilmesiyle ilgili usul ve esasları belirlemektir. Gayet güzel, ama bir de 2. maddesi var, bakın 2. maddede ne diyor. Bu kanun cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere, bakanlıkları, bakanlıklara bağlı ilgili ve ilişkili kuruluşları ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsar. Ne oldu? Baştan partiyi kaybettiniz, hepsini alamıyorsunuz işte sağlık birimlerinin. Kabak kimin başına patladı? Sosyal sigortaların başına patladı sosyal sigortalar bütün sağlık birimlerini kaybetti. O zaman de ki sosyal sigortaların elindeki sağlık birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na devri hakkında kanun de ve böyle erkekçe ortaya çık. Yok, hayır, böyle, bütün kamu kurumlarının elindeki kuruluşları alacak güya, ama sadece dediğim gibi Sosyal Sigortalar Kurumu'ndaki, elindeki birimler Sağlık Bakanlığı'na devredildi, bir iki PTT Hastanesi ve birkaç da polis hastanesi devredildi ve bu iş bu şekilde kapatıldı.

**SALONDAN-** Bedelleri alınabildi mi Hocam?

**Prof. Dr. Ali Rıza OKUR-** Hayır, hatta bir de Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açıldı, ama onda da henüz karara varılmadı. Yani bir arkadaşımız sordu buna karşı bir şey yapılmadı mı diye, yapıldı, ama henüz sonuç vermedi. Bununla ilgili Halk Partisinin açtığı bir iptal davası var, o da Anayasa Mahkemesinde henüz duruyor ve bir sonuca bağlanmadı. Şimdi bakın, Kamu Kurumunun Elindeki Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devri Hakkında Kanun, 2005'de çıkıyor. Şimdi size bir başka hüküm okuyacağım biraz evvel söylediğim bu 224 Sayılı Yasa'dan, 30. madde. Hani diyorum ya, biraz şöyle danışılıysaydı, konuşulsaydı, beraber hazırlasaydık herhalde bunun sonuçları çok daha farklı olurdu. 1961'de bu 224 Sayılı Yasa'nın 30. maddesi bakın ne diyor, sağlık hizmetlerinin sosyalleştirildiği bölgelerde amme sektörüne ait kurumların sağlık teşekküllerine ait binalar, malzeme, ilaç ve eşya Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına lüzum gösterdiği ve iş emniyetini tehdit etmediği takdirde aşağıdaki esaslar dairesinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına devrolunur. Bunun ben de farkında değildim, bu semineri hazırlarken biraz daha dikkatli bakınca yakaladım. Demek ki böyle bir yasaya bile ihtiyacımız yok, bu 1961'de zaten hükme bağlanmış durumda.

Çağlayan'ın kaçak sigortalılığın önlenmesi var, ona yukarıda kayıt dışı

ekonomiye anlatırken değinmiş oldum, zaten yapacak bir şey yok. Bir de burada meslek kuruluşlarının çok titiz olması lazım, yani baroların, ticaret odalarının, meslek odalarının, tabip odalarının dikkat etmesi lazım. Çünkü biraz evvel söylediğim liberal ekonominin temeli rekabete dayalı. Bir kısmı kayıt dışı çalışıyorsa, prim vermiyorsa, veri vermiyorsa ortada haksız rekabet vardır ve haksız rekabeti önlemek de meslek kuruluşlarının, meslek odalarının, ticaret odalarının, sanayi odalarının ilk görevlerinden biri. Biraz da onlar ellerini taşın altına soksunlar ve bunlarla mücadele eksinler. Yani bunun önlenmesi ilk yapacağımız işlerden biri, kayıt dışının önlenmesi, hep beraber kim neyse ve özellikle de bu meslek kuruluşlarının bu işe büyük bir özen ve çaba göstermesi gerekir diye düşünüyorum.

Şükran Hoca idari para cezasından söz ettiler, kamuya yaptırım, biliyorsunuz kamundan biz prim bile alamıyoruz. Belediyelerin ve diğer kamu kurumlarının primlerini vermesini bile sağlayamıyoruz. İdari para cezasını da herhalde onlara uygulayamayacağız ve herhangi bir somut bilgin de bu konuda yok. Bir konuya değindiler, eş tek başına olursa yüzde 75, çocuk varsa yüzde 50 ve orada yüzde 75'e çıkabilmek için çalışmama ve kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almama arıyor, ama yüzde 50 için bunu aramıyor. Oysa eski yasada da bu yoktu, bu 75'lik koşul aranmıyordu, yüzde 50, yüzde olarak paylaşıyordu. Hani koşulu arıyorsan hem yüzde 50'de, hem yüzde 75'de arayacaksın, aramıyorsan her ikisinde de aramaman gerekir, Şükran Hoca o yönden haklı.

Süleyman Caner sadece bazı açıklamalar yaptılar ve bana somut bir soru sormadılar. O boşanma konusunda da 56. maddedeki görüşleri de benim görüşlerimle uyum halinde.

**Av. Umur GÜRİŞ-** Oturum Başkanı- Başında da söylemişim, 5510 Sayılı Kanunu en iyi yorumlayan ve derinlemesine bilen bilim adamlarımızdandır. Tekrar teşekkür ediyorum.

## II. OTURUM

Konu

### **AYRIMCILIK YASAĞI**

Konuşmacı

**Yrd. Doç.Dr. Gaye Burcu YILDIZ**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Oturum Başkanı

**Osman Güven ÇANKAYA**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Önceki Başkanı

Oturum Başkanı- Sayın katılımcılar, tekrar hepinize hoş geldiniz diyorum. İki gündür hep sosyal güvenlik hususunda tartıştık, hakikaten sosyal güvenlik hukuku çok tartışmalı hale geldi. Eskiden de öyleydi, ama şimdiki yeni mevzuat hakikaten karmaşık bir hal yarattı, ama ne kadar dinlesek de bu kadar hızlı bir değişim içerisinde bunu takip etmemiz çok zor. Sonu itibarıyla yine dairelerin uygulamaları bize ışık tutacak. Şimdi yeni tebliğ konumuz ayrımcılık yasağı, biraz sosyal güvenlikle gene ilişkili, ama biraz o konulardan ayrılacağız, öğleden sonra belki uykunuz daha iyi açılır bu konuda. Şimdi efendim bu konuda Sayın Hocamız Gaye Yıldız Hanımın doktora tezi var, yani bu konuda çok uzman. Biz de kendisinden bazı şeyler öğreneceğiz. Hakikaten bunun temeli 4857 Sayılı Yasa'nın 5. maddesi. Bu madde yeni yasayla uygulamaya girdi, tatbikatı da epeyce var, ancak çok çok da tartışılacak bir husus. Şimdi bu konuda tebliğini sunmak üzere Sayın Hocamıza söz veriyorum. Evet Hocam, buyurun.

Konu  
**AYRIMCILIK YASAĞI**

Konuşmacı  
**Yrd. Doç.Dr. Gaye Burcu YILDIZ**  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öncelikle Sayın Başkana çok teşekkür ediyorum, ardından da İstanbul Barosuna ve Galatasaray Üniversitesi'ne teşekkürlerimi sunmak istiyorum, burada sizlerle birlikte olmak benim için büyük bir mutluluk.

**İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU**  
**Eşitlik Kavramı**

**A. Genel Olarak**

Eski Yunan uygarlığından beri tartışılan eşitlik kavramı <sup>(145)</sup> “iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavat, muadelet” anlamının yanı sıra “Kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu”nu da ifade etmektedir. Toplum bilimi alanında ise eşitlik, bedensel, ruhsal başlıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayırım bulunmaması anlamına gelmektedir. <sup>(146)</sup> Hukuki açıdan eşitlik kavramının anlamı ise “Bütün vatandaşların şahısları, doğuşları, sınıfları, din ve mezhepleri, servetleri tefrik edilmeksizin Kanun'un tayin ettiği hak ve vazifelere sahip olmalarıdır”. Bu genel anlamının yanı sıra medeni, cezai ve idari kanunlar karşısında eşitliği ifade eden hukuki eşitlik ile vatandaşların kamu idaresine katılımında eşit olmalarını ifade eden siyasi eşitlik kavramları da bulunmaktadır. <sup>(147)</sup>

Eşitlik kavramından söz edilebilmesi için birden çok şeyin varlığı ve bun-

---

145 Eşitlikçi sofistlerle ilgili olarak bkz. Şenel, 317, 343 vd. Aristo ve Platon'un eşitlikle ilgili fikirleri için bkz. Şenel, 377-469, söz konusu iki filozofun felsefe sistemleri “Eşitsizlikçi Büyük Felsefe Sistemleri” başlığı altında incelenmiştir.

146 <http://tdk.org.tr/tdksozluk/sozbul.asp?kelime=esitlik>

147 Türk Hukuk Lügatı, müsavat kavramı, 258.

ların birbirleriyle karşılaştırılması her zaman zorunludur. <sup>(148)</sup>Daha açık bir ifadeyle incelenen bir uygulamanın ya da durumun eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı belirlenirken birbiriyle karşılaştırılabilecek birden çok şey var olmalıdır. Şöyle ki, iki insan arasında eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesi için öncelikle bu kişilerin ‘aynı durumda’ bulunup bulunmadıkları tespit edilmeli, ardından da bu kimselere ‘eşit-aynı şekilde’ davranılıp davranılmadığı ortaya konmalıdır. Bu belirleme için de bir karşılaştırma yapılması gerekmektedir.

Nesneler arasındaki karşılaştırmalarda genellikle büyüklük, renk, şekil gibi objektif nitelikler üzerinden değerlendirmeler yapılırken insanlar arasındaki karşılaştırmalarda yaş, ırk, cinsiyet, yetenek, dini inanç, felsefi düşünce gibi daha soyut özellikler karşılaştırmaya esas alınmaktadır. Bu soyut özellikler ise her zaman kesin olarak ölçülüp birbirleriyle karşılaştırılabilir nitelikte değildirler. Dolayısıyla insanlar arasında eşitlik ilkesi gereğince yapılan karşılaştırmalarda esas alınan özellikler daha çok değer yargılarını ifade etmektedir. <sup>(149)</sup>Değer yargısı ise herhangi bir kişi, olay ya da duruma karşı, nesnel özellikleri yerine taşıdıkları değer açısından tepkide bulunulmasıdır. <sup>(150)</sup>

İnsanlara eşitlik ilkesine uygun şekilde davranılıp davranılmadığı, insanların eşit haklara sahip olup olmadıkları çoğu zaman bir hukuk ya da ahlak kuralı ile ölçülmektedir. <sup>(151)</sup>

Eşitlik konusu ile ilgili en temel sorun da bu noktada toplanmaktadır. Bir uygulamanın ya da kuralın eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı değerlendirilirken, bunların temelinde yatan sınıflandırma ile birlikte ele alınması gerekmektedir. Örneğin bir menfaatin sağlanmasında belli bir eğitime sahip olmak koşul olarak öngörülmüşse, burada kişiler eğitim düzeyleri esas alınarak gruplandırılmış, bu özelliği taşıyanlar ile taşımayanlar arasında aslında bir “ayırım” yapılmıştır. Eşitlik ilkesi ile ilgili değerlendirmelerde çoğunlukla sınıflandırmada esas alınan ölçüt incelenmektedir. Bunun sebebi de doğada “eşit kişi” kategorilerinin olmamasıdır. Hukuki ve ahlaki

148 Eşitlik kavramı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Tuncay, 8, 59; Öden, 17 vd.

149 Öden, 21-23; ayrıca bkz. Hernu, 45.

150 <http://tdkterim.gov.tr>

151 Öden, 24-25.

anlamda “eşit kişi” kavramı, insanların bazı değer yargıları ile değerlendirme yaparak belli sınıflandırmalar oluşturmaları sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle hukuki ve ahlaki anlamda eşit kişi kavramı insanlar tarafından yaratılmaktadır. <sup>(152)</sup>

Kişiler arasında eşitlik ilkesi açısından yapılan karşılaştırmalarda esas alınan sınıflandırma ölçütleri, adalete, hukuka, hakkaniyete uygun olduğu ölçüde eşitlik ilkesine de uygun bir sonuç ortaya çıkacaktır. Burada önem taşıyan nokta sınıflandırmada kullanılan ölçütün kendisinin bir ayrımcılık sebebi olmamasıdır. İnsanlar arasında cinsiyete, ırka, renge, inanca dayalı bir gruplandırma yapılarak bu kişilerden aynı gruba dahil olanlara aynı şekilde davranılıyor olması, ancak diğer grupta yer alanlara farklı davranılması eşitlik ilkesi çerçevesinde haklılaştırılmaz. Çünkü burada ayrımcılık yasaklarına dayalı bir sınıflandırma bulunmaktadır. Örneğin seçme hakkının sadece erkeklere tanındığı bir devlet sisteminde söz konusu kuralın bütün erkeklere tanındığı ileri sürülerek yapılan uygulamanın eşitliğe uygun olduğu savunulamaz.

İş hukuku açısından da eşitlik ilkesine aykırılık olup olmadığı incelenirken bir anlamda işverenin yaptığı sınıflandırma ele alınmakta, bu sınıflandırmayı yaparken esas aldığı özelliğin objektif açıdan haklılaştırılıp haklılaştırılmadığı araştırılmaktadır. <sup>(153)</sup>

### **B. Hukuki Açıdan Eşitlik**

Eşitlik, hukuki açıdan, eşitlere eşit veya benzer durumlarda benzer işlem yapılması olarak algılanmaktadır. Şekli eşitlik anlayışı olarak adlandırılan bu görüş doğrultusunda eşitlik ilkesi herkese, her durumda aynı davranılması anlamına gelmemektedir. Aksine bireyler arasında makul görülebilecek farklılıkların varlığı durumunda bireylere farklı davranılmasına olanak tanımaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, aynı, benzer veya eşit durumdakilere eşit davranılmasını; aynı, benzer veya eşit durumda bulunmayanlara ise eşit davranılmamasını gerektirmektedir. Bu eşitlik anlayışı, dağıtıcı adalet kavramı ile açıklanmaktadır. <sup>(154)</sup>

---

152 Öden, 39-41.

153 Pélissier/Lyon-Caen/Jeammaud/Dockès, 261.

154 Serozan, 24; Öden, 25, dn 34'deki yazarlar, 26, 188-190, 201; Tuncay, 35, 40, aynı yazar, Sempozyum, 21; Yüksel, 35; Yenisey, 38; Sözer, 189.

Şekli eşitlik anlayışına karşı, şekli eşitliğin geçmişte uğranılmış olan ayrımcılıkların sonuçlarını ortadan kaldırmaya yeterli olmadığı noktasında eleştiriler ileri sürülmüştür. <sup>(155)</sup>

Şekli eşitlik anlayışı ile ilgili eleştiriler, bu anlayışın her türlü eşitsizliği haklılaştırmada kullanılabileceği çünkü gerçekte eşit kişi-eşit işçi kategorilerinin bulunmadığı, her insanın az veya çok bir diğerinden farklı olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır. Bu belirsizlikler sonucunda da eşitlik ilkesinin uygulanmasının oldukça zor olacağı ifade edilmiştir. Ayrımcılık yasaklarının ise bireyleri belirlenmiş bazı özellikleri nedeniyle olumsuz davranışlara muhatap tutulmaktan koruyan düzenlemeler olduğu için daha rahat uygulanabilecekleri, ancak ayrımcılık yasaklarının da tek başına toplumdaki bazı grupların karşılaştığı olumsuz davranışları ortadan kaldırmaya ve bu kimseler için fırsat eşitliği yaratmaya yetmeyeceğine haklı olarak işaret edilmiştir. <sup>(156)</sup>

Zaman içerisinde değişen ve gelişen eşitlik anlayışı, günümüzde temelinde kişinin onurunun ve kişilik değerlerinin korunması, kişinin özerkliği ve kişisel seçim özgürlüğünün yanı sıra bireylerin eşit refahı ve kaynakların eşit paylaşımı, tazmin ve telafi değerlerinin yer aldığı bir ilke haline gelmiştir. <sup>(157)</sup>

Konunun gelişim çizgisi Avrupa Birliği hukuku açısından incelendiğinde de cinsiyet eşitliğinin sağlanması çabalarıyla başlayan sürecin, şekli eşitliğin ötesine geçtiğini, taciz (harassment) ve mağdur edilmeye karşı koruma (victimisation) <sup>(158)</sup> kurumlarının da ayrımcılık yasakları içeriğine dahil edilmesiyle artık eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının kişinin iş yaşamındaki

---

155 Blanpain, 4-5.

156 Yenisey, Metodoloji,977-979.

157 Yenisey, 39-40; şekli eşitlik anlayışının anayasa hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. Öden, 25 vd.

158 Bu kavram eşitlik ilkesinin uygulanması amacıyla herhangi bir yasal süreci başlatan ya da buna katılan kişilere, bu nedene dayalı olarak haksızlık yapılması, bunların mağdur edilmesi anlamına gelmektedir. 2000/43 sayılı direktifin gerekçe bölümünün 20.paragrafı ve 9.maddesi, 2000/78 sayılı direktifin gerekçe bölümünün 30.paragrafı ve 11.maddesi, 2006/54 sayılı direktifin 24.maddesi, eşitlik ilkesinin etkin şekilde uygulanabilmesi için üye devletlerin ulusal mevzuatlarında, eşitlik ilkesinin uygulanmasını sağlamak amacıyla işletme içinde ya da dışında şikâyet hakkını kullanan, herhangi bir yasal sürece katılan kişilerin iş sözleşmelerinin feshi ve diğer olumsuz davranışlara karşı korunmaları için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğini hükme bağlamıştır.

onuru ve saygınlığının korunması amacına yöneldiği görülmektedir.

Bu durumu somutlaştırmak gerekirse, şekli eşitlik anlayışı bireyin cinsiyeti, ırkı ya da renginin herhangi bir öneminin olmadığını, bu özelliklere bakılmaksızın bireylere eşit davranılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Söz konusu bakış açısı, geleneksel olarak ayrımcılığa maruz kalmış, yani eskiden beri ayrımcı davranışlara muhatap tutulmuş ve toplumun diğer kesimleri ile arasındaki fark bariz şekilde açılmış olan grupların mevcut durumlarında herhangi bir ilerleme sağlayamaz. Örneğin kadınlar ile erkeklerle eşit ücret ödenmesi tek başına kadınların sosyo-ekonomik durumlarını ya da karar mekanizmalarındaki varlık oranlarını değiştiremez.

Dolayısıyla geleneksel olarak ayrımcılığa uğramış olan grupların anılan özelliklerinin herhangi bir önemi olmadığını değil aksine bu özelliğin bir önem taşıdığı kabul edilmeli, mevcut ayrımcılığın ve etkilerinin ortadan kaldırılarak gerçek eşitliğin sağlanması için bu özellik değerlendirilmeye esas alınmalı, verilecek kararlar bu sürecin sonunda ortaya çıkarılmalıdır. Sonuçların eşit dağılımı, fırsat eşitliği ile ilgili olan bu anlayışın hayata geçirilmesinde olumlu eylem programları ile olumlu ayrımcılık politikaları devreye girmektedir.<sup>(159)</sup>

Avrupa Birliği mevzuatıyla ilgili olarak yapılan bir değerlendirmede doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasının şekli eşitliğin, dolaylı ayrımcılığın yasaklanmasının da fırsat eşitliğinin sağlanmasına yönelik olduğu ifade edilmiştir.<sup>(160)</sup>

Eşitlik kavramının anlaşılmasında hakkaniyet ve adalet kavramları da önem taşımaktadır. Hakkaniyet (hak ve nasafet) ilkesi, bireylerin yasa karşısında eşit olduğu ve onların haklarına uyulmasının zorunlu olduğu esastan çıkartılan bir adalet ilkesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>(161)</sup>

Adalet ve hakkaniyet kavramları da birbirinden farklıdır. Öğretide, “Adalet, doğrudan doğruya kurallara, ilkelere hakim olması gereken en yüksek temel ve moral düşünceyi ifade eder; herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkanlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler görmesini emreder...Buna karşılık, hakkaniyet, bazı şartla-

---

159 Barnard, 333-337; Blanpain, 6, 87.

160 Blanpain, 88.

161 Türk Hukuk Lügatı, 267, nasafet kavramı; Yılmaz, 327.

rin ve çözümlerin önceden kesinlikle saptanmasının doğuracağı düşünülen sakıncaları ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hallerde etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden kurallar bütünüdür” ifadeleri ile iki kavram arasındaki fark ortaya konmuştur. <sup>(162)</sup>

Medeni Kanun'un 4.maddesi uyarınca hâkim karar verirken hak ve nasafete uygun, yani somut olayın koşullarına uygun olarak karar vermelidir, tabii hukuk anlayışının getirdiği ideal adalet düşüncesine ancak bu şekilde yönelmek mümkün olabilir. <sup>(163)</sup>

Anayasa'nın 138.maddesi uyarınca hakimler, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Dolayısıyla hukukun genel ilkeleri <sup>(164)</sup> yargılama aşamasında yargıcı bağlayıcı niteliktedirler. Verilecek hükmün bireylerin adalet duygusunu tatmin etmesi ve hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılabilmesi için sadece yazılı hukuk kurallarına değil, aynı zamanda hukukun genel ilkelerine de uygun olması gerekmektedir. İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit işlem yapma borcunun olup olmadığının incelenmesinde özellikle adalet ve hakkaniyet ilkelelerinden hareket edilerek bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

### **Türk Hukukunda Eşitlik İlkesi**

Eşitlik ilkesinin Türk hukukundaki düzenlemesinden önce kısaca uluslararası alanda ele alındığı hukuki metinlere kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına, pek çok Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler Antlaşması; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi; Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme; Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve Özürlülerin Hakları Anlaşması'nda gerek çalışma hayatı gerek toplumsal hayata katılım konularında bireyler arası eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.

162 Edis, aynen, 217-218; ayrıca bkz. Akipek/Akıntürk, 153-154

163 Güriz, 450; Serozan, 27; Edis, 218.

164 Eşitlik ilkesi, ATAD uyarınca Defrenne III olarak bilinen kararı ile birlikte hukukun genel ilkelerinden biri olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Barnard, 314; Fransız öğretisinde de milliyet, ırk, cinsiyet ve sendikal haklara dayalı ayrımcılığın yasaklanması hukukun genel ilkeleri arasında değerlendirilmiştir, Pélissier/Supiot/Jemmaud, 166.

Uluslararası Çalışma Örgütü de 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme, 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Sözleşmesi, 158 sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme ile çalışma yaşamında ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Bunların yanı sıra 175 sayılı Kısmi Süreli İş Hakkında Sözleşme, 1998 tarihli Çalışanların Temel Hakları Bildirgesi, 156 sayılı Ailevi Sorumluluklara Haiz Çalışanlar Sözleşmesi, 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, 171 sayılı Gece Çalışması Sözleşmesi ve 45 sayılı Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılması Sözleşmesi de eşitlik ilkesi ile hükümler içeren diğer metinlerdir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak AB Mevzuatı da son derece büyük önem taşımaktadır. Roma Anlaşmasıyla “eşit işe eşit ücret” kavramını kabul eden Avrupa Birliği, Amsterdam Anlaşmasıyla “eşit ve eşit değerde iş için eşit ücret” ilkesini benimsemiştir. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı açısından önemli hükümler içermektedir. Avrupa Birliği’nde eşitlik ilkesi açısından son derece ayrıntılı düzenlemeler içeren pek çok direktif bulunmaktadır. Bunlar tarih sırasına göre şu şekilde sıralanmaktadır; 10 Şubat 1975 tarih ve 75/117 sayılı “Kadın ve Erkekler İçin Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Yönelik Direktif”, 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207 sayılı “İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklere Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif”, <sup>(165)</sup> 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85 sayılı “Hamile, Yeni Doğum Yapmış Ve Emziren Kadınların İş Sağlığı Ve Güvenliği Açısından Korunmasına Dair Direktif”, 3 Haziran 1996 tarih ve 96/34 sayılı “İş ve Aile Hayatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif”, 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne İlişkin Direktif”, 28 Haziran 1999 tarihli ve 99/70 sayılı “Belirli Süreli Çalışanlara İlişkin ETUC, UNICE ve CEEP Tarafından İmzalanan Çerçeve Anlaşmayla İlgili 99/70 Sayılı Direktif”, 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43 sayılı “İrk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Direktif”, 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78

---

165 23.09.2002 tarihinde çıkarılan 2002/73 sayılı direktif ile değiştirilmiştir.

sayılı “İş Ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Çerçeve Direktif“, 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54 sayılı <sup>(166)</sup> “Kadın Ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar Ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif”. Bunların yanı sıra sosyal güvenlik ile ilgili bazı direktiflerde de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. <sup>(167)</sup>

### A. Anayasa’da Eşitlik İlkesi

Öğretide ve Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında eşitlik ilkesinin Anayasa’da açıkça yazılı olmasa bile, demokratik hukuk devletlerinde, hukuk düzeninin temel ilkeleri arasında yer aldığı ifade edilmiştir. <sup>(168)</sup> Türkiye’de 1921, 1961 ve 1982 Anayasaları eşitlik ilkesini, kanun önünde eşitlik formülüyle açıklamışlardır. Her üç Anayasa incelendiğinde eşitlik ilkesinin tarih itibarıyla sonra gelen Anayasa’da bir öncekine oranla daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. 1982 Anayasası’nda eşitlik güvencesi dört ilkeyi barındırmaktadır. Bunlar; kanun önünde eşitlik, Anayasa’da belirtilen nedenlerle ayırım yapma yasağı, kişi ve topluluklara imtiyaz tanıma yasağı ve Anayasa’daki temel hak ve özgürlüklerden eşit yararlanmadır. <sup>(169)</sup>

1961 Anayasasında “Eşitlik” kenar başlıklı 12.madde “Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” hükmünü içermektedir.

Eşitlik ilkesinin mevcut anayasal temelini oluşturan 1982 Anayasa'nın 10.maddesi ise şu şekildedir; “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

166 Bu direktif, 34.maddesi ile 15.8.2009’dan itibaren 75/117, 76/207, 86/378, 97/80 sayılı direktifleri yürürlükten kaldırmıştır. Bu direktiflere yapılan atıflar 2006/54’e yapılmış sayılacaktır.

167 Sosyal güvenlik alanında kadın-erkek eşitliği ile ilgili olarak 79/7, 86/378, 86/613 sayılı direktifler hazırlanmıştır. Bu direktiflerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Süral, 84; Yıldız, Hastalık ve Analık Sigortası, 922-928.

168 Öden, 126, dn 15’den aynen, Mukbil Özyörük; “ Eşitlik öyle bir ilkedir ki, Anayasa’da yazmasa bile her hukuk düzeninde kaideten geçerlidir. Fakat Anayasa’da açıkça yer aldığı zaman, devlet hukuk düzeninin en başta gelen, en tümsel (=külli) prensiplerinden biri olur”. Bu yöndeki kararlar için bkz. aynı yazar, 146.

169 Öden, 25, 127-133.

eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Anılan maddenin gerekçesinde de maddenin demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden biri olduğu, insanların insan olmaları dolayısıyla doğuştan bir değer ve haysiyete sahip oldukları, bu nedenden ötürü insanlar arasında herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayalı olarak ayırım yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. <sup>(170)</sup>

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan “benzeri sebepler” ifadesi madde-deki ayırım yasaklarının sınırlayıcı değil örnek olarak sayıldığını da orta-ya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlardan da Yüksek Mahkeme'nin bu kavramı maddede sayılan ayırım yasaklarını genişleten bir hüküm olarak yorumladığı anlaşılmaktadır. <sup>(171)</sup> Maddeye 2004 yılında ekle-nen ikinci fıkra ise kadınlar için yapılacak olumlu ayrımcılık uygulamaları-nın pozitif dayanağı olarak görülmektedir. <sup>(172)</sup>

1961 Anayasası döneminde verilen bir Anayasa Mahkemesi kararıyla ilgili olarak yazılan karşı oy yazısı da Anayasa'da ifadesini bulan eşitlik ilkesinin ele alınış şekli ile ilgili olarak son derece büyük önem taşımaktadı. Karşı oy yazısında Anayasa'daki eşitlik ilkesinin sadece belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılığı yasaklamadığı, bunun yanı sıra genel olarak eşitlik ilkesini de düzenlediği son derece net bir biçimde açıklanmıştır. Karşı oy yazısında “...eşitsizlik, durumları aynı nitelikte bulunan kişilerin başka başka kurallara bağlı tutulmasında dahi söz konusu olabilir ve uygulamada eşitsizlik çoğunlukla bu biçimde ortaya çıkar. Bundan başka Anayasa'nın 12.maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet gibi yönler dolayısıyla yapılan hukuki ayrımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukuki eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 12.maddesinin dayandığı ilke birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka başka hukuk kurallarının öngörülmesinin yasak-

---

170 Eşitlik ilkesine Anayasa'nın başlangıç kısmında da değinilmiştir.

171 Öden, 321-322 ve burada yer verilen kararlar, ayrıca yukarıda değinilen Recai Seçkin tarafından yazılan karşı oy yazısında da “benzer sebepler” ifadesinin sınırlandırıcı bir anlam taşımadığı ayrıntılı olarak açıklanmıştır, bkz. Öden, 147-149.

172 Tuncay, Sempozyum, 26; Inceoğlu, 49; Odyakmaz, 38.

lanmasıdır...” (173)

Gerçekten de her iki Anayasa'nın eşitlik ile ilgili maddelerinin yazım şekline bakıldığında sanki sadece maddede yazılı nedenlere dayalı olarak ayırım yapılamayacağı, eşitlik ilkesinin sadece bu nedenlere dayalı olarak ihlal edilemeyeceği gibi bir anlam çıkarılabilir. Ancak bu şekilde bir eşitlik anlayışı demokratik bir hukuk devletinde olması gereken eşitlik idealini sağlamaktan çok uzak kalacaktır. Sonuç olarak Anayasa'da düzenlenmiş olan eşitlik ilkesi hem belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yasağını (174) hem de genel anlamda eşitlik ilkesini (yasa önünde eşitlik) kapsayan iki yönlü bir düzenlemedir. (175)

4857 sayılı İş Kanunundan önceki dönemde, eşitlik ilkesi iş mevzuatında ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olduğundan, Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca, 10.maddenin yatay ilişkilerde de doğrudan uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. (176)

Anayasa Mahkemesi'nin 07.06.1999 gün ve E.1999/10, K.1999/22 sayılı kararında Anayasa'nın 10.maddesi ile ilgili olarak “Bu ilke ile eylemliler değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz” ifadesine yer verilmiştir. (177)

173 Öden, 147.

174 Serozan, 24, yazar eşitlik ilkesinin Anayasa Hukukunda keyfi ayrımcılık yapma yasağı olarak algılandığını ifade etmiştir.

175 İnceoğlu, 48.

176 Öden, 156-157; Tuncay, 9, yazar İş Hukuku'ndaki eşitlik ilkesinin Anayasa'da ifadesini bulan eşitlik ilkesi ile temelde aynı şeyler olduğunu söylemektedir, 112, aynı yazar, Sempozyum, 21; Ertürk, 96; Yüksel, 83; Yenisey, 70.

177 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1999/K1999-22.htm> Anayasa'nın 10.maddesinde hükme bağlanmış olan eşitlik ilkesi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi 18.6.2003 tarihli, E. 2001/373, K. 2003/67 sayılı (RG: 17.05.2006 - 26171)

Anayasa Mahkemesi daha sonraki bir başka kararında da “...Kanun önünde eşitlik aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını (yatay eşitlik) gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunulmayı (dikey eşitlik) da gerektirir. Esasen Anayasa'nın Başlangıç Kısmı ile 2. ve 5. maddelerinde sözü edilen adalet ve hukuk devleti anlayışı da bunu gerektirir...” ifadeleri ile bu anlayışı tekrar ifade etmiştir.<sup>(178)</sup>

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi kararlarında da açıkça belirtildiği üzere hukuk alanında eşitlik ilkesi aynı veya benzer durumda bulunan kimselere aynı şekilde davranılmasını, bu kimselere farklı işlem yapılmasını, aynı durumda olan kişiler arasında haklı nedene dayanmayan, keyfi ayrımları önleme amacını taşımaktadır.

Şekli eşitlik ilkesi ile eşitlik karinesi olarak da ifade edilen “farklı şekilde davranmak için iyi bir neden bulunmadıkça herkese eşit davranılmalıdır” düşüncesi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu iki kavramın birlikte değerlendirilmesi ile eşitlik ilkesi uyarınca kişilerin eşit işlem görme hakkına sahip oldukları, ancak farklı işlem yapılmasını haklı kılacak bir durumun varlığı karşısında, bu kişiler arasında farklı işlem yapılmasının “eşitlik” ilkesine aykırı olmayacağı sonucuna varılmaktadır. Bu düşünce biçiminde farklı davranışın sebeplerinin, bu uygulamayı yapan kişi ya da makam tarafından ortaya konulması ve haklılıklarının kanıtlanması gerekmektedir.<sup>(179)</sup> İş Hukuku'nda da işverenin eşit işlem yapma borcuna ve ayrımcılık yasağına aykırı davranıp davranmadığı, işverenin yapmış olduğu uygulamayı haklılaştırıp haklılaştıramamasına göre belirlenmektedir.

### **İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi**

#### **1. İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcunun Hukuki Niteliği ve Temeli**

Eşitlik ilkesinin dayandığı hukuki temel konusunda öğretide pek çok fikir ileri sürülmüştür. Bu görüşler, eşitlik ilkesinin temelinde adalet kav-

---

kararında da aynı açıklamaya yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, kanun önünde eşitlik ilkesinin herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması anlamına gelmediği, farklı hukuki durumda bulunanlara farklı kurallar uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı düşüncesini ifade ettiği eski tarihli kararlarından bazıları için bkz Öden, 189, 194; İnceoğlu, 53-54.

178 29.9.2004 tarihli, E. 2004/86, K. 2004/110 sayılı karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2006/K2004-110.htm> (RG: 17.05.2006/26171); ATAD da 17.7.1963 tarihli Italy/Commission kararında aynı esaslı belirtmiştir, Hernu, 250.

179 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Öden, 27-28; İnceoğlu, 54.

ramının, işverenin işçiyi gözetme borcunun, <sup>(180)</sup> ahlak kuralının, dürüstlük kuralının <sup>(181)</sup>, hakkaniyet esasının <sup>(182)</sup> ve Anayasa'daki eşitlik ilkesinin <sup>(183)</sup> yer aldığını savunmaktadır. Eşitlik ilkesinin hukuki temelini işyeri uygulamaları, normun bağlayıcılığı veya kolektif iş hukuku gibi esaslara dayandıran çeşitli görüşler de ileri sürüldüğü gibi eşitlik ilkesini tamamen reddeden bir görüş de bulunmaktadır <sup>(184)</sup>.

Eşit davranma yükümlülüğünün hukukun genel ilkelerinden olan hakkaniyet esasından kaynaklandığı, genel olarak kabul edilmektedir <sup>(185)</sup>. Bu konuda yapılmış olan ve bir anlamda eşitlik ilkesinin amacını ortaya koyan bir tespite göre “adalet İş Hukuku'nda eşit davranma ilkesinin tek dayanağı değil, ama son dayanağı olabilir.” <sup>(186)</sup> Gerçekten de, eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunan kişiler arasında haklı bir sebep olmaksızın farklı davranılmasını engelleyerek nihai anlamda adaletin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş uyarınca eşit işlem yapma borcu iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurmasının ve işçinin işverene kişisel bağımlılığından, yani işçinin, işverenin yönetimi altında iş görme borcunu yerine getirmesinden kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 10.maddesinde hükme bağlanmış olan eşitlik ilkesi devletin vatandaşlarına karşı herhangi bir ayırım söz konusu olmaksızın eşit davranmasını, herkesin kanun önünde eşit kabul edilip eşit muameleye tabi tutulmasını ifade eden geniş kapsamlı bir

180 Bu görüşü savunun yazarların fikirlerine karşı eşitlik ilkesinin işçiler arasında bir karşılaştırma gerektirmesine rağmen gözetme borcunda buna gerek olmadığı, ayrıca eşit davranma ilkesinin herhangi bir başka ilke ile açıklanmasına gerek olmayan bağımsız bir ilke olduğu yönünde son derece isabetli eleştiriler ileri sürülmüştür, bkz. Tuncay, 48 vd.

181 Yenisey, Fesihte Eşit Davranma, 64.

182 Süzek, 362; Çelik, 175, aynı yazar, Eşit Davranma Borcu, 5; Ertürk, 98; Kaya, Makale, 150.

183 Tuncay, 108; Süzek, 364; Taşkent, 82, 88; Çelik, 175, yazar hakkaniyet esasına dayanan eşitlik ilkesinin hukuki kaynağının AY 10 ve İK 5 olduğunu ifade etmektedir; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 23; Şahlanan, Genel Hükümler, 31; Mollamahmutoğlu, 432; Demir, İş Hukuku, 120-121; Ertürk, 98-99; Yüksel, 97, 112-113; Keser, 59, 61; Özdemir, 258; Uşan, 1626.

184 Bu görüşler ve bunlara karşı ileri sürülen eleştiriler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, 32-106, aynı yazar, Sempozyum, 22.

185 Süzek, 362; Çelik, 175.

186 Aynen Tuncay, 44, ayrıca bkz.106 vd; Taşkent, 82, İş Hukuku'ndaki eşit davranma borcunun amacının da Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen maddesi gibi adaletin gerçekleştirilmesi olduğunu ifade etmiştir.

ilkedir. Özel hukuk kişileri de AY 10'da hükme bağlanmış olan nedenlere dayalı olarak ayırım yapamazlar ancak taraflar arasında eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Şöyle ki, taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince sözleşme yaparken karşı tarafı seçmek, sözleşmenin içeriğini belirlemek ve sözleşmeyi sona erdirmek hakkına sahiptirler. AY'nın 50.maddesi sosyal korumayı amaçlayan bir düzenleme olarak hem devleti hem de AY 11 uyarınca işverenleri muhatap almaktadır. Sosyal korumanın bir amacı da eşitliği sağlamak olarak kabul edilirse bu düzenleme, dolaylı yoldan da olsa işverenin eşit davranma borcu ile ilişkilidir. <sup>(187)</sup>

## **2. Eşit İşlem Yapma Borcunun İşlevleri**

Eşit işlem yapma borcunun en önemli işlevi işçiyi korumaktır. Bu özellik eşit davranma ilkesinin koruyucu işlevi olarak adlandırılmaktadır. Bunun yanı sıra işçiler arasında eşitliğin sağlanması sonucunda çalışma barışının kurulmasına da olumlu etki etmektedir. Doktrinde bu işlev de eşit davranma ilkesinin düzen sağlama işlevi olarak değerlendirilmiştir. Eşit davranma ilkesinin bir diğer işlevi ise yorumlayıcı ve boşluk doldurucu olmasıdır. Buna göre uygulamada iş hukuku kaynaklarından herhangi birinde yer alan bir kuralın yorumlanması ihtiyacı ortaya çıktığında bu yorumun eşitlik ilkesine uygun olarak yapılması da gerekmektedir. <sup>188</sup>

Eşitlik ilkesinin işçiler açısından taşıdığı önem şu satırlar ile gayet açık bir biçimde gözler önüne serilmektedir; "Diğer işçiye oranla kendisine daha kötü davranıldığını sanmak veya bilmek kadar işçinin adalet duygusunu zedeleyen pek az şey vardır." <sup>189</sup>

## **3. Eşitlik İlkesinin Yasal Dayanağı**

1475 Sayılı İş Kanunu'nda eşit işlem yapma borcu ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından öğretide, işverenin eşit işlem yapma borcunun Anayasa'nın 10.maddesinde (1961 Anayasasınının 12.maddesi) hükme bağlanmış olan eşitlik ilkesinin bir yansıması olduğu ifade edilmiş, toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamalarının da

---

187 Ulucan, 191-192; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 143-144.

188 Tuncay, 139-140.

189 Aynen Tuncay, 107, dn 337'de künyesi verilen kaynaktan alınmıştır.

eşitlik ilkesine tabi olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>190</sup>

1475 sayılı İş Kanunu döneminde “ayırım yasakları” ve “eşit davranma borcu” ile ilgili olarak İK 26/4 ücretlerde cinsiyete dayalı ayırım yapılamayacağını, Asgari Ücret Yönetmeliği'nin<sup>191</sup> “asgari ücrette eşitlik” başlıklı 2.maddesi de yaş ve cinsiyete dayalı olarak asgari ücrette ayırım yapılamayacağına ilişkin düzenlemeler içermekteydi.<sup>192</sup>

4857 sayılı İş Kanunu'nun kabul edilmesi ile birlikte “eşit davranma ilkesi” mevcut anayasal dayanağının yanında özel bir yasal dayanağa daha kavuşmuştur. İş Kanunu'nun “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5.maddesinde işverenin eşit işlem yapma borcu şu şekilde düzenlenmiştir;

“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır.

20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi

190 Tuncay, 9, yazar İş Hukuku'ndaki eşitlik ilkesinin Anayasa'da ifadesini bulan eşitlik ilkesi ile temelde aynı şeyler olduğunu söylemektedir, 112, 115, aynı yazar, Sempozyum, 21; Öden, 156-157; Ertürk, 96; Yüksel, 83; Yenisey, 70.

191 RG:12.2.1972, 14097.

192 Bu döneme ilişkin olarak bkz. Tuncay, 2; Tunçomağ, 144 vd; Centel, 164; Kaplan, 100; Yenisey, 52-53.

bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

Bu maddede sayılı nedenler sınırlı sayıda düzenlenmemiştir. Maddenin yazımında *benzer sebepler* ifadesinin yer alması da bu sonuca varılmasını gerektirmektedir.<sup>193</sup> Dolayısıyla işveren maddede sayılmış bulunan ayırım yasaklarının yanında haklı bir nedene dayanmayan, ayırım oluşturan başka bir nedene dayalı olarak herhangi bir işlem yaptığında da ayrımcılık yasağına aykırı davranmış olacaktır.

İşverenin eşit işlem yapma borcunun genel olarak düzenlendiği 5.maddenin yanı sıra İş Kanunu'nun 12., 13. ve Sendikalar Kanunu'nun 31.maddelerinde de eşitlik ilkesiyle ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

#### *a. İş Kanunu'nun 5.Maddesinin Kapsamı*

İş Kanunu'nun 5.maddesinin yazım şekline bakıldığında, her ne kadar maddenin kenar başlığı “eşit davranma ilkesi” olsa da, maddede esas itibarıyla belirli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Maddenin mevcut düzenlemesi karşısında, Anayasa'nın 10. maddesinin kapsadığı ayrımcılık yasağı ile genel anlamda eşitlik ilkesinin İK 5.maddede bir arada bulunduğunu söylemek güçtür.

Daha açık bir ifadeyle maddenin yazım şeklinden işverenin cinsiyet, siyasal görüş ya da ırka dayalı olarak bir ya da birkaç işçi aleyhine sonuç doğuracak ayrımcı uygulamalar yapamayacağı çok net bir biçimde anlaşılmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine neden olacak bir fiili gerçekleştirmiş birçok işçiden hangilerinin iş sözleşmesinin feshedilebileceği, bu konuda bir sınırlama olup olmadığı madde metninden anlaşılamamaktadır.

Aynı şekilde temelinde ayrımcılık oluşturan bir nitelik bulunmayan farklı uygulamalar, örneğin işverenin bazı işçileri yurt dışı eğitimlere yollamasına rağmen aynı vasıflara sahip diğer bazı işçileri bu imkândan yararlandırmaması, bazı işçilere sürekli olarak fazla çalışma yaptırırken aynı işi gören diğer işçilerin hiç fazla çalışma yapmaması durumları İş Kanunu'nun 5.maddesinin yazım şekline sıkı sıkıya bağlı kalındığında çözüme kavuştur-

---

193 Süzek, 362; Tunçomağ/Centel, 134; Tuncay, Sempozyum, 22.

ulamayacaktır.

Dolayısıyla sormamız gereken soru şudur; işverenin eşit davranma borcu sadece maddede yazılı nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağın-  
dan mı ibarettir yoksa bunun yanı sıra aynı durumda olanlara aynı şekilde  
davranma, bu kişiler arasında keyfi olarak farklı uygulamalar yapmayı ya-  
saklayan genel anlamda eşit davranma borcu da var mıdır?

Öğretide, iş ve sosyal güvenlik hukukunda dar ve geniş anlamda eşit  
davranma ilkesi olduğu ifade edilmiş ve geniş anlamda eşit davranma il-  
kesinin iş ilişkilerinin tüm alanlarında geçerli iken dar anlamda eşit dav-  
ranma ilkesinin işverenin, iş sözleşmesinin tarafı olarak makul nedenler  
olmadıkça işçileri arasında ayırım yapmaması anlamına geldiği ileri sürül-  
müştür. Daha açık bir anlatımla eşit davranma ilkesinin işverene işçileri  
arasında keyfi ayırım yapmama (yapmama borcu) ve eşit durumdaki iş-  
çilere eşit davranma borcu (yapma borcu) yüklediği ifade edilmiştir.<sup>194</sup> Bu  
yöndeki bir tespit, yukarıda Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgili olarak ifade  
ettiğimiz ve bu maddede hem eşitlik ilkesinin hem de ayrımcılık yasağının  
düzenlenmiş olduğuna ilişkin genel kabul ile de uyumludur. Ayrımcılık ya-  
sağı ile ilgili olarak ise, yasanın lafzından “yapma” şeklindeki bir davranışın  
gerektiği sonucuna ulaşılabilirse de, işverenin hem yapma hem de kaçınma  
(yapmama) biçimindeki bir davranışla yasağa aykırılık yaratılabileceği söy-  
lenmiştir.<sup>195</sup>

Bu konuda biz de İş Hukuku'ndaki eşitlik ilkesinin hem işverenin belli  
nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağını hem de genel olarak aynı  
veya benzer durumda bulunan işçilere eşit şekilde davranma yükümlülüğü  
getiren çift yönlü bir ilke olduğu görüşünü benimsiyoruz. Ancak bu nokta-  
da İş Kanunu'nun 5.maddesinin mevcut hali ile sadece ayrımcılık yasağını  
düzenlediğini, bu maddede eşitlik ilkesinin aynı veya benzer durumda bu-  
lunan işçilere eşit davranmayı ifade eden ve “dar anlamda eşit işlem yapma  
borcu”<sup>196</sup> olarak adlandırılan boyutunun düzenlenmediğini söylemek gerek-  
mektedir.

194 Tuncay, 5-7, 121, aynı yazar, Sempozyum 24; Yüksel, 37-38; Mollamahmutoglu, 429-  
430; Yenisey, Fesihte Eşit Davranma, 60; Sözer, 189.

195 Mollamahmutoglu, 432; Yenisey, Metodoloji, 983.

196 Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 66.

**b. Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Bağlayıcılığı ve Dar Anlamda Eşit İşlem Yapma Borcu**

İş Kanunu'nun 5.maddesinde dar anlamda eşit işlem yapma borcu açıkça düzenlenmemiş olsa bile Anayasa'nın 10.maddesi gereğince eşit işlem yapma borcu iş hukuku alanında da geçerlidir. Günümüzde kabul edildiği üzere, Anayasa ilke ve kuralları sadece devlet-kişi arasında dikey düzeyde değil, kişiler arasında yatay düzeyde de uygulama alanı bulmaktadır. Anayasa'nın 11.maddesine göre "Anayasa hükümler, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Sonuç olarak Anayasa'nın 10.maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit işlem yapma borcu Anayasa'nın 11.maddesinin açık hükmü karşısında kişiler arasındaki ilişkilerde de bağlayıcıdır.<sup>197</sup>

Bu durum karşısında işverenin ayrımcılık yasaklarının yanı sıra dar anlamda eşit işlem yapma borcunun olduğu da kabul edilmelidir.<sup>198</sup> Dolayısıyla yapılacak bir kanun değişikliği ile İş Kanunu'nun 5.maddesinin "eşitlik ilkesi" başlığı altında hem dar anlamda eşit işlem yapma borcunu hem de ayrımcılık yasağını kapsayacak hale gelmesine kadar işverenin ayrımcılık yasağı dışında kalan dar anlamda eşit işlem yapma borcunun yasal dayanağı Anayasa'nın 10.maddesi olarak kabul edilmelidir.

Tebliğde, işverenin Anayasa ve İş Kanunu'nun 5.maddesinde yer alan ve temel insan hakları çerçevesinde korunan nedenlere dayalı olarak işçileri arasında farklı işlem yapma yasağını karşılamak üzere "ayrımcılık yasağı" terimini, işverenin temelinde ayrımcı bir sebep bulunmaksızın aynı veya benzer durumda olan işçilere eşit davranma yükümlülüğü ile ilgili olarak da "eşit işlem yapma borcu" terimini kullanacağız. Her iki boyutu da kapsayan üst kavram olarak ise "eşitlik ilkesi" tercih edilecektir.

**I. Ayrımcılık Kavramı**

"Bireyin iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan biyolojik özellikleri (cinsiyet, yaş, ırk, renk, özürlülük vs.) ya da değiştirmesi kendisinden bek-

---

197 Hirsch, 3 vd; Tanör, 249 vd; Öden, 156-157; Tuncay, 24-25; Süzek, 25.

198 1475 sayılı İş Kanunu döneminde de herhangi bir yasal düzenleme bulunmayan bu alanda Anayasa'nın 10.maddesi, 11.madde gereğince İş Hukuku'nda da uygulama alanı bulmaktaydı, bkz. Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 66

lenemeyecek, kişisel özgürlükler kapsamında koruma altına alınan özellikleri (felsefi inanç, din, medeni hal, sendikal faaliyet vs.) nedeniyle, benzer bir durumda, bu özelliği taşımayan bir diğer kişiye kıyasla hukuken haklı görülemeyecek, olumsuz bir farklı davranışa muhatap tutulması ayrımcılıktır.”

Ayrımcılık kavramı, olumlu ayrımcılık bir tarafa bırakılırsa her zaman için olumsuz bir davranışı akla getirmektedir. Ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak ikiye ayrılabilir. Doğrudan ayrımcılık, bir yasal düzenlemenin, idari bir işlemin ya da sözleşme hükmünün ayırım yasaklarına dayalı olarak açıkça farklı uygulama getirmesi, işverenin ayırım yasağı olarak değerlendirilen bir ölçüte dayalı olarak farklı işlem yapması durumlarını karşılamaktadır.<sup>199</sup> Dolaylı ayrımcılık ise görünüşte tarafsız bir ölçüde dayalı bir hükmün, uygulamanın ya da ölçütün sonuçlarının, belli bir gruba mensup kişileri diğerleriyle karşılaştırıldığında olumsuz etkilediği, ortaya çıkan bu olumsuz durumun da haklı bir gerekçeyle açıklanamadığı durumları ifade etmektedir.

Olumlu ayrımcılık<sup>200</sup> ise belli alanlarda az temsil edilen gruplara, fırsat eşitliğini sağlayabilmek için olumlu anlamda bazı ayrımcılıklar yapılmasını sağlayan program veya politikalarıdır. Olumlu ayrımcılık politikaları genellikle eğitim, istihdam, sağlık yardımları ve sosyal refah alanlarına öncelik vermektedir.<sup>201</sup>

## II. Eşit İşlem Yapma Borcunun Doğumu

İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve subjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır. Bu koşul eşitlik ilkesinin doğasından ileri gelmektedir. Eşitlik ilkesine göre yapılacak bir belirleme her zaman karşılaştırmayı zorunlu kı-

199 Selwyn, 107; Yenisey, 32, 41.

200 Affirmative action- Amerikan İngilizcesi; Positive discrimination-İngiliz İngilizcesi

201 [http://en.wikipedia.org/wiki/Affirmative\\_action](http://en.wikipedia.org/wiki/Affirmative_action)

lar. Dolayısıyla iş ilişkisi kurulmadan önceki dönemde bir kişinin, kendisine eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığı iddiasını ileri sürmesi durumunda karşılaştırma yapılacak diğer grup iş başvurusunda bulunan diğer adaylar mı olacaktır yoksa işyerinde çalışan işçiler mi olacaktır? İş için başvuran aday kendisinin işe alınmadığını ancak diğer adaylar içinden bir ya da birkaç kişinin işe alındığını ileri sürüyorsa burada sadece işverenin İş Kanunu'nun 5., Sendikalar Kanunu'nun 31., Özürlüler Kanunu'nun 14. ve Türk Ceza Kanunu'nun 122.maddeleri çerçevesinde ayrımcılık yapıp yapmadığı araştırılabilir. Bunun dışında işverenin, işe başvuran adayların tamamını işe almasını ya da tamamının iş başvurusunu reddetme anlamına gelecek mutlak bir eşit davranma borcundan söz edilmesi mümkün değildir. Bu yönde bir anlayış, sözleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturacaktır.

Eşitlik ilkesi, İş Hukuku'nda işverenin işçileri arasında keyfi ayırım yapmasını ve belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapmasını yasaklayarak işvereni sınırlamaktadır. İş Hukuku'nda işverenin eşit işlem yapma borcu yukarıda şekli eşitlik anlayışı ile ilgili olarak ifade edildiği gibi, her işçiye aynı şekilde davranılması yani mutlak eşitlik anlamına gelmez. Önemli olan işverenin aynı niteliklere sahip, aynı ya da eşit değerdeki işlerde çalışan işçiler arasında eşit davranmasıdır.

Bir başka deyişle, eşit işlem yapma borcu, haklı nedenler olduğu oranda işçiler arasında farklı davranılmasına izin vermekte, hatta bunu gerektirmektedir. Dolayısıyla İş Hukuku'nda da eşitlik ilkesi aynı veya benzer durumdaki işçiler arasında farklı işlem yapılmamasını amaçlamaktadır. İşçiler arasında haklı nedenler oldukça farklı işlem yapılabilmesi, işverenin eşit işlem borcunun, iş ilişkisinde işçinin kişiliğinin taşıdığı önemi arka plana itmediğinin de göstergesidir.<sup>202</sup> İşçiler arasında hangi nedenlere dayalı olarak farklı işlem yapılabileceği, anılan farklı işlemin eşit işlem yapma borcuna aykırı sayılıp sayılmayacağı her somut olayın özelliklerine göre belirle-

---

202 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, 152; Tunçomağ, 144; Tuncay, 121, aynı yazar, Sempozyum, 21; Süzek, 362; Ekonomi, 156-157; Taşkent, 83; Ulucan, 194, eşit işte çalışanlara eşit haklar sağlanmasını amaçlar; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 146; Güzel, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 56; Yenisey, Metodoloji, 977-979, 985, 996; Centel, 161-162; Tunçomağ/Centel, 133; Narmanlıoğlu, C.1, 247-248; Mollamahmutoğlu, 430; Alpagut, Özürlü Çalıştırma, 156; Demir, İş Hukuku, 125; Ertürk, 99-100; Keser, 63; Kaya, 48-49, aynı yazar, Makale, 147; Uşan, 1626-1627. ATAD da bu anlayışı, C-184/02 ve C-223/02 Spain and Finland v. Parliament and Council birleşik davalarında dile getirmiştir, Barnard, 315-316, dn.125.

nebilecektir. Örneğin işçinin kıdemi, eğitim derecesi gibi objektif özellikleri ya da çalışkanlığı, liyakati, yeteneği gibi subjektif özellikleri farklı işlem yapılmasını, somut olayın özelliğine göre haklı kılabilen bazı unsurlardır.<sup>203</sup>

Eşitlik ilkesinin, herkese her durumda aynı hakların verilmesi olarak algılanması durumunda, işveren tarafından herkesi içeren, ancak kötüde eşitleme anlamını taşıyan uygulamaların da hukuka uygun olarak kabul edilmesine kadar varan bir yoruma olanak sağlanmış olabilirdi. Ancak Anayasa'nın 10.maddesinin gerekçesinde demokrasinin vazgeçilmez üç ilkesinden biri olarak ifade edilen eşitlik ilkesinin temelinde insan onuruna saygı<sup>204</sup> bulunduğundan bu ilkenin her zaman olumlu koşullarda eşitliği hedeflediği<sup>205</sup> kabul edilmelidir.

İş hukuku öğretisinde işverenin eşit işlem yapma borcunun uygulanabilmesi için birtakım koşullar olduğu kabul edilmektedir. Daha açık bir anlamıyla, işverenin herhangi bir uygulamasının eşit davranma borcu açısından değerlendirilebilmesi için bu koşulların varlığı aranmaktadır. Bunlar işyerinde birlik, işyerinde işçi topluluğunun bulunması, aynı zaman dilimi içinde yer alan, kolektif bir uygulamanın bir ya da bir kısım işçinin aleyhine olmasıdır.

**İşyerinde birlik** koşuluyla anlatılmak istenen işverenin aynı işyerinde çalışan işçileri arasında eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğidir.<sup>206</sup> Bu koşulun günümüzde sadece işyeri düzeyinde anlaşılması yeterli olmayacaktır. Her şeyden önce eşit işlem yapma borcunun muhatabı olan işveren, yaptığı farklı uygulamayı objektif ve hukuka uygun biçimde haklılaştırabiliyorsa aynı işyerinde bulunan birimler arasında dahi farklı işlem yapabilecektir. Bunun tam tersi olarak da her ne kadar bir işletme bünyesinde yer alsalar da birbirleri ile oldukça benzer çalışma koşullarına sahip işyerlerinde de eşit işlem yapma borcu gereğince davranılması gerekecektir.

Dolayısıyla eşit işlem yapma borcunun uygulanacağı yer, organizasyon yapısından ziyade yapılan işin ve çalışma koşullarının benzerliği ile ortaya

203 Süzek, 362; Ulucan, 195-196; Barnard, 362-365.

204 Fransız Hukukunda ayrımcılığın insan onuruna saldırdığı için demokratik bir toplumda hoş görülemeyeceği ifade edilmiştir, Niort, 39-40.

205 Yenisey, Metodoloji,982.

206 Tuncay, 148-149; Tunçomağ, 145; Centel, 162; Tunçomağ/Centel, 134; Demircioğlu/Centel, 119; Mollamahmutoğlu, 433; Sözer, 190; Uşan, 1626; Kaya, 146-147.

çıkılmaktadır. Sonuç olarak bugün için, eşit işlem yapma borcunun işyeri düzeyini aşacak şekilde uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Kaldı ki Türk Hukukunda eşit işlem yapma borcunun sadece işyeri düzeyinde bağlayıcı olduğuna dair herhangi bir yasal zorunluluk bulunmamaktadır. Bu yönde bir zorunluluğa borcun teorik kaynaklarından da ulaşılması mümkün değildir. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından eşit işlem yapma borcu işletme düzeyinde geçerli bir borçtur.<sup>207</sup>

Türk iş hukuku öğretisinde aynı işverene bağlı olan farklı işyerlerinde çalışan işçilere karşı eşit davranma borcunun ancak bu işyerlerinde uygulanan çalışma koşulları arasında aynılık ya da benzerlik olması durumunda mümkün olabileceği, bu durumda işverenin bu işçiler sanki aynı işyerinde çalışıyorlarmış gibi eşit işlem yapma borcu altında olduğu açıklanmıştır. Bu konu ile ilgili olarak, aynı holding bünyesinde yer alan farklı şirketlerde çalışan işçiler ile ilgili olarak eşit işlem yapma borcunun bulunmadığı da ifade edilmiştir.<sup>208</sup> Aynı işyerinde çalışma koşuluna karşı ileri sürülen bir diğer istisnai uygulama ise İş Kanunu'nun belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçilere karşı ayrımcılık yapılmasını yasaklayan düzenlemelerinin emsal işçi tespiti için işkoluna atıf yapmış olması olarak gösterilmiştir.<sup>209</sup>

İşyerinde birlik kavramı çerçevesinde incelenmesi gereken bir diğer sorun ise *işyeri devridir*. Bir işveren, sahip olduğu işletme ya da işyeri ile aynı alanda faaliyet gösteren bir diğer işyerini devraldığında, devraldığı işyerindeki işçilere de kendi işyerlerinde uyguladığı çalışma koşullarını uygulamakla yükümlü müdür? Yoksa işyerinin devri durumunda devralan işveren devir aldığı tarihteki çalışma koşullarını aynen uygulamaya devam ederek aynı alanda faaliyet gösteren ve kendisine ait iki işyerinde farklı çalışma koşulları uygulayabilir mi?

İşyerinin devrini düzenleyen İş Kanunu'nun 6.maddesinin amacı işyerinin devri nedeniyle işçilerin durumunun kötüleştirilmemesidir. İşyeri devri

---

207 Yenisey, İşyeri ve İşletme, 102-106; Yıldız, 179-180.

208 Tuncay, 149, Sempozyum, 28.

209 Mollamahmutoğlu, 433-434; Kaya, 147-148; Yenisey, İşyeri ve İşletme, 106, yazar, bu düzenlemenin işyeri koşulunun mutlak bir ölçüt olmadığını ortaya koyduğunu ifade etmektedir; öğretilerde işkoluna yapılan bu atıfla ilgili eleştiri de yapılmıştır, bkz. Şahlanan, 4857 Sayılı, 80.

ile devralınan işyerindeki iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçmesi demek, devralan işverenin iş ilişkisinden doğan bütün hak ve borçlardan sorumlu olması demektir. Bu kapsamda olmak üzere, devralan işveren iş görme ediminin alacaklısı olduğu gibi ücret ödeme, gözetme borcu ve eşit işlem yapma borcunun da borçlusu haline gelir.<sup>210</sup>

İşverenin devraldığı işyerindeki işçiler ile aynı işkolunda, aynı işte, aynı çalışma koşulları altında kendisine ait olan diğer bir işyerinde ya da işyerlerinde çalışan işçilere eşit işlem yapma borcu altında olup olmadığını tespit etmeye yarayacak bir örnek olay kurgulamak yararlı olabilecektir.

Örneğin işverene ait olan bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri olması gerektiği gibi alınmış, işçiler teknolojinin alınmasına olanak sağladığı bütün önlemler alınarak iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı korunmuşlardır. İşverenin devraldığı işyerinde ise neredeyse hiçbir önlem alınmamıştır.

Eğer İş Kanunu'nun 6.maddesinin sadece devralınan işyerindeki işçilerin mevcut durumlarının korunmasını amaçladığını, bunun ötesinde işverenin diğer işyerlerinde uygulamakta olduğu çalışma koşullarına erişilmesine imkân sağlamadığı, bunun için yasal bir zemin hazırlamadığı kabul edilecek olursa bu durumda işverenin devraldığı işyerinde mevcut olan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri ile yetinmekte haklı görülebileceği de kabul edilmiş olur. Devralınan işyerinde meydana gelecek bir iş kazası ya da meslek hastalığında işverenin, anılan işyerini devraldığında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevcut durumun aynen korunduğunu, kendisinin de aynı koşullarla çalışmaya devam ettiğini, bu yüzden de herhangi bir kusurunun bulunmadığı yönündeki savunmasına İK 77 ve BK 332 karşısında geçerlilik tanınamayacağı açıktır. Sonuç olarak işveren yürürlükteki mevzuatın bir işverene yüklediği bütün sorumlulukları, kendi otoritesi altındaki bütün işyerlerinde yerine getirmek zorundadır.

Eşit işlem yapma borcu ile ilgili olarak ise işverenin aynı işkolunda, aynı işi, aynı çalışma koşulları altında yürüttüğü işyerinde uzun yıllardır işçilere Kurban Bayramı öncesinde kurban parası verdiğini, bu uygulamanın işyeri uygulaması haline dönüştüğü örneğinden incelememize devam edebiliriz.

---

210 Güzel, İşyeri Devri, 343.

Anılan iki işyerinin birbiriyle coğrafi olarak çok yakın ilişki içinde olduğu, hatta birbirine bitişik olduğunu da varsayabiliriz. İşveren devraldığı işyerinde, böyle bir uygulama olmadığından diğer işyerinde ödediği kurban parasını ödememiş, devralma tarihinden birkaç yıl sonra devraldığı işyerinden bir işçi askere gitmek için iş sözleşmesini feshetmiş ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. İşçi, kıdem tazminatının hesabına esas alınacak ücretine kendisine ödenmeyen, ancak bitişikteki işyerinde kendisiyle aynı işverene bağlı olarak, aynı işi aynı çalışma koşulları altında yapan diğer işçilere ödenen kurban parasının da eklenmesini de istemiş, bunun eşit işlem yapma borcu uyarınca gerekli olduğunu beyan etmiştir. İşveren devraldığı işyerinde de işçilere kurban parası vermek zorunda mıdır?

Bu sorunun cevabı eşitlik ilkesi ve İş Kanunu'nun 6.maddesinin birlikte değerlendirilmesinde gizlidir. Öncelikle İş Kanunu'nun 6.maddesinin amacının işyeri devirlerinde işçilerin haklarının ve iş sözleşmelerinin korunması, devir işlemine dayalı olarak işçilerin zarar görmelerinin önlenmesidir. Bu madde hiçbir şekilde devralınan işyerindeki işçilerin durumlarının iyileştirilmesine engel olarak yorumlanamaz.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alması konusunda verdiğimiz örnekte olduğu gibi devir tarihinden sonra devralan işverenin iş ilişkisinden doğan borçlardan sorumluluğunun sınırının belirlenmesinde işyerini ne şekilde iktisap ettiğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İK 6/3 devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olacakları borçları devir tarihinden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarla sınırlamıştır. Bunların dışındaki bütün alacak ve borçlar devralan işverene aittir.

Eşitlik ilkesi ise işverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçileri arasında keyfi ayırım yapmasını yasaklamaktadır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere eşit işlem yapma borcunun sadece işyeri seviyesiyle sınırlı tutulması anlayışından vazgeçilmektedir. Günümüzdeki çalışma ilişkileri incelendiğinde işyerinden ziyade uygulanan çalışma koşullarının esas alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. İşyeri devirlerine ilişkin 2001/23 sayılı AB direktifinin gerekçesinde yer alan her türlü ayrımcılığın önlenmesine ilişkin açıklamanın da bu görüşümüze başka bir temel oluşturduğunu düşünmekteyiz.

İşverenin eşit işlem yapma borcu, görüşümüze göre, aynı işverene bağlı

olarak, aynı işkolunda, aynı işi, aynı ya da benzer çalışma koşulları altında gören işçiler arasında bulunmaktadır. Dolayısıyla işveren tarafından devralınan işyerinde ya da kendisine bağlı diğer bir işyerinde, işverenin iradesine bağlı olarak uygulanan, yani özel bir Kanun'un uygulanmasından<sup>211</sup> veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir zorunluluğa dayanmayan, daha lehe koşullar tanıyan bütün uygulamalar, bundan yararlanmayan işçilerin çalıştığı işyerinde de eşit işlem yapma borcu uyarınca uygulanmalıdır.<sup>212</sup>

Eşit işlem yapma borcunun uygulanmasıyla ilgili olan ikinci koşul işyerinde **işçi topluluğunun bulunması**dır. Bu durum eşitlik ilkesiyle ilgili olarak yapılan değerlendirmelerde en az iki kişinin bulunması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.<sup>213</sup> Ancak konu ayrımcılık yasağı olduğunda işveren tek bir kişi dahi olsa ayrımcılık yapabilir.<sup>214</sup> Örneğin işyerinde çalışan tek işçinin cinsel tercihinin anlaşılmasından sonra işyerinde daha fazla çalışmasının istenmemesi durumunda, sadece bu kişinin iş sözleşmesinin 'cinsel tercihi nedeniyle' feshedilmesi ayrımcılık oluşturmaktadır. Bu örnekte işveren, cinsel tercihe yönelik olarak sahip olduğu önyargılar nedeniyle iş sözleşmesini feshetmektedir.

Bir diğer koşul ise, işverence işyerindeki işçi topluluğunu ilgilendiren **kollektif bir uygulama** yapılması gerektirir. Bu görüş uyarınca işverenin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince bir veya birkaç işçisine diğerlerinden farklı oranda haklar tanınması ya da ücret zammı uygulaması eşit işlem yapma borcu açısından değerlendirmeye tabi tutulamaz.<sup>215</sup> Bu koşula işverenin tek bir işçisine karşı diğerlerinden fazla oranda zam uygulayabileceğini, ancak bunun objektif açıdan haklılaştırılmadığı durumların eşit işlem yapma borcuna aykırı sayılacağını ifade ederek katılmadığımızı

211 Özelleştirme kapsamında devralınan işyerlerindeki farklı çalışma koşulları aynen varlığını sürdürebilir çünkü burada birleşmenin esasları işverenin iradesi dışında, bu konudaki mevzuata dayalı olarak oluşturulmaktadır.

212 Yıldız, 181-185.

213 Tuncay, 128, 149, Sempozyum, 24-25; Demircioğlu/Centel, 119; Centel, 162; Yenisey, 46, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 62; Mollamahmutoğlu, 434; Sözer, 190; Kaya, 148.

214 Pélissier/Lyon-Caen/Jeamnaud/Dockès, 256; Alpagut, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 94.

215 Tuncay, 138-139, 149-150; Sempozyum, 28; Centel, 162-163; Mollamahmutoğlu, 434-435; Sözer, 190; Ertürk, 104 dn 102; Uşan, 1626; Kaya, 150.

belirtmekle yetiniyoruz.<sup>216</sup>

Dördüncü koşul ise işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığı iddiasında karşılaştırılacak uygulamaların **aynı zaman diliminde** yer almasıdır.<sup>217</sup> Eşit işlem yapma borcuna aykırı davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde zaman ölçütünün önemli bir işlevi olduğu, işçinin aynı zaman diliminde gerçekleşmiş olan olgulara dayalı olarak hak talep edebileceği görüşüne ilke olarak katılıyoruz. Ancak aynı zaman dilimi kavramından neyin anlaşılması gerektiği de ortaya konmalıdır. Bu kavram hiçbir zaman aynı gün ya da aynı hafta gibi kısa bir dönemi karşılayacak kadar dar yorumlanmamalıdır. Kanaatimizce, işyerinde karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının aynı şekilde devam ettiği süre içinde gerçekleşen uygulamaların “aynı zaman dilimi” içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Madem ki eşitlik ilkesi, aynı veya benzer durumdaki kişilere haklı bir neden olmaksızın farklı davranılmasını yasaklamaktadır, aynı çalışma koşulları altında çalışmış olan, eşit veya eşit değerde işi aynı verimle yapmış olan, kişisel özellikleri açısından da aynı kabul edilen kişilerin muhatap kaldıkları uygulamaların karşılaştırılması gerekmektedir. Aynı çalışma koşulları ne kadar süre devam etmiş olursa olsun bu sürenin anılan kişiler açısından aynı zaman dilimi içinde gerçekleştiği kabul edilmelidir.

İşverence yapılan bir uygulamanın, işyerinde **bir kısım işçinin aleyhine** olması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>218</sup> Burada uygulamadan olumsuz etkilenen işçi sayısı önem taşımamaktadır. Tek bir işçi dahi aleyhe etkilenmişse ve işveren bu durumu haklılaştıramıyorsa burada eşit işlem yapma borcuna aykırılıktan söz edilmelidir.

Eşit işlem yapma borcu ile ilgili olarak ifade edilen son koşul ise taraflar arasında **iş ilişkisinin kurulmuş olmasıdır**.<sup>219</sup> İşveren sadece kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilere karşı eşit işlem yapma borcu altındadır. Burada özellik arz eden durum işyerinde alt işverenin varlığı durumudur. Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunma-

---

216 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, 187-189.

217 Tuncay, 150; Sempozyum, 28-29; Sözer, 190; Uşan, 1626.

218 Tuncay, 138, Sempozyum, 29; bu yöndeki görüş ve buna karşı ileri sürülen eleştirilerle ilgili olarak ayrıca bkz. Ertürk, 100-101.

219 Tuncay, 148 vd, Sempozyum 28-29; Tunçomağ, 145; Centel, 163.

maktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Buraya kadar söylediklerimiz elbette asıl işveren-alt işveren ilişkisinin yasanın öngörmüş olduğu koşullara uygun şekilde kurulmuş olması durumu için geçerlidir. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa Kanun'un açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir.<sup>220</sup>

### **III. Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağının Hüküm ve Sonuçları**

#### **A. İş İlişkisinin Kurulmasında Ayrımcılık Yasağı**

İş ilişkisinde ayrımcılık yasağı, iş ilişkisinin kurulması aşamasından başlayarak, iş koşullarının oluşturulması, işin yürütümü ve iş ilişkisinin sona erdirilmesinde işvereni sınırlamaktadır. Başlıca ayrımcılık nedenleri cinsiyet, cinsel tercih, din, inanç, felsefi ve siyasi düşünce, ırk, etnik köken, yabancılık, özürllülük durumu, sendikal nedenler, sağlık durumu ve yaş olarak sayılabilir. Bunların yanı sıra cinsel tacizin ve olayın özelliğine göre psikolojik tacizin de ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi gerekebilir.<sup>221</sup> Aynı şekilde işveren iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak da çalışanlar arasında ayrımcılık yapamaz.

Türk İş Hukuku'nda yukarıda sayılan sebeplerin tamamı İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenmemiştir. Örneğin 2000/78 sayılı direktifin konusunu oluşturan cinsel tercihe ya da yaşa dayalı ayrımcılık yapılamayacağı maddede açıkça ifade edilmemesine rağmen "benzer sebepler" ifadesi sayesinde bu nedenlere dayalı ayrımcılık yapılamayacağı da savunulabilmektedir.

İş Kanunu'nun 5.maddesi incelendiğinde ise üçüncü fıkrada işverenin işe alma aşamasında cinsiyet nedeniyle doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapamayacağının hükme bağlandığı görülmektedir. Benzer bir hüküm Özürllüler Kanunu'nun 14.maddesinde de yer almaktadır. Anılan madde

220 Yıldız, 193; Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz Y9HD, , 27.3.2006, 4860/7479, Legal İSGHD, C.3, S.11, 1024-1026.

221 Ayrımcılık nedenleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, 88 vd.

uyarınca “İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürhümlerinin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan özürhümlerinin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğerk kişilerden farklı muamelede bulunulamaz...”

İş alma aşamasında ayrımcılığın yasaklandığı bir diğerk durum ise Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesidir. Bu madde uyarınca “İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliğı muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağı tutulamaz.”

Ayrımcılık yasağı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122.maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürhümlük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağılayan,...Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

Konuyla ilgili Avrupa Birliğı direktiflerinde de ayrımcılık yasağının iş alma aşamasından itibaren hüküm ve sonuç doğuracak şekilde düzenlendiğı görölmektedir. Fransız İş Kanunu'nda ayrımcılık yasakları ilk olarak 1982 yılında L.122-45. madde olarak düzenlenmiş ve yıllar içinde pek çok kez değışikliğe uğramıştır. Fransız İş Kanunu'nda ayrımcılık yasağına L.1132-1. maddede<sup>222</sup> yer verilmiştir. Madde iş ilişkisinin kurulmasından başlayarak, işin yürütümü (ücret, terfi, iş sözleşmesinin yenilenmesi vs.) ve iş ilişkisinin sona erdirilmesi aşamalarında doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Konuyla ilgili AB direktiflerinde sadece istihdam alanında değıl mesleki eğitimde de ayrımcılık yasaklandığından, maddenin kapsamına staj başvuruları ya da işyerinde gerçekleşecek herhangi bir mesleki eğitime giriş aşamasında yapılan ayrımcılık da dâhildir. Bu madde uyarınca bir kişinin milli kökeni, cinsiyeti, inançları, cinsel tercihi, yaşı, medeni durumu, hamileliğı, genetik özellikleri, gerçek ya da varsayımsal olarak belli bir etnik kökene, millete, ırka mensup olup olmaması, politik görüşü, sendikal faaliyetleri, dini inancı, fiziki görünümü, ailevi kökeni, sağlık durumu ve özürhümlük durumuna dayalı olarak ayrımcılık yapılamaz. Fransız Hukukun-

---

222 Fransız İş Kanunu ile ilgili olarak bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

da ayrımcılık suçu Ceza Kanununda düzenlenmiştir. Buna göre milli köken, cinsiyet, medeni durum, hamilelik, fiziki görünüm, soyadı, sağlık durumu, özürlülük durumu, genetik özellikler, inançlar, cinsel tercih, yaş, politik görüş, sendikal faaliyet, gerçek ya da varsayımsal olarak belli bir etnik kökene, millete, ırka veya dine mensup olup olmamaları durumlarına dayalı olarak ayrımcılık yapılması suçtur (L.225-1). Bu nedenlere dayalı olarak işe almama, iş ilişkisinde cezalandırma (olumsuz davranışa muhatap tutma) ya da işten çıkarma durumunda yaptırım olarak 3 yıla kadar hapis ve 45.000 € tutarında bir tazminat öngörülmüştür (L.225-2). Cinsiyetle ilgili olarak, yapılacak işin özelliği gereği belli bir cinse mensup birinin istihdamı gerekiyorsa, İş Kanunu'ndaki hükümlere uygun olmak kaydıyla, bu durumun ayrımcılık yaratmayacağı da ifade edilmiştir (L.225-3)<sup>223</sup>. İş müfettişleri yaptıkları denetimlerde, İş Kanunu'nun L8112-2.maddesi uyarınca ayrımcılık oluşturan durumları da tespit etmekle görevlidirler.

Sonuç olarak ayrımcılık yasağı, taraflar arasında henüz bir iş ilişkisi kurulmadan önce, daha sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkmaktadır. İşe alma aşamasında ayrımcılık, İş Kanunu'nun 5.maddesinde cinsiyet ve gebelik, Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesinde sendikal nedenler, Özürlüler Kanunu'nun 14.maddesinde özürlülük durumu ve Türk Ceza Kanunu'nun 122.maddesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak açıkça yasaklanmıştır.

İş ilişkisi kurulduktan sonra da devam eden ayrımcılık yasağının yanı sıra işveren bu aşamadan sonra işçileri arasında, iş ilişkisinden doğan bütün hak ve borçlarla ilgili olarak eşit işlem yapma borcu altındadır.

Dolayısıyla eşit işlem yapma borcu ancak iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ve işvereni keyfi uygulamalar yapmaktan alıkoyan bir borçtur. Buna karşılık ayrımcılık yasağı iş ilişkisi kurulmadan önce, işe alma aşamasından iş sözleşmesinin feshedilmesine kadar her alanda geçerli olan, işvereni işçinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi beklenemeyecek özelliklerinden dolayı, bu kişiye karşı diğer işçilerine oranla daha kötü bir davranışa muhatap tutmaktan alıkoyan bir hukuki kurumdur.

223 <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimpleArticleCode?code=CPENALLL.rcv &art=225-2&indice=1>

İş Kanunu'nun 5.maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “iş sözleşmesinin yapılmasında” cinsiyet ve gebelik nedeniyle farklı işlem yasağı açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak maddenin ilerleyen fıkraları, işverenin iş görüşmeleri sırasında cinsiyet nedeniyle yaptığı ayırım sonucunda uygulanacak yaptırımını belirtmemektedir. İş Kanunu'nun 5.maddesinin yaptırım ile ilgili fıkrası şu şekildedir “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.” Bu düzenlemenin lafzına bakıldığında ayrımcılık tazminatının sadece “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır.

Burada maddenin düzenlenmesi açısından bir eksiklik söz konusudur. Maddenin üçüncü fıkrası cinsiyet ya da gebelik nedeniyle iş sözleşmesinin yapılmasında doğrudan veya dolaylı ayrımcılığı açıkça yasaklamış, buna karşılık yaptırımı düzenleyen altıncı fıkra ayrımcılık tazminatını sadece iş ilişkisinde veya sona ermesinde yapılan ayrımcılığa özgülemiştir. Maddenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda, üçüncü fıkranın iş sözleşmesinin yapılmasında ayrımcılığı yasaklamış olması sadece kağıt üstünde kalacak, bu yasağa aykırı davranan işveren herhangi bir yaptırıma tabi olmayacaktır. Görüşümüze göre maddenin beşinci fıkrasında iş sözleşmesinin kurulması aşamasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması halinin de açıkça ifade edilmesi gerekmektedir. Bu sayede, maddenin üçüncü fıkrasında yasaklanmış olan ayrımcılık bir anlam taşıyacaktır.

Madde metninde sadece “iş ilişkisinde” kavramının kullanılmış olmasının AB müktesebatı ile uyum açısından da sakıncalı olduğu, maddede yapılacak bir değişiklikle “iş ilişkisinin kurulmasında, iş ilişkisinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde” ibaresinin eklenmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir.<sup>224</sup> Yabancı hukuk sistemlerine baktığımızda da hamilelik nedenine dayalı olarak korumanın iş ilişkisinin kurulmasından önce adaylık durumunda başladığı görülmektedir. Örneğin Fransız İş Kanunu'nun L.1225-1.maddesi uyarınca işverenler, hamilelik durumuna dayalı olarak bir kişinin işe alın-

---

224 Süral, Değerlendirme, 53; Alpagut, Özürlü Çalıştırma, 155, yazar haklı olarak maddenin bu şekliyle sadece iş ilişkisinin devamı ve sona erdirilmesinde ayrımcılık yapılmasını yaptırma bağlamış olmasının AB uyum sürecinde sorun yaratacağını belirtmektedir; Bakırcı, Cinsiyetler Arası Eşitlik, 26.

masını reddedemezler.<sup>225</sup>

Sözleşme görüşmeleri sırasında iş için başvuran kadın adaya, yapılacak iş için esaslı bir neden olarak değerlendirilemeyen, medeni durumu, hamile olup olmadığı, çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediği gibi sorular sorulması özel yaşama müdahalenin<sup>226</sup> yanı sıra cinsiyete dayalı ayrımcılık da oluşturur. Ancak, yapılacak işin konusu veya niteliği gereği işverenin adaya hamile olup olmadığını sormasını haklılaştırabilir. Öğretide, yapılacak işin niteliğinin hamilelikle bağdaşmadığı durumlarda, örneğin mankenlik, spor öğretmenliği gibi, adayın kendiliğinden hamile olduğunu açıklamak zorunda olduğu da ifade edilmiştir.<sup>227</sup> Bu durumlardan başka, radyasyon tehlikesi bulunan işlerde, adaya hamile olup olmadığını sorulması cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir.<sup>228</sup>

İşveren, yapılacak işin niteliği gereği belirli süreli iş sözleşmesi akdetmek istiyorsa, bu takdirde de adaya hamile olup olmadığını sorması ayrımcılık oluşturmayacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, işveren almış olduğu bir projenin bilgi-işlem hizmetlerini yürütmek için sekiz ay süreyle işçi çalıştırmak istiyorsa, bu pozisyon için başvuran kadın adaylara hamile olup olmadıklarını sorabilmelidir. Burada işverenin iş sözleşmesini yapma amacı sekiz ay süre ile belli bir işin kesintisiz yürütülmesidir. Dolayısıyla işin niteliğinden kaynaklanan ve haklı görülebilecek bir nedene dayalı olarak bu yönde bir soru sorulmaktadır. Yapılacak iş veya iş için kullanılacak bir madde anne ya da bebeğin sağlığı açısından tehlike oluşturacak nitelikte ise işverenin iş görüşmesi sırasında adaya hamile olup olmadığını sorması da makul, hatta gerekli kabul edilmelidir.

İş ilişkisinin kurulmasında cinsiyete dayalı ayırım yapıp yapılmadığının

225 Bu konuda bkz. Verdier/Cœuret/Souriac, 12, 133; Pélissier/Supiot/Jeamnaud, 450 vd.

226 Eyrenci, 251, 253-255; Verdier/Cœuret/Souriac, 12; Sevimli, 156; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, 155, yazar bu sorulara aday tarafından doğru yanıt verilmesi dahi herhangi bir hukuki sonucun doğmayacağını ifade etmektedir.

227 Eyrenci, 255.

228 Yüksel, 156 -159; Tuncay, Sempozyum 34; Keser, 65; Ertürk, 68-71; Amerikan hukukunda verilen çeşitli tarihli kararlarda hamile hosteslerin uçuşlarına yasak getirilmesi haklı bir uygulama olarak kabul edilmiş, bu uygulamanın cinsiyete dayalı ayrımcılık olmadığı sonucuna varılmıştır, bkz Sullivan/Zimmer/White, V.1, 215, dn.225; Estreicher/Harper, V.1, 346.

belirlenmesinde, söz konusu işe erkek adayların da başvurmuş olması, işe erkek adayın alınmış olması her zaman aranmaz. İş ilanına tek bir aday başvurmuşsa ve bu aday da kadın ise işverenin sözleşme görüşmeleri sırasında adaya kadın işçi istihdam etmeyeceğini belirtmesi de doğrudan ayrımcılık oluşturur.<sup>229</sup>

İş ilanlarında belli bir yaşı aşmama ya da belli bir yaşın üstünde olma gerekliliği de yer alabilir. Bu konuda öğretileri sürülen bir görüşe göre, iş ilişkisinin kurulması aşamasında, işverenin belli bir yaş koşulu öngörmesi, sözleşme özgürlüğü gereğince mümkündür. Çünkü bu dönemde işverenin sözleşme özgürlüğünün üstünlüğü bulunmaktadır.<sup>230</sup>

Konuyla ilgili AB direktifinin ilgili maddesine bakıldığında da bunun mümkün olduğu görülmektedir. 2000/78 sayılı direktifin 6.maddesi uyarınca üye devletler, ulusal hukuklarında, objektif ve haklı bir gerekçe ile hukuka uygun bir amaca ulaşmak için yaşa dayalı olarak farklı uygulama yapılmasının ayrımcılık yaratmayacağına dair düzenleme yapabileceklerdir.

İstihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim amaçları farklı uygulama yapılmasında objektif, haklı ve hukuka uygun amaçlar olarak değerlendirilecektir. Ancak bu alanlardaki amaçlara ulaşmak için izlenen yöntemin de uygun ve gerekli olması gerekmektedir. Gereklilikten anlaşılması gereken söz konusu istisna hüküm olmaksızın ulaşılmak istenen amaca erişilemeyecek olmasıdır.<sup>231</sup> Anılan özellikleri taşıyan bir farklı uygulamanın neleri içerebileceği de örnekleyici olarak düzenlenmiştir. İşe giriş ya da iş ilişkisine bağlı olan bazı hakların elde edilmesi ile ilgili olarak asgari yaş, mesleki tecrübe ya da kıdem süresi şartları öngörülmesi de mümkündür (2000/78, 6/1,b).

İş görüşmeleri sırasında, işe en uygun adayın bulunabilmesi amacıyla adaylara bazı sorular sorulmakta ve/veya bir takım testler<sup>232</sup> uygulanmaktadır. Burada önem taşıyan nokta, ayrımcılık yapıldığının iddia edilmesi durumunda, işverenin sorduğu soruların ya da uyguladığı testlerin, görülecek

---

229 Yüksel, 101.

230 Tuncay, Sempozyum, 43.

231 European Commission, Annual Report 2005, 10; ayrıca bkz. European Commission, Combating Discrimination, 17.

232 Bu kapsamda sorulacak sorular, uygulanacak testler ve sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eyrenci, 250 vd; Sevimli, 151 vd.

işin gereklerine uygun olması, söz konusu soruların ya da testlerin haklılaştırılmasında, bunların “işin gereği” olduklarının ortaya konulabilmesidir. İş görüşmeleri sırasında, sorulacak sorular yapılacak iş ile ilgili, işçinin bilgi verme yükümlülüğü de yine iş ilişkisi gereğince işverenin açıklama beklemesinin haklı görülebildiği hallerle sınırlı olmalıdır.<sup>233</sup>

İş görüşmeleri sırasında işveren işçiye cinsel tercihi, dini inançları, siyasi görüşleri ile sendikaya üye olup olmadığı hakkında da herhangi bir soru yöneltemeyeceği gibi işçiden bu yöndeki düşüncelerini açıklaması da beklenemez.<sup>234</sup> Bu soruların sorulması Anayasa'nın 24.(din ve vicdan hürriyeti), 25.(düşünce ve kanaat hürriyeti) ve 67.(seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları) maddeleri ile ve genel anlamda kişilerin özel yaşamlarını güvence altına alan maddeler ile yasaklanmıştır. Bu konularla ilgili olarak iş başvurusunda bulunan aday da açıklama yükümlülüğü altında değildir. Genel kuralın istisnası ise söz konusu işin yürütümü açısından belli bir dine, siyasi görüşe ya da cinsel eğilime sahip olmanın objektif açıdan gerekli olması halidir. Örneğin bir eşcinsel derneğinde ya da belli bir siyasi partide çalışmak için başvuran adaylara cinsel tercihi ya da politik görüşü hakkında soru sorulabilir.<sup>235</sup>

İş ilanında açıkça erkek adayların işe alınacağı ya da diğer ayrımcılık nedenlerinden birinin ölçüt olarak kullanıldığı durumlarda bu ilanlar ile ilgili olarak TCK 122.madde uyarınca suç duyurusunda bulunulması mümkündür. Bunun yanı sıra işveren ya da işveren vekili sözleşme görüşmeleri sırasında ayrımcılık yaparak adayı işe almamışlarsa, aday ayrımcılığa uğradığı iddiası ile dava açabilir. Burada işverenin sorumluluğu *culpa in contrahendo* esasına dayalıdır. Durum böyle olunca İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenmiş olan hafifletilmiş ispat yüküne ilişkin kuralların bu davada da uygulanması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, davacı taraf, ayrımcılığa uğradığı yönünde maddi olguları ortaya koymalı, işveren ise yapılan

233 Yüksel, 150-152; aynı yazar, 166-168, işe alma aşamasında uygulanacak testlerin niteliklerini ve bunların cinsiyete dayalı ayrımcılık yaratmayacak bir içeriğe sahip olmamaları gerektiğini ifade etmiştir; Sözer, 190; Sevimli, 152, yazar, iş sözleşmesiyle üsteleneceği işi görmesine önemli ölçüde aksatacak ya da imkansız kılacak olguların aday tarafından açıklanması gerektiğini ifade etmektedir.

234 Eyrenci, 256-257; Tuncay, Toplu İş Hukuku, 71-72; Ertürk, 64-65, 72.

235 Sözer, 191.

uygulamanın temelinde ayrımcılığın bulunmadığını, aksine objektif ve haklı gerekçelere dayalı olduğunu ispat etmelidir.

Sonuç olarak, işverenler iş ilanı verirken, iş görüşmelerini yürütürken ve hangi adayı işe alacaklarına dair kararlarını oluştururken ayrımcılık yapmamakla yükümlüdürler. Ayrımcılık nedenlerinden herhangi birine dayalı olduğu iddia edilen bir uygulama ile ilgili olarak işveren, söz konusu ölçütün yapılacak iş açısından gerekli olduğunu, bu ölçütün aranmasının hukuken meşru görülebileceğini ortaya koyabiliyorsa, ayrımcılıktan söz edilemez.

İşverenin iş sözleşmesinin kurulması sırasında ayrımcılık yaptığı durumlarda ortada henüz bir sözleşme olmadığından, tazminatın belirlenmesinde benzer işte çalışanların aldığı ücret ve yoksun kaldıkları haklar ölçü alınmalıdır.<sup>236</sup>

Adayın maruz kaldığı ayrımcılığın şiddetine göre, gerekli koşulların oluşması halinde, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat, koşulları oluşmuşsa genel hükümlere göre maddi tazminat da talep edilebilir.

### **B. İşin Yürütümünde Eşitlik İlkesi**

İş ilişkisi kurulduktan sonra işveren, çalışma koşullarında, yükselme ölçütlerinde,<sup>237</sup> işyerinde uygulanacak disiplin cezalarında,<sup>238</sup> işçilere ödenecek ücretlerde veya sağlanacak maddi menfaatlerde ya da eğitim verilmesi gibi işçiye ek birtakım nitelikler kazandıracak uygulamalarla ilgili olarak yönetim hakkının kullanılmasında, ayrımcılık yasağına aykırı hareket edemeyeceği gibi haklı nedenler olmadıkça, işçiler arasında keyfi ayırım yapamaz.<sup>239</sup>

---

236 Tuncay, 155, Sempozyum, 34-35; Süzek, 363; Taşkent/Eyrenci/Ulucan, 145; Eyrenci, sözleşme görüşmelerinde kusur ve sorumluluk için bkz. 241; aynı yazar, Yeni Düzenlemeler, 23; Yüksel, 334 vd; Yenisey, 69.

237 Tuncay, 167-168.

238 Disiplin cezalarının uygulanmasında eşit işlem yapma borcu için bkz. Tuncay, 167; Pélissier/Supiot/Jeamnaud, 1008-1009; Ekonomi, 157; Süzek, 365; Narmanlıoğlu, C.1, 249; Özdemir, 258, disiplin cezalarında mutlak olarak eşitliğe uymak zorunda olunmadığı yönünde görüş beyan etmiştir.

239 Taşkent, 83; Ekonomi, 157; Süzek, 365; Yüksel, 176-185, yazar 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde işverenin kadın işçinin işini değiştirmesinin bireysel nitelikli bir işlem olduğu için eşit davranma ilkesine aykırılık olarak nitelendirilemeyeceğini ancak işçiye İK 16/II,e uyarınca haklı nedenle fesih hakkı verdiğini ifade etmiştir. Yukarıda çeşitli yerlerde ifade ettiğimiz üzere, eşit davranma ilkesinin işverenin topluluğa yönelik bir uygulaması ya da kararında ortaya çıktığı, bunun aksine bireysel nitelikli işlemlerde bu borcun söz konusu olmadığı görüşüne katılmıyoruz. Nitekim bu görüşü ifade eden yazarlar

Örneğin işveren aynı ya da eşit değerde iş gören kadınlar için erkeklerden daha düşük ücret zammı kararlaştıramaz ya da sadece sendikalı işçilere fazla mesai yaptırılmaz.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, oldukça yeni tarihli bir kararında iş ilişkisi devam ederken gerçekleşen bir cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak son derece isabetli bir karar vermiştir. Karara konu olan olayda yönetici pozisyonunda çalışırken doğum iznine ayrılan bir işçi, doğum izni bittikten sonra işverence daha alt bir pozisyonda çalıştırılmak istenmiştir. İşveren, bu talebin gerekçesi olarak davacının doğum iznine ayrılmadan önce yürüttüğü yöneticilik görevine başka birinin getirilmesini ileri sürmüştür. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi ise konuyla ilgili AB direktifi olan 2006/54 sayılı direktifin doğum izninden dönüğe ilişkin maddesine de atıf yaparak, davacı işçi lehine bir karar vermiştir. Kararda "...Davacı kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası kullandığı yasal izinlerden dolayı ortaya çıkan iş gücü açığının yeni bir işçiyi izin süresine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak yahut işyeri personellerinden birini geçici olarak görevlendirmek suretiyle doldurulması mümkündür. Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kullanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir..." ifadeleri yer almaktadır.<sup>240</sup>

İşin yürütümünde toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ya da iç yönetmelik gibi yazılı kaynakların yanı sıra işverenin yönetim hakkı son derece önem taşımaktadır. Bilindiği üzere kaynaklar hiyerarşisinin en altında yer alan işverenin yönetim hakkı diğer kaynaklar tarafından sınırlanmaktadır. Yönetim hakkı, hakkında hiçbir düzenleme bulunmayan alanlarda doğmaktadır.<sup>241</sup> Eşit davranma borcu işverenin yönetim hakkının sınırlarından biri olarak kabul edilmektedir. İşveren, yönetim hakkını kullanırken de eşit işlem yapma borcuna uygun davranmalıdır. Daha açık bir söyleyişle, işveren

---

da bazı durumlarda işverenin tek bir işçiyi muhatap alan uygulaması ile de eşit davranma ilkesine aykırı davranabileceğini söyleyerek kendi görüşlerine istisna tanımaktadırlar. Buradaki esas sorun, ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkesinin farkının tam anlamıyla ortaya konulamamış olmasıdır.

240 Y9HD, 23.6.2008, 41015/17093.

241 Süzek, 60-61, 64; aynı yazar, Yönetim Hakkı, 225, 229-232; Ekonomi, 32, aynı yazar, 2002 Yılı Karar Değerlendirmesi, 36; Çelik, 111-112; Taşkent, 81 vd; Soyer, 1997 Yılı Karar Değerlendirmesi, 24; Aydın, 59.

yönetim hakkını kullanırken (tek taraflı işlem yaparken) keyfi ya da kötü niyetli olarak hareket edemez.<sup>242</sup> Örneğin işveren, yönetim hakkını kullanırken Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesiyle güvence altına alınmış olan sendikal özgürlüklere aykırı davranamaz.<sup>243</sup>

İşveren, yönetim hakkını kullanırken işin görülmesine ya da işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar vermektedir. Örneğin işin başlangıç ve bitiş saatleri, yıllık ücretli izinlerin kullanılma zamanlarının belirlenmesi işin yürütümüne ilişkin talimatlardır. İşyerine giriş-çıkışlarda uyulacak kurallar, araç park yerlerinin kullanımı ya da işyerinde sigara içilmesine ilişkin talimatlar da işçilerin davranışlarına yönelik talimatlardır.<sup>244</sup>

İşveren, işyerinde uyulması gereken kurallar konusunda da işçiler arasında eşit işlem yapma borcuna uygun davranmakla yükümlüdür. Örneğin kapı kontrolü yapılacaksa, bu kontrole tabi tutulacak işçileri keyfi olarak belirlememeli, aynı durumda olan bütün işçiler aynı uygulamaya tabi olmalıdır.<sup>245</sup>

İşverenin vereceği her talimat öncelikle yönetim hakkının sınırlarına uygun olmalıdır. İşverence verilen talimatların geçerli ve hukuka uygun olabilmesi için buna ek olarak ayrımcılık yasağına ve eşit işlem yapma borcuna da aykırı olmamaları gerekmektedir. Örneğin işveren sendikalı işçilerin yıllık ücretli izinlerini kullanmak istedikleri zamana ilişkin taleplerini hiç dikkate almıyor ancak sendikasız işçilerin bu yöndeki taleplerine uygun şekilde izin kullanıyorsa burada sendikal nedene dayalı ayrımcılık yaptığı kabul edilmelidir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı temel insan hakkı olarak değerlendirildiğinden bunlara aykırılık taşıyan her talimat BK 19 ve 20.madde hükümleri uyarınca geçersiz sayılmalı<sup>246</sup>, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmalıdır. İşverenin hukuka aykırı talimatını yerine getirmeyen işçiye karşı da

---

242 Taşkent, 83-84, 88-89; Tuncay, 157-159; Süzek, 365; Narmanlıoğlu, C.1, 249; Tunçomağ, 146; Centel, 163-164; Tunçomağ/Centel, 136; Yüksel, 176; Yenisey, 46; Ertürk, 108.

243 Şahlanan, 213.

244 Süzek, 61; Ekonomi, 32; Taşkent, 68-69; Mollamahmutoğlu, 358.

245 Tuncay, 166; Süzek, 365; Çelik, 180; Taşkent, 88, 111; Mollamahmutoğlu, 359; Özdemir, 258, yazar bu gibi durularda eşit işlem yapma borcunun mutlak bir anlam taşıdığını ifade etmektedir; Aydın, 130.

246 Süzek, 65-66; Hukuka aykırı talimatlar konusunda bkz. Taşkent, 78-79.

herhangi bir yaptırım uygulanamaz.<sup>247</sup>

Ayrımcılık yasağı ve eşit işlem yapma borcu ile ilgili olan 2000/43 (m.2/4) ve 2000/78 (m.2/4) sayılı direktiflerde, ayrımcılık yapılmasına dair verilen talimat da ayrımcılık kapsamında düzenlenmiştir. Yürürlükte bulunan mevzuatımızda, AB direktiflerinde olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmasa da işverenin hukuka aykırı talimatlarının geçersiz olduğu yolundaki görüş, işveren tarafından ayrımcılık yapılmasına dair verilen talimatla ilgili olarak da geçerlidir. Örneğin işveren, işçiye izin verme yetkisi olan ya da işyerinde terfi için gerekli olan meslek içi eğitimlere kimlerin katılacağına karar verme yetkisi bulunan bir işveren vekiline, söz konusu kararları verirken kadınları ya da belli bir politik görüşe sahip olanların başvurularını dikkate almamasına yönelik talimat vermiş olabilir. Bu talimat ayrımcılık yasağına aykırı olduğundan hukuka aykırıdır ve muhatap olan işveren vekili bu talimatları uygulamakla yükümlü değildir. Anılan talimatları uygulamadığı gerekçesi ile işveren vekiline herhangi bir yaptırım uygulanamaz. Şayet bu nedene dayalı olarak işveren vekilinin iş sözleşmesi feshedilirse, bu fesih duruma göre haksız, geçersiz ya da kötü niyetli fesihtir.

İşveren işin yürütümünde aynı veya benzer nitelikteki işçiler arasında bazı gruplandırmalar yapabilir. Örneğin çalışma saatlerinin üç vardiya halinde düzenlenmesi, ücret zamları için farklı gruplandırmalar yapılması ya da mesleki eğitim programlarına yönlendirme, yönetici pozisyonları için açılacak sınavlara başvurma koşullarının belirlenmesi gibi konularda yönetim hakkı gereğince düzenlemeler yapabilir. Burada önem taşıyan nokta işverenin söz konusu gruplandırmaları yaparken ya da ölçütleri belirlerken *keyfi* davranmamasıdır.<sup>248</sup>

### 1. Ücretlerin Belirlenmesinde Eşitlik İlkesi

İşin yürütümü açısından üzerinde durulması gereken bir diğer da sorun eşitlik ilkesinin ücretler üzerindeki etkisidir.

Türk Hukukunda ücretlerde eşitlik ilkesinde “geniş anlamda ücret” kav-

247 Süzek, 66; Taşkent, 79; Ekonomi, 32.

248 Taşkent, 85, yazar işverenin yönetim hakkına dahil olan vardiya saatlerinin düzenlenmesinde de keyfi ayırım yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir; Süzek, 365; Çelik, 180; Yenisey, Metodoloji, 997.

ramının esas alınması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>249</sup>

İşverenin işçiler arasında kişisel ve bireysel nitelikli ücret zamları yapmasının mümkün olduğu, burada sözleşme serbestliği ilkesinin geçerli olduğu<sup>250</sup>, bu nedenle de ücret zamlarında eşit işlem yapma borcundan söz edilemeyeceği ileri sürülebilir.

Ancak burada işverenin bir işçisine kişisel ve bireysel nitelikte yaptığı ücret zammının “ayrımcılık yasağı” ve “eşit davranma ilkesi” açısından incelenmesi gerekmektedir. Öncelikle işverenin, bir veya birkaç işçisine toplu iş sözleşmesi<sup>251</sup>, iş sözleşmesi ya da yönetim hakkına dayalı olarak diğer işçilere uyguladığı zam oranından daha fazla bir oranda zam uygulaması “ayrımcılık” yaratıcı nitelikte olmamalıdır.

Böyle bir durumda işverenin, işçiler arasında ayrımcılık yapıp yapmadığının saptanması için daha fazla zam oranı uygulanan işçi ya da işçilerin diğer işçilerden cinsiyet, dil, din, ırk, sendikal üyelik, iş sözleşmesinin şekli, özürüllük, siyasal görüş, cinsel eğilim gibi ayırım yasakları kapsamında değerlendirilen bir ölçüte göre farklı bir grup altında toplanıp toplanılmayacağı belirlenmelidir. Eğer işverenin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde daha fazla zam oranı uyguladığı işçi ile diğerleri arasındaki fark, daha açık bir deyişle işverenin daha fazla zam oranı uygulama nedeni ayırım yasakları kapsamında değerlendirilebilen bir ölçüt ise burada işverenin “ayrımcılık” yaptığı kabul edilmelidir. Bu ayrımcı uygulama nedeniyle aleyhte uygulamaya muhatap olan işçi veya işçiler İş Kanunu'nun 5.maddesinden yararlanabileceklerdir.

İşverenin bireysel kararına dayalı olarak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde daha fazla zam yaptığı işçi ile diğer işçiler arasında “ayrımcılık” olarak değerlendirilemeyen ancak objektif bir neden ile de haklılaştırılmayan farklı uygulama ise “eşit davranma borcunun ihlali” sayılmalıdır.

Bu durumun tespiti için söz konusu işçi ile aynı veya benzer işi yapan

---

249 Tuncay, 199; Yüksel, 200, 219; Süral, 176; Mollamahmutoğlu, 438; Yenisey, 53.

250 Tuncay, 138-139, 149-150; Sempozyum, 28; Centel, 162-163; Mollamahmutoğlu, 434-435; Sözer, 190; Ertürk, 104 dn 102; Uşan, 1626; Kaya, 150.

251 Tuncay, 174-175, yazar işverenin bazı işçilere toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan orandan daha fazla oranda zam yapmasının bazı objektif farklılıklar (kıdem, liyakat, öğrenim derecesi gibi) yerine tamamen keyfi bir duruma dayanması halinde eşit davranma borcuna ve sendikal nedenle ayırım yapma yasağına aykırı olduğunu haklı olarak ifade etmektedir; Güzel, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 56-57.

emsal işçiye uygulanan zam oranı karşılaştırılmalıdır. Eğer işveren, objektif özellikleri esas alındığında “eşit” olarak nitelendirilebilecek ve aynı ya da benzer işi yapan işçiler arasında ücret zammı konusunda farklı uygulama yapıyorsa burada keyfilikten söz edilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda işçinin iş sözleşmesini İK 24/II,e uyarınca haklı nedenle derhal fesih hakkı da bulunmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararı<sup>252</sup> şu şekildedir; “...Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, işyerinde çalışan işçilere Nisan 2003 tarihinde; 90.000.000 TL zam yapıldığı halde, davacı işçiye verim düşüklüğünden söz edilerek bu ücret artışının 20.000.000 TL olarak uygulandığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin verimsiz çalıştığına dair işverence yapılmış bir tespit de bulunmamaktadır. İşverenin gerekçesiz olarak davacıya emsallerinden daha az ücret artışı yapması, işçiye iş sözleşmesini haklı olarak fesih imkanı vermektedir. Davacı işçinin işverenin bu beyanı üzerine işyerinden ayrıldığı işverence tutulan tutanaklar ile dinlenen tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesini feshi haklı neden dayandığından kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekir...”

Yüksek mahkeme, aleyhine açılan bir davada tanıklık yapan işçisine diğerlerinden daha az oranda zam uygulayan işverenle ilgili olarak “...Kural olarak, işveren aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere objektif ve haklı olmayan sebeplere dayanarak farklı işlemde bulunamaz. Bu husus, işverenin eşit davranma borcunun bir gereğidir. Somut olayda davacı işçiye diğer çalışanlara nazaran çok az oranda zam verildiği sabit olmakla birlikte davalı işverence bu uygulama hakkında objektif ve haklı bir neden ileri sürülmüş değildir...” ifadelerini içeren bir karar vermiştir.<sup>253</sup>

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin bir diğer kararında ise aynı holding bünyesindeki birkaç şirket tarafından birlikte istihdam edilen insan kaynakları müdürünün, çalıştığı şirketlerden biri tarafından diğer işçilere zam yapılmasına rağmen kendisine zam yapılmadığı iddiası ele alınmıştır. Kararda, davacının talebini haklı bulan yerel mahkeme kararı “...Somut olayda da davacının birlikte istihdam edilen bir işçi olduğu gözetilerek bir değerlendirilmeye gidilmelidir. Davacının davalı işverenin diğer bir işçi ya da aynı

252 Y9HD, 5.4.2005, 9518/12140 (Kazancı İçtihat Bankası).

253 Narmanhoğlu, 2000 Yılı Karar Değerlendirmesi, 53, Y9HD, 3.4.2000, 1034/4713.

guruba ait başka bir işçi ile karşılaştırılması doğru olmaz. Birlikte istihdamı oluşturan işverenlerin eşit davranma yükümü, kural olarak birlikte istihdama dahil işçiler yönünden hüküm ifade eder.

Somut olay yönünden çözümü gereken konu davacı gibi birlikte istihdam edilen diğer işçiler olup olmadığını belirlemek ve davacı ile bu işçiler bakımından işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın olup olmadığını tespit etmekten ibarettir. Yoksa gurubu oluşturan şirketlerden birinde işçilere uygulanan ücret artışlarının olduğu gibi birlikte istihdama dahil işçilere de uygulanması gerekmez. Bu itibarla davacı işçi yönünden ... Holding ticaret ve finans müdürü ücretleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması doğru olmamıştır. Her şeyden önce sözü edilen çalışanın birlikte istihdam kapsamında olup olmadığı bilinmemektedir. Mahkemece eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”ifadeleri ile bozulmuştur.<sup>254</sup>

Görüldüğü üzere yüksek mahkeme ücretlerde eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı yönündeki iddialarda, davcının kendisiyle aynı durumda bulunan diğer işçilerle karşılaştırılması gerektiğini belirtmektedir.

İşveren, belli bir gruplandırma esasına ya da performans değerlendirmesine dayanmayan ücret zammı (seyyanen zam) uyguluyorsa bu zam oranını bütün işçilere uygulanmalıdır. Önceden belirlenmiş bir orana göre ya da seyyanen yapılan ücret zamlarında işveren bazı işçileri keyfi olarak bu uygulamanın dışında tutamaz.<sup>255</sup> Performans değerlendirmesine dayalı olarak yapılacak ücret zamlarında işçinin bilgisine daha önceden sunulmuş, denetlenebilir, objektif ve şeffaf nitelikte bir sistemin öngörülmesi, performans değerlendirmelerinde keyfi, şeffaflıktan uzak ve katı ölçütlerin kullanılması gerektiği, Fransız Hukukundan esinlenerek ifade edilmiştir.<sup>256</sup>

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere İK 5.maddede yer alan “benzer sebepler” kavramı işçinin değiştirmesi mümkün olmayan ya da değiştirmesi

---

254 Y9HD, 12.02.2008, 33247/114.

255 Süzek, 364 ve dn 148, 365 ve dn 149; Tuncay, 171, Çelik, 177-178; Ulucan, 196; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 146; Tunçomağ/Centel, 136; Özdemir, 260; Keser, 62-63; bkz. Y9HD, 21.9.1992, 2267/10314, Günay, 250-251; Y9HD, 29.5.2003, 11173/23699 sayılı karara karşı O.G. Çankaya ve U.Öztürk tarafından yazılan karşı oy yazısı, Legal İSGHD, C.1, S.1, 1478-1479.

256 Özdemir, 259-260.

kendisinden beklenemeyecek özellikleridir. Bunların yanı sıra işveren tarafından makul bir şekilde haklaştırılmayan, objektif olduğu ortaya konamayan keyfi işlemler de benzer sebepler ifadesi içinde değerlendirilmeli ve eşit işlem yapma borcuna aykırı davranılıp davranılmadığının tespitinde dikkate alınmalıdır.

Aşağıda uygulamada en çok görülen ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturan bazı durumlar incelenecektir.

a. *Ücretlerde Cinsiyet Ayrımcılığı*

Ücretlerde farklılık olmasının başlıca sebebi işçiler arasında doğrudan ya da dolaylı cinsiyet ayrımcılığı yapılmasıdır.

Hukukumuzda, Anayasa'nın 55.maddesi uyarınca "Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur." Bu madde ile birlikte Anayasa'nın 10.maddesi ve İş Kanunu'nun 5/IV.maddesi "eşit veya eşit değerde işe eşit ücret ödenmesi" ilkesinin yasal dayanaklarını oluşturmaktadırlar. "Eşit iş", faaliyetin türü, çalışma süreçleri, iş ortamı ve çalışma araçları arasında fark olmayan işler için kullanılan bir kavramdır. Oysa "eşit değerde iş" kavramı söz konusu ise ortada dışarıdan farklı görülebilen işler vardır. Ancak bilgi, kabiliyet, çaba, stres, sorumluluk ve çalışma ortamı koşulları açısından aynı talepler yapılıyorsa burada "eşit değerde iş" vardır.<sup>257</sup> İş Kanunu'nun 5.maddesinde cinsiyet nedeniyle bazı koruyucu hükümlerin uygulanmasının daha az ücret ödenmesini haklı kılmayacağı da belirtilmiştir.

Eşit değerde iş kavramının mevzuata dahil edilmesiyle birlikte kadın-erkek ücret eşitliği ilkesinin uygulama alanı daha da genişlemiştir. Hangi işlerin "eşit değerde" sayılacağı hiç şüphesiz belli bir değerlendirme sistemini zorunlu kılmaktadır. Ancak yapılacak iş değerlendirmesi ya da sınıflandırmasının da "eşitlik ilkesine" uygun olması gerekmektedir. Daha açık bir

257 Bu tanım Avusturya Sağlık ve Kadınlar Federal Bakanlığı [Federal Ministry of Health and Women; Das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen (BMGF)] tarafından hazırlanan bir kitapta yer almaktadır; Ranftl,6; Tuncay, 192, 194, Sempozyum, 30; Yüksel, 192-195, yazar, ücret değerlendirmesi sisteminin ülke düzeyinde uygulanmasını sağlamak amacıyla hukuki düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmekte, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde oluşturulacak birimler yoluyla da bunun denetlenmesini önermektedir, 370; Mollamahmutoglu, 437; Twomey, 509.

deyişle, işlerin sınıflandırılmasında kullanılacak ölçütler cinsiyet ayrımcılığı yaratıcı nitelikte olmamalıdır. Örneğin işyerinde daha çok kadınlar tarafından yapılan bir işe sırf bu nedenle daha düşük puan verilmesi ya da bunun tersi olarak erkeklerin yoğun olarak yaptıkları işe yüksek puan verilmesi ayrımcı nitelikte değerlendirilir.<sup>258</sup>

Fransız İş Kanunu'nun L.3221-2. maddesiyle eşit veya eşdeğerde iş yapan işçilere farklı ücret ödenmesi yasaklanmıştır.<sup>259</sup> Eşit ücret ilkesine aykırılık durumunda, öncelikle bu işlem hukuken geçersiz sayılmakta, daha aşağı seviyedeki ücret daha yukarıdaki ile aynı seviyeye çıkmakta, ayrıca para cezası ve hapis cezası gündeme gelmektedir.<sup>260</sup> Bunun yanında L.1142-1.madde de, cinsiyet, medeni durum ve hamilelik nedenlerine dayalı olarak işe almanın reddini, iş koşullarının değiştirilmesini, iş sözleşmesinin yenilenmesinin reddini, ücret, terfi ve benzeri iş koşullarında ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır.

ILO sözleşmeleri de “eşit veya eşit değerde işe eşit ücret ödenmesi” ilkesinin temelinde yer almaktadır. Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrası uyarınca “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Bu madde gereğince başta ILO'nun 100 sayılı sözleşmesi olmak üzere, Türkiye tarafından onaylanmış olan diğer sözleşmeler de iç hukuk açısından bağlayıcılık kazanmıştır.

İş Kanunu'nun 5.maddesinin, esaslı nedenler olmadıkça kısmi süreli çalışan işçilerin tam süreli işçilere göre farklı işleme tabi tutulamayacağına

---

258 Yüksel, 197-198, 200; Yenisey, 52, dn 120 ve 121, aynı yazar Metodoloji, 990. Adalet Divanı Rummler davasında (C-237/85) iş değerlendirme sistemini incelemiştir. Divan, bu davada iş değerlendirmesi sisteminde yapılan işin doğasının objektif biçimde ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Barnard, 349-350. Adalet Divanı, Enderby davasında (C-127/92) da yoğun olarak kadınlar tarafından yapılan konuşma terapistliği işi için yoğun olarak erkeklerin yürüttüğü eczacılık ve psikolog işleri için ödenen ücretten daha az ücret ödenmesini ayrımcı nitelikte bulmuştur, bkz. Barnard, 359-360; ayrıca bkz. Pélissier/Lyon-Caen/Jemmaud/Dockès, 261.

259 <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimpleArticleCode?code=CTRAVAIL.rcv&art=L140-2&indice=42>

260 Verdier/Cœuret/Souriac, 105 vd.; Pélissier/Supiot/Jemmaud, 1156-1157.

ilişkin hükmü aslında kadın-erkek işçi ayrımı olmaksızın herkese uygulanan ve kısmi süreli çalışan işçileri koruyan bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile Avrupa Birliğinin 97/81 sayılı direktifine de uyum sağlanmıştır. Ancak kısmi süreli çalışma, aile ve iş sorumlulukların bağdaştırılabilmesi amacıyla daha çok kadınlar tarafından tercih edildiğinden maddenin bu fıkrası, kadınlar için ayrıca önem taşımaktadır. İşverenler kadın işçilerin kısmi süreli çalışmalarını durumunda hem cinsiyet nedeniyle hem de kısmi süreli çalışma nedeniyle ayırım yapmamak, bu işçilere de aynı veya eşit değerde iş yapan erkek işçilerle aynı ücreti ödemek zorundadırlar.

Eşit ücretle ilgili bir diğer düzenleme de Asgari Ücret Yönetmeliğinde yer almaktadır. Bu yönetmeliğin 5.maddesi uyarınca, asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamaz. Burada ifade edilen ve kadın-erkek arasında eşit değerde veya eşit iş için eşit ücret ödenmesine ilişkin düzenlemeler konu ile ilgili Avrupa Birliği müktesebatı ile de uyumludur.

İşveren, işçilere ödeyeceği ücretlerde farklı uygulamaları ancak objektif nedenler varsa gerçekleştirebilir. Örneğin eğitim düzeyi, kıdem, performans değerlendirmesi gibi ölçütler sonucunda farklı ücret seviyeleri ortaya çıkabilir. Bu gibi ölçütlerde dikkat edilmesi gereken nokta ise bunların dolaylı ayrımcılık yaratıp yaratmadığıdır. Eğer işverenin ücret belirlemesi yönteminde esas aldığı ölçüt, ilk bakışta işyerindeki bütün işçiler tarafından gerçekleştirilebilecek gibi görünmesine rağmen gerçekte kadınlar tarafından ya da belli bir özelliğe sahip olan örneğin özürlü işçiler açısından gerçekleştirilmesi oldukça zor ise *dolaylı ayrımcılık* gündeme gelmektedir.

Örneğin işveren, işyerindeki çalışma süreleri 5 yıldan fazla olan işçilere, çalışma süreleri boyunca iş sözleşmeleri 3 hafta veya daha az süre askıda kalmış olanlara toplu iş sözleşmesi ile belirlenen zam oranından %5 daha fazla oranda zam yapacağını bildirmişse bu koşul kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık yaratabilir. Şöyle ki, kadınların büyük çoğunluğu doğum izni ve ardından yasanın kendilerine tanıdığı bir olanak olan ücretsiz izni kullanmış olabilirler. Böyle bir durumda, anılan karar başlangıçta işyerindeki herkes için objektif görülebilmekte iken uygulamada doğuracağı sonuçlara bakıldığında oldukça fazla kadın işçiyi olumsuz etkileme özelliğine sahiptir.

İş Kanunu'nun 12. ve 13.maddelerinde ayrımcılığa maruz kaldığını ileri

süren işçinin hangi işçi ile karşılaştırılacağına dair açık düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak cinsiyet nedeniyle ayrımcılık iddialarında iddia sahibi ile kimin karşılaştırılacağı konusunda bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Buradaki karşılaştırmada aynı veya benzer işi yapan ve karşı cinse mensup bir işçi esas alınmalıdır.

İş Kanunu'nun 5.maddesi somut ya da varsayımsal bir işçinin emsal alınması konusunda herhangi bir açıklık ya da fark öngörmemiştir. Bunun sonucunda, işçi ihlalin varlığını ortaya koyabildiği ölçüde, belli bir cinse mensup olduğu için ayrımcılığa maruz kaldığını, işyerinde kıyas yapmaya esas alınacak karşı cinse mensup bir işçi olmaması durumunda o işkolunda çalışan, aynı ya da benzer işi yapan karşı cinse mensup bir diğer işçi de kıyas yapılabilir.<sup>261</sup>

*b. Emeklilik Hakkının Kazanılmış Olması ve Ücret Zamlarında Eşitlik*

İşveren genç işçilere daha fazla zam oranı uygularken emeklilik hakkını kazanmış ancak çalışmasını sürdüren yaşlı işçilere daha düşük bir zam oranı uygulayamaz.<sup>262</sup> Bu konuda 1475 sayılı İş Kanunu döneminde verilen bir Yargıtay kararında aynı esasa yer verilmiştir. Uyuşmazlığa konu olayın esas işverenin diğer işçilerin ücretlerine zam yapmış olmasına rağmen bu zammı emekliye ayrılacak işçiye uygulamamış olmasıdır. Davacı işçi, bu uygulamanın eşit işe eşit ücret ilkesine aykırılık oluşturduğu iddiası ile dava açmış, davalı işveren işçiye zam uygulanmamasının nedeni olarak performans düşüklüğünü gerekçe göstermiş, yerel mahkeme ise davalı işverenin bu savunmasını kabul ederek davayı reddetmiştir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi ise "...Savunma ve dosya içeriğine göre bütün işçilere anılan tarihte ücretlerine zam yapıldığı, davacının ise performansı yeterli olmadığı için zamdan yararlandırılmadığı anlaşılmaktadır. Niçin performansının yeterli olmadığı ispatlanmış değildir. Kaldı ki uzun senelerden beri çalışan davacı daha önceki zamlardan hep yararlandırılmıştır. Bu durumda gerek Anayasa'nın eşitlik ilkesine gerek İş Hukuku'ndaki "eşit işe eşit ücret" kuralına aykırı bir uygulama yapılmıştır ki bunun benimsenmesi olanağı yoktur. Böyle olunca davacının da bu ücret zammından yararlandırılması gerektiği düşünülerek hesaplamalar yapılmalı ve belirlenen miktar-

261 Yenisey, Metodoloji,987-988.

262 Özdemir, 260-261.

lar hüküm altına alınmalıdır...” ifadeleri ile kararı davacı lehine bozmuştur.

263

Daha yeni tarihli bir Yargıtay kararında da yaşlılık aylığına hak kazanmış çalışanlara ücret zammının uygulanmaması, eşitlik ve adalete aykırı bulunmuş ve son derece isabetli bir şekilde, bu uygulamanın amacının bu kişilere daha az tazminat ödemek olduğu tespiti yapılmıştır.<sup>264</sup>

Elbette ki işverenin farklı zam uygulamasını haklılaştırabildiği durumlarda bu farklı uygulama geçerli sayılmalıdır. Ancak işverenin bireysel nitelikteki ücret zamlarının sözleşme özgürlüğü ilkesine tabi olduğu, bu alanda işverenin eşit davranma yükümlülüğü olmadığı yolunda bir genelleme yapılmasını isabetli bulmadığımızı bir kez daha belirtmekle yetiniyoruz.

*c. Geniş Anlamda Ücret Ödemelerinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve İşyerinde Fıilen Çalışma Koşulunun Değerlendirilmesi*

İşveren, kıdemi teşvik ya da üretimin belli bir seviyeyi geçmesi durumunda ya da herhangi bir başka nedene dayalı olarak işçilerine prim ödüyorsa burada da eşit işlem yapma borcuna uygun davranmalıdır. Yargıtay'ın incelediği bir uyuşmazlığın konusu, davacının hak ettiği ancak işveren tarafından kendisine ödenmeyen bir primi, işten ayrıldıktan sonra talep etmesidir. Davalı işveren, personel yönetmeliğine göre söz konusu ödemenin yapıldığı esnada görev başında olmak gerektiğini, ayrıca ödemenin genel müdürlüğün teklifi ve yönetim kurulunun onayı ile mümkün olduğunu, bu koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle isteğin reddine karar verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme davalının bu savunması uyarınca davayı red-

263 Y9HD, 19.4.2001, 1722/6674, [http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000\\_2005.pdf](http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf), 365-366; İkramiyelerin kaldırılmasına muvafakat etmeyen işçiye daha az zam oranı uygulandığı iddiasıyla açılan bir davada verilen benzer yönde diğer bir karar şu şekildedir; Y9HD, 08.04.2004, 18893/7996, “...davacı, davalının eşit işe eşit işlem borcuna aykırı davrandığını, emsallerine daha fazla zam verildiğini, kendi ücretine ise, %10 zam yapıldığını ileri sürmüştür. Zam verilip verilmediği konusunda davalının çeşitli tarihlerdeki savunma ve itirazları çelişkilidir. Gerektiğinde işyerinde belgeler üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yapılarak davacı ve emsallerine Ağustos 2002 ayı itibarıyla ne kadar zam yapıldığı davacıya eksik zam uygulanıp uygulanmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir...”, Çalışma ve Toplum, 2005/1, S.4, 207-208; Aynı yönde, Y9HD, 18.2.2003, 13208/1836, Legal İSGHD, C.1, S.3, 1075-1076.

264 Y9HD, 19.12.2002, 694/708, aynı yönde Y9HD, 6.10.2003, 3501/16308, Legal İSGHD, C.2, S.5, 253-254, Özdemir, bu kararların incelenmesi sonucunda emekli olacak işçilerin zam kapsamı dışında tutulmasını eşitliğe aykırı olarak değerlendirmiştir, 263; Ekmekçi, 2003 Yılı Karar Değerlendirmesi, 35-36.

detmiştir. Ancak Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, "...Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava konusu döneme ait prim, hizmet akdi devam eden emsal durumdaki işçilere ödenmiş ise, bundan davacının da yararlandırılması işverenin eşit işlem yapma borcunun bir gereğidir. Davacının ödeme sırasında görev başında bulunmaması sonuca etkili değildir..." ifadesine yer vererek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.<sup>265</sup>

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin incelediği bir başka uyuşmazlıkta ise ücret zammının uygulanabilmesi için işçinin işyerinde fiilen çalışıyor olması gerektiğini, zam kararından önce işyerinden ayrılan işçilerin eşitlik ilkesine dayalı olarak herhangi bir talepte bulunamayacakları karara bağlanmıştır. Yüksek mahkeme, "...Dosya içeriğine göre kapsam dışı personel olarak çalışan davacının 31.08.2000 tarihinde emeklilik nedeniyle isten ayrıldığı, davalı Birlik Yönetim Kurulu'nca 21.09.2000 tarihinde alınan kararda kapsam dışı personelin ücretlerine 01.07.2000 tarihinden geçerli olmak üzere % 15 oranında zam yapılmasının kabul edildiği, ancak bu haktan karar tarihinde çalışan kapsam dışı personelin yararlanacağına karar verildiği anlaşılmaktadır. Davacının karar tarihinde çalışmadığı tartışmasız olduğuna göre anılan zamdan yararlanması mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki, eşitlik aynı durumda olanlar için söz konusu olmalıdır. Bu nedenle isteğin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...."<sup>266</sup> şeklinde hüküm kurmuştur.

Kanaatimizce, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin burada da yukarıda yer verilen karardaki yorum tarzını benimsemesi, iş sözleşmesi devam eden emsal durumdaki işçilere ödenen miktarın davacıya da ödenmesi gerektiğini hükme bağlaması eşit işlem yapma borcunun esaslarına daha uygun düşen bir yaklaşım olurdu.

#### *d. Toplu İş Sözleşmesi Uygulanan İşyerlerinde Ücretlerde Eşitlik İlkesi*

Toplu iş sözleşmesinin bulunduğu işyerlerinde, taraf işçi sendikasına üye olan ya da dayanışma aidatı ödeyenler ile bunların dışında kalan işçiler arasında ücret farklılığı bulunması eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Burada farklılığın nedeni Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesinin dördüncü fıkrası-

---

265 Y9HD, 4.6.2001, 9131/9265 (Kazancı İçtihat Bankası)

266 Y9HD, 18.12.2002, 10289/24430, [http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000\\_2005.pdf](http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf) , 377-378

dır. Anılan madde sendikal nedenlere dayalı ayırım yapılmasını, sendikaya üye olanlar ile olmayanlar arasında farklı işlem yapılmasını yasaklamaktadır. Ancak ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

Dolayısıyla, TSGLK 9.madde uyarınca toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler ile diğerleri arasında parasal konularda yaratılan farklılık eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturmaz. Toplu iş sözleşmesi ile getirilen parasal haklardan yararlanmak isteyen işçiler, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak herhangi bir hak talebinde bulunamazlar. Bu işçiler taraf sendikaya üye olarak ya da dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Anılan olasılıkların yanı sıra TSGLK 11.madde uyarınca teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesi bulunuyorsa, işçiler taraf sendikaya üye olma şartı ya da dayanışma aidatı ödeme zorunluluğu aranmaksızın bu sözleşmede yer alan parasal hakları talep edebilirler.

#### *e. Emsal İşçinin Belirlenmesi*

Eşit işlem yapma borcuna aykırılığın tespitinde iddia sahibi işçi ile karşılaştırılacak işçinin belirlenmesi de önemlidir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin emsal işçinin tespitine ilişkin bir kararı<sup>267</sup> uyarınca; "...Davacı, emsal işçi olarak nazara alınan işçiden çok sonra sendikaya üye olmuştur. Başka bir anlatımla toplu iş sözleşmesinden yararlanma tarihleri arasında uzun bir süre vardır. Bu durumda emsali işçinin ücretine göre fark ücret alacağıının hesaplanması doğru olmaz..."

Görüldüğü üzere Yargıtay, son derece isabetli olarak, işçinin eşitlik ilkesine dayalı taleplerinde sadece işçilerin niteliklerini ya da yaptıkları işleri değil, somut olayda önem taşıyan diğer unsurları da dikkate alarak emsal işçinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

## **2. İş Sözleşmesinin Türü ve Eşit İşlem Yapma Borcu**

4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesini türüne dayalı olarak farklı uygulamaları açıkça yasaklamıştır. İş Kanunu'nun 5/2.maddesi "İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz" hükmünü içermektedir. Maddenin gerekçesinde bu düzen-

267 Y9HD, 9.7.2003, 1620/13008, Legal İSGHD, C.1, S.3, 1063-1064.

lemeyle ilgili olarak “Diğer yandan ülkemizde esnek istihdam türleri için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir” ifadesi yer almaktadır.

İşverenin, işçiler arasında iş sözleşmesinin türünü esas alarak ayırım yapamayacağını genel bir kural olarak düzenleyen 5.maddenin yanı sıra İş Kanunu'nun 12. ve 13.maddeleri de konuyla ilgili özel düzenlemeler içermektedirler.<sup>268</sup>

4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesini türüne dayalı olarak farklı uygulamaları açıkça yasaklamıştır. İş Kanunu'nun 5/2.maddesi “İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz” hükmünü içermektedir. Maddenin gerekçesinde bu düzenlemeyle ilgili olarak “Diğer yandan ülkemizde esnek istihdam türleri için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir” ifadesi yer almaktadır.

İşverenin, işçiler arasında iş sözleşmesinin türünü esas alarak ayırım yapamayacağını genel bir kural olarak düzenleyen 5.maddenin yanı sıra İş Kanunu'nun 12. ve 13.maddeleri de konuyla ilgili özel düzenlemeler içermektedirler.<sup>269</sup>

#### *a. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri ile Çalışan İşçiler Arasında Eşit İşlem Yapma Borcu*

Öncelikle belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler açısından işverenin eşit davranma borcunu düzenleyen 12.madde incelendiğinde

---

268 1475 Sayılı Yasa ile ilgili olarak işçinin cinsiyeti nedeniyle iş sözleşmelerinin türlerinin ayrımcılık yaratacak şekilde kullanılmayacağı ifade edilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz Yüksel, 255.

269 1475 Sayılı Yasa ile ilgili olarak işçinin cinsiyeti nedeniyle iş sözleşmelerinin türlerinin ayrımcılık yaratacak şekilde kullanılmayacağı ifade edilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz Yüksel, 255.

maddenin başlığının “Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımının sınırları” olduğu görülmektedir. Maddenin ilk fıkrası “Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. “ hükmünü içermektedir. Burada açıkça görüldüğü üzere madde, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere her durumda eşit (aynı) davranılmasını değil, bu iki tür iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında “ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça” farklı davranılmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla, işveren belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında sadece “iş sözleşmesinin türüne dayalı” olarak ayırım yapamayacak, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere oranla daha olumsuz olarak nitelendirilebilecek bir davranışa muhatap tutamayacaktır.

Maddenin gerekçesinde öncelikle, tarafların belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi yapma konusundaki özgürlüklerinin 158 sayılı ILO sözleşmesi, AB müktesebatı ve özellikle 99/70 sayılı yönergesinde öngörülen sınırlamalara tabi tutulduğu belirtilmiştir.<sup>270</sup> Bunun yanı sıra madde gerekçesinde “99/70 sayılı Yönergenin girişinde belirtildiği ve Türk Hukukunda yargı kararları ile de açıklandığı üzere iş ilişkilerinde asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesidir” ifadesi yer almaktadır. Bu genel ifadeden sonra ise şu açıklama bulunmaktadır; “Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sosyal yönden, daha fazla korundukları bir gerçektir. Avrupa Birliği Konseyi’nin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların çerçeve anlaşmasında bu anlaşmanın konusunun, belirli ve belirsiz iş sözleşmeleri arasında ayırım yapılmama ilkesinin uygulanması suretiyle belirli iş sözleşmelerinde daha iyi koşullarla istihdamı gerçekleştirmek olduğu belirtilmiştir. Bu ilke ve üye devletlerdeki uygulama şekilleri dikkate alınarak madde düzenlenmiştir. “

İş Kanunu’nun 12.maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ise şu şekildedir; “Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt

270 Türk İş Hukuku’nda 4857 sayılı İş Kanunu’nun belirli süreli iş sözleşmesi yapılması konusunda öngördüğü sistem ile ilgili olarak ayrıntılı bir inceleme için bkz. Başterzi, 119 vd.; belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere farklı işlem yasağı ile ilgili olarak bkz. Süzek, 206-208.

alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır.

Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.”

Madde gerekçesinde konu ile ilgili olarak şu açıklamalar yer almaktadır; “Öncelikle işçiler salt belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmalarından dolayı maddede tanımlanan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Diğer yandan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye bir zaman dilimine göre bölünebilir bir hak sağlanmışsa, aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesine göre iş gören işçi de çalıştığı süreye orantılı bu haktan yararlanabilecektir. Örneğin bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde işçiye, ikramiye tarihinde işyerinde olmasa dahi çalıştığı süreye orantılı ikramiye ödeneceğinin kabul edilmesi halinde, bölünebilir bir hak olan ikramiyeden belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçinin de yararlandırılması gerekecek ve sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra verilecek ikramiyeyi bu işçi de çalıştığı süreye orantılı olarak alabilecektir.

Belirli çalışma şartından yararlanmada işçinin kıdemine bakıldığında belirli süreli sözleşmeye göre çalışan işçinin de bu haktan yararlanması söz konusu olduğunda kıdem yönünden bir farklılık gözetilemeyecektir. Esasen İş Kanununda bu kuralın uygulandığı, hem kıdem tazminatı ve hem de yıllık ücretli izinlerde görülmektedir. Aynı esas sözleşme ile getirilen çalışma şartlarında da dikkate alınacaktır.”

Ancak bir işyerinde ikramiye ödenmesi için, asgari belli bir yıl çalışmış olma koşulu aranıyorsa belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi de ancak bu kadar yıl çalışmış olması koşuluyla anılan ikramiyeyi talep edebilir. Örneğin işyerinde beş yılını dolduran işçilere verilen ikramiyeyi, üç yıllık belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmış olan bir diğer işçi işten ayrılırken orantılı olarak talep edemez. Öğretide işyerinde sürekli olarak çalışacağı düşünülen

belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin belirli süreli işçilere oranla daha çok eğitim ve kendini geliştirme olanaklarından yararlandırılmasının eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı, her olayın kendi özelliklerinin dikkat alınarak değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>271</sup>

Elbette burada işverence yapılan uygulamaların hukuka uygun olması şarttır. Daha açık bir ifadeyle, işveren yasanın aradığı koşullara uygun olarak belirli iş sözleşmesi yapıyorsa, eğitim olanaklarından yararlanma konusunda öngördüğü şartlar ayrımcı nitelik taşımıyorsa, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı ayrımcı amaçlar için kullanılmıyorsa ya da ikramiyenin ödenmesi için öngörülen asgari çalışma koşulu belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin bu haktan yararlandırılmaması amacı ile konulmamışsa yapılan farklı uygulamalar eşit işlem yapma borcuna aykırı sayılmayacaktır.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, incelediği bir uyuşmazlıkta belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye diğer işçilere yapılan ücret zammının uygulanmamasını eşit işlem yapma borcuna aykırı olarak değerlendirmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından süresinden önce feshedilmiştir. Davacı BK 325.madde uyarınca bakiye süreye ilişkin alacağı ile birlikte işyerinde diğer işçilere yapılan zammın kendisine uygulanmadığını ileri sürerek fark ücret alacağı da talep etmiştir. Yüksek mahkeme "...Diğer yandan aynı nitelikteki diğer personele verilen zamdan haklı bir neden yokken davacının yararlandırılmaması işverenin eşit işlem yapma borcuna da aykırı olur. Bu nedenle öncelikle diğer personele yapılan zam oranının gerekirse işyeri kayıtları üzerinde bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılarak saptanması ve davacının fark ücret alacağının buna göre hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir" ifadesi ile yerel mahkemenin kararını davacı lehine bozmuştur.<sup>272</sup>

Yüksek mahkeme, eski tarihli bir kararında ise belirli süreli iş sözleşmesiyle geçici işçi statüsünde çalışanların kadrolu (sürekli) işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının mümkün olmadığını karara bağlamıştır. Bu karar ile ilgili olarak ileri sürülen, son derece isabetli olan ve tamamıyla katıldığımız karşı oyda ise, anılan durumun eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı

271 Ulucan, İş Sözleşmesi Türleri, 48-51; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 69-70.

272 Y9HD, 8.5.2003, 24751/7822 (Kazancı İçtihat Bankası)

şu ifadelerle açıklanmaya çalışılmıştır; "..., işveren tarafından tespit edilmiş olan daimi işçi kadrolarının, işyerinin gerçek ihtiyacını karşılamaktan uzak bulunması ve kadro miktarında gerekli artışın bürokratik engeller nedeniyle gerçekleştirilememiş olması da, işverenin mahiyeti itibariyle süreklilik arz eden işleri yıllarca, geçici işçi adı altında, zincirleme sözleşmelerle ve daha az ücret ödeyerek çalıştırdığı işçilere gördürmesini haklı göstermez. Bütün bunlardan başka *kural olarak, belli bir işyerinde, aynı nitelikteki işte, eşit verimle çalışan işçilerin ücretleri arasında ayırım yapılmasına eşitlik ilkesi ile de bağdaştırmak mümkün değildir.* Gerçekten, bir işyerinde, aynı işi yapan, aynı niteliklere sahip işçiler arasında, daimi ve geçici işçi ayırımı yapılması ve bunlara *farklı ücret uygulanması, ancak, görülen işin özelliği ve akışı itibariyle zorunlu olan hallerde, belli bir süre için geçici bir ihtiyacı karşılamak üzere ve böyle bir ayırımı haklı kılan objektif nedenler bulunduğu takdirde meşru görülebilir.* Aksi halde, dürüstlük (iyi niyet) kuralıyla bağdaşmayan, keyfi uygulama ve eşitlik ilkesinin zedelenmesi sorunu ortaya çıkacak ve bunu tartışmak gerekecektir... O halde, somut olayın bu özelliği ile yukarıdaki açıklamalar göz önünde tutularak, davacının, daimi işçilere ödenen ücret ve sosyal yardımlardan yararlandırılması gerekirken, yazılı düşüncelerle davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. Bu nedenle, çoğunluğun onama görüşüne katılmıyorum.”<sup>273</sup>

#### *b. Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler Arasında Eşit İşlem Yapma Borcu*

İş sözleşmesinin türü nedeniyle ayrımcılığa maruz kalabilecek diğer bir grup da *kısmi süreli iş sözleşmesi* ile çalışanlardır. Yukarıda dolaylı ayrımcılıkla ilgili olarak değindiğimiz üzere kadınlar daha çok kısmi süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edildikleri için 1475 sayılı İş Kanunu döneminde çeşitli ülkelerdeki uygulamaların da incelenmesi sonucunda kısmi süreli iş sözleşmelerinin kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık yarattığı ifade edilmiştir.<sup>274</sup>

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13.maddesi, kısmi süreli çalışma ile ilgili olarak şu düzenlemeyi getirmektedir; “İşçinin normal haftalık çalışma sü-

273 Y9HD, 22.4.1987, 3683/4059 (Kazancı İçtihat Bankası).

274 Yüksel, 118-120, 128-129; Yenisey, 55, topluluk hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağı uygulamalarının önemli bir bölümünün kısmi süreli çalışma nedeniyle ortaya çıktığını ifade etmiştir.

resinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.

Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.

İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmi süreli tam süreliye veya tam süreli kısmi süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur.”

Bu maddenin gerekçesinde de 97/81 sayılı Avrupa Birliği direktifinin amaçları arasında kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmının bulunduğu ifade edilmiştir. Gerekçenin ilerleyen paragraflarında ayrımcılık yasağı ile ilgili geniş açıklamalarda bulunulmuştur. Buna göre, “Kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam süreli çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri de düşünülemez, aksi halde tam bir eşitsizlik ortaya çıkar. Bu açıdan ayırımı haklı kılan nedenlerin bulunması durumunda, her iki türde sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olması doğal karşılanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir, bu durum bir ayırım yapıldığı anlamı da taşımaz. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi, bölünebilir haklardan, örneğin her yıl verilen yakacak yardımından çalıştığı süreye orantılı olarak yararlanacaktır. Örneğin işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi yılda 60 milyon yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçiye aynı yardım 20 milyon olarak ödenecektir. Buna karşılık bölünmeyen bir haktan, yararlanma şartları bulunduğu, her iki türdeki sözleşmeler ara-

sında bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin belirsiz süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi, tam süreliден farklı olamaz, gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen süreler her iki sözleşme türünde de aynı olabilir.” Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin kıdem tazminatının hesaplanmasında, davacının aylık ücretinin esas alınması yerine, bu ücretin kısmi çalışma esasına göre azaltılması suretiyle bulunan ücretin kıdem tazminatı hesabında kullanılmasını hatalı bulmuştur.<sup>275</sup>

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmesi feshedildiğinde de kanunda iki saat olarak düzenlenmiş olan yeni iş arama izni aynen uygulanmalıdır. Bu konu ile ilgili olarak oranlama yapılamaz.<sup>276</sup>

İş Kanunu'nun 13.maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımını veren düzenlemede yer alan “normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi” kavramının neyi ifade ettiği de gerekçede şu şekilde yer almaktadır;

“Kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken Yönerge hükümlerindeki ölçütler dikkate alındığı gibi, tam süreli iş sözleşmesi karşısında kısmi süreliден söz edebilmek için ‘önemli ölçüde daha az’ bir haftalık çalışma süresinin sözleşmede tespit edilmiş olması da aranmıştır. Örneğin işyerinde uygulanan tam süreli iş sözleşmesi için haftalık çalışma süresi 40 saat ise, kısmi süreli çalışma için 2-3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az olan otuz saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçi kısmi süreli sözleşmeye göre istihdam edilen kimse olarak kabul edilecektir.”

Görüldüğü üzere İş Kanunu'nun 13.maddesinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında ayırım yapılması açıkça yasaklanmıştır. Bu nedenden dolayı kanaatimce artık kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerle karşılaştırıldığında haklı nedene dayanmayan bir ayırım yapılıyorsa bu doğrudan ayrımcılık sayılmalıdır.

İş sözleşmesinin türü nedeniyle ayırımın yasada açıkça yasaklanması işçiler açısından ispat kolaylığını da beraberinde getirecektir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, tam süreli çalışan işçiler ile kısmi süreli çalışan işçiler arasında çalışma koşullarının tam anlamıyla aynı olması beklenemez. Aksine böyle bir ayniyet sağlanması durumunda eşitsizliğin ortaya çıkacağı

275 Y9HD, 13.12.2004, 9961/27728, Legal İSGHD, C.2, S.6, 731-732.

276 Ulucan, İş Sözleşmesi Türleri, 59.

belirtilmiştir. Bu açıklama da İş Kanunu'nun eşitlik ilkesini, aynı veya benzer durumda olanlara eşit davranılması, aynı ya da benzer olmayanlara ise farklı davranılması olarak tanımladığımız şekli eşitlik olarak ele aldığının bir diğer göstergesidir.

Kısmi süreli çalışma kavramı sadece İş Kanunu'nun 13.maddesinde düzenlenmiş olan iş sözleşmesi türünü karşılayacak şekilde anlaşılmalıdır. Öğretide kısmi süreli iş sözleşmelerinin özel türleri olarak değerlendirilen başka (yan) işte çalışma, çağrı üzerine çalışma ve iş paylaşımı<sup>277</sup> esasına göre çalışan işçilerin de tam süreli çalışan işçilere göre ayrımcılığa maruz kalmaları İş Kanunu'nun 5. ve 13.maddeleri uyarınca yasaklanmış sayılmalıdır.

Her ne kadar İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da geçici işçilere karşı da sadece iş sözleşmesinin türü nedenine dayalı olarak farklı işlem yapılamaz. Hatta geçici iş ilişkisiyle çalışan işçiye karşı her iki işverenin de değişik konularda eşit işlem yapma borcu altında olduğu kabul edilmelidir. İş akdinin tarafı olan işveren işçiye ödeyeceği ücrette, işçiyi geçici olarak yanında çalıştıran işveren de işin yürütümünde, yönetim hakkının kullanılmasında, bu işçiye haklı nedenler olmadıkça, sadece geçici iş ilişkisiyle çalışmasına dayalı olarak farklı işlem yapamazlar.<sup>278</sup>

Eski tarihli bir Yargıtay kararı, aynı işi yapan işçiler arasında geçici işçi ve daimi işçi pozisyonunda çalışmaya dayalı olarak farklı ücret ödenmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.<sup>279</sup> Meslek edinilmiş iş aracılığı ile temin edilen işçilerin çalışma koşullarının düzenlenmesi ile ilgili olan 2008/104 sayılı direktifin 5.maddesinde eşitlik ilkesi hükme bağlanmıştır. Buna göre cinsiyete, ırk veya etnik kökene, din, inanç, özürüllük, yaş ya da cinsel tercihe dayalı ayrımcılığın önlenmesine ilişkin mevzuat bu şekilde çalışan işçiler için de aynen uygulanacaktır.<sup>280</sup>

277 Bu iş sözleşmesi türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 221-224

278 Süzek, 235.

279 Karar için bkz. Tuncay, 130 dn 44a.

280 Bu direktif taslağı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için Blanpain, 350-351, direktif için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0009:0014:EN:PDF>

### **c. İş Sözleşmesinin Türüne Dayalı Ayrımcılığın Belirlenmesinde Emsal İşçi Kavramı**

İş sözleşmesinin türü nedeniyle ayrımcılığa tam süreli işçi karşısında kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi karşısında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi uğrayabileceği gibi bu durumların tersi de söz konusu olabilir. Maddelerin yazım şekli, belirsiz süreli ya da tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin de belirli ya da kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler karşısında ayrımcılığa uğramaları durumunu da güvence altına almaktadır. Bu maddelere dayalı olarak hak talep edebilmek için mutlaka kıyaslama yapılacak bir emsal işçiye ihtiyaç vardır. Bunun ötesinde işçinin varsayımsal ve soyut olarak belirsiz süreli ya da tam süreli iş sözleşmesi ile çalışsaydı daha çok ücret alacağı yönündeki bir iddiası ayrımcılığı yasaklayan bu maddeler kapsamında değerlendirilemez.<sup>281</sup>

İş sözleşmesinin türü nedeniyle yapılan ayrımcılığa ilişkin iddialarda emsal işçi belirlenirken aynı işyerinden başlayarak aynı işkoluna kadar giden bir sistem benimsenmiştir. İşkolu kavramının Sendikalar Kanunu'nun 60.maddesinde belirlenmiş işkolları ile aynı kavramı ifade edip etmediği incelenmelidir. Anılan maddede 3 numaralı işkolunda “petrol, kimya ve lastik”, 11 numaralı işkolunda “banka ve sigorta”, 17 numaralı işkolunda “ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” birlikte sayılmıştır. Ancak bu düzenlemenin amacı güçlü sendikaların oluşmasını sağlamak iken ayrımcılığın belirlenmesinde emsal işçinin tespiti ayrımcılığa uğradığını ileri süren işçi ile çalışma koşulları en çok benzerlik gösteren işyeri ve işçiyi bulmaktır.

Burada iki düzenleme arasında oldukça farklı bir amaç izlendiği açıkça görülmektedir. Bu nedenle ayrımcılıkla ilgili iddialarda emsal işçi tespit edilirken Sendikalar Kanunu'nun işkolu sınıflandırmaları tam olarak benimsenmemeli, örneğin bankacılık alanında bir çalışan için bankacılık sektörüne, sigortacılık alanındaki bir işçi için ise sigortacılık sektörüne bakılmalıdır. Maddelerde yer alan “şartlara uygun bir işyeri” ölçütü de kıyaslanacak işyerlerindeki çalışma koşullarının benzerliğini ifade etmektedir. Bu düzenlemeler hiçbir şekilde işçinin benzer bir işletmedeki ücret artış oranını talep etmesine dayanak oluşturamazlar.

---

281 Yenisey, Metodoloji, 985-986.

Kıyaslamaya esas alınan işçilerin birebir aynı işleri yapıyor olmaları da şart değildir. Önemli olan aynı ya da benzer bir işte çalışmaktır. Hangi işlerin benzer iş olarak değerlendirileceği ise yapılan işin niteliği, gerektirdiği sorumluluk, yetenek, eğitim gibi ölçütlerle mahkeme tarafından belirlenmelidir.<sup>282</sup> Bu kapsamda mahkemeler, tazminat davalarında ücret tespiti için izledikleri yolu kullanarak ilgili meslek odalarına da danışabilirler. Özellikle karışık üretim süreçlerinin olduğu işyerleri ve işkolları için hangi işlerin birbirine benzer olduğunun belirlenmesi ayrı bir uzmanlık gerektirmektedir. Bu nedenle hâkim, bilirkişi incelemesine de başvurabilir.

İş sözleşmesinin türü nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan işçinin kadın olması durumunda artık dolaylı cinsiyet ayrımcılığından değil çoklu ayrımcılık kavramından söz edilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, işveren kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerle karşılaştırıldığında haklı bir nedene dayanmayan bir uygulama, yani ayrımcılık yapıyorsa bu zaten İK 13.maddenin ihlali olacaktır. İşyerinde kısmi süreli çalışanların büyük bir çoğunluğunun kadın olması durumunda, bu olumsuz uygulamadan daha çok kadınların zarar göreceği de açıktır.

Dolayısıyla işveren yaptığı bir uygulama ile hem cinsiyete dayalı ayırım yapma yasağını hem de iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak ayırım yapma yasağını ihlal etmiş olmaktadır. Burada ayrımcılığa maruz kalan bir kadın işçi, birden çok sebebe dayalı olarak, yani hem cinsiyeti hem de iş sözleşmesinin türü nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Bu durumda da kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık yapıldığının söylenmesi yerine işverenin yaptığı uygulama ile çoklu ayrımcılık (multiple discrimination) yarattığının kabulü gerekmektedir.

Bu yöndeki bir görüşün kabul edilmesinin uygulamada göstereceği etki üzerinde de durulmalıdır. Yürürlükte bulunan mevzuat açısından işveren, ayrımcılık yasalarının birden fazlasını kendinde bulunduran bir kişiye karşı ayrımcılık yaptığında dahi sadece İş Kanunu'nun 5.maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatı ile yükümlü tutulabilir. Oysa olması gereken hukuk açısından bakıldığında bu kimselerin uğradıkları ayrımcılık oldukça ağırdır. Yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden konuyu ele alırsak, işveren kadınları daha çok kısmi süreli iş sözleşmesi türü ile istihdam ediyorsa

---

282 Yenisey, Metodoloji,986.

burada cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık vardır. Ancak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlarla tam süreli çalışanlar arasında ikinci bir ayırım yapıyorsa kadınlar hem cinsiyetleri hem de iş sözleşmelerinin türü nedeniyle ayrımcılığa maruz kalacaklardır. Aynı durum hem cinsiyet hem de ırka dayalı ayrımcılığa maruz kalınması, hem sendikal neden hem de siyasi görüşe dayalı ayrımcılık durumlarında da ortaya çıkabilir. Burada çoklu ayrımcılığın önlenmesi için daha ağır bir yaptırıma bağlanması gerekmektedir. Ancak yürürlükte bulunan mevzuatta yer alan üst sınırı belirlenmiş sembolik bir tazminat ile bu amaca ulaşılamayacağı, çoklu ayrımcılığa maruz kalan bireylerin uğradıkları haksızlığın tam anlamıyla telafi edilemeyeceği açıktır.

### **3. Sosyal Yardımlar ve İkramiyelerde Eşit Davranma Borcu**

İşverenin, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile kararlaştırılmamış, tek taraflı iradesi ile işçilere sağladığı sosyal yardımlarda da eşit davranma borcuna uygun davranması gerekmektedir.<sup>283</sup> Bu nitelikteki ödemeler bir kez yapılırsa dahi işveren aynı durumda bulunan işçilere aynı sosyal yardımı yapmakla yükümlüdür. Bu yardımların, belirli koşulların gerçekleşmesi ile işyeri uygulamasına dönüştüğü durumlarda da işveren yine eşit davranma borcu altındadır.

Öğretide işverenin tamamen sosyal ve insani düşünceler doğrultusunda "yardım" amacıyla bir veya birkaç işçisine zam yapmasının aynı koşullara sahip bir başka işçiye bu zam oranının kendisine de uygulanmasını isteme hakkı vermediği ifade edilmiştir. Aynı görüş uyarınca işveren tarafından yardım amacıyla yapılan bir zam, zammın yapılmasına neden olan durumun aynı zamanda zammın (yardımın) koşulu olması halinde, diğer işçiler tarafından bu koşulun kendi şahıslarında da gerçekleşmesi halinde talep edilebilecektir. Anılan görüş bu konuyu şu örnekle açıklamaya çalışmıştır. İşyerinde eşleri doğum yapan üç işçiye içinde buldukları maddi zorluk nedeniyle yardım amacıyla zam yapmışsa bu işverenin yardım etme amacıyla yaptığı bir uygulamadır. Aynı koşulları taşıyan bir diğer işçisi eşi doğum yaptığında kendisine de söz konusu zammın (yardımın) yapılmasını talep edemez. Ancak işveren işçilerinin çocuklarının doğumunu anılan zam oranı için bir koşul olarak belirlemişse ancak bu takdirde diğer işçiler çocukları-

---

283 Süzek, 365; Taşkent, 83-84; Tunçomağ, 146; Centel, 164; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 68; Ertürk, 107.

nın doğumu halinde bu zammın kendilerine de uygulanmasını talep edebilirler. Bu iki durum arasındaki fark ise ilkinde işverenin tamamen bireysel nitelikli ve kişisel duygulara dayanan bir uygulama yapmasına rağmen diğerinde kolektif nitelikte ve objektif ölçülere dayalı bir uygulama yapması olarak belirtilmiştir.<sup>284</sup>

Görüşümüze göre, eşit davranma borcuna uygun davranılıp davranılmadığı belirlenirken işverenin bir veya birkaç işçisine sağladığı ve parayla ölçülebilen menfaatin işveren tarafından hangi duygularla sağlandığından çok, bu ödeme kendisine yapılmayan ancak aynı koşullara sahip diğer işçiler göz önünde bulundurulmalıdır.

Örneğin işveren, eşi doğum yapan işçiye bir aylık ücreti tutarında sosyal yardım yapmışsa, bundan sonra çocuğu doğan işçilerin de bu yardımı talep etmeleri hukuken mümkün sayılmalıdır. İşveren, böyle bir talep karşısında, söz konusu yardımdan faydalanan işçinin yoksul olduğunu, talepte bulunan işçinin ise yoksul olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürememelidir. Burada önem taşıyan olgu yardımın hangi olaya bağlı olarak yapıldığıdır. Eğer örnekte olduğu gibi bu bir doğum olayı ise, eşi veya kendisi doğum yapan her işçi bu sosyal yardımı talep edebilir.

İşveren, yukarıdaki örneklerde yer alan yardımların belli koşulları taşıyan işçilere yapılacağını belirleme hakkına sahiptir. Ancak bunu, anılan yardımı yapmadan önce veya en geç bu yardımı yaptığı anda işçilere bildirmeli ve anılan koşulları sağlamayan işçilerde geleceğe yönelik olarak, hukuken MK 2 kapsamında korunması mümkün olan bir beklenti yaratmaması gerekmektedir.

Bu görüşe karşı işverenin tek bir işçisine tek bir kez yaptığı bir ödemenin işyeri uygulamasına dönüşme olasılığının olmadığı, bu nedenle de diğer işçilerin anılan sosyal yardımı talep edemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta anılan sosyal yardımın kendilerine de verilmesini talep eden işçilerin işyeri uygulamasına değil, işverenin eşit işlem yapma borcuna dayanıyor olmalarıdır.

Gerçekten de işçilerin işyeri uygulamasına dayalı olarak bir hak talep edebilmeleri için işverence tek taraflı olarak, akdi veya yasal bir zorunlu-

284 Tuncay, 200-202; sosyal yardımların sağlanmasında da eşitlik ilkesine uyulması gerektiği konusunda bkz. Yüksel, 202.

luğa dayalı olmayan bir menfaatin işyerinde genel ve devamlı olarak, aynı şekilde (aynı koşullar altında) sağlanması gerekmektedir.<sup>285</sup> Yargıtay uygulamasında işyerinde en az üç kez uygulanan fiili davranışların işçilerde, anılan menfaatin gelecekte de sağlanacağı yönünde haklı bir beklenti oluşturmaya yeterli olduğu kabul edilmekte ve işyeri uygulamasının oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

Oysa işverenin eşit işlem yapma borcu ya da ayrımcılık yasağına uygun davranması için, iş ilişkisinin kurulmasından önceki ayrımcılık yasakları bir tarafa bırakılırsa, iş ilişkisinin kurulmuş olması yeterlidir.

Dolayısıyla işveren tarafından hangi amaçla yapılmış olursa olsun, belli bir durumun gerçekleşmesi halinde sağlanan sosyal yardım, aynı durumda bulunan diğer işçiler tarafından da istenebilir. İşverenin anılan sosyal yardımı hangi duyguların etkisi altında yaptığı önem taşımaz.

Bu esasın tek istisnasını işverence hataen yapılan ödemeler oluşturur. Eğer işveren bir veya birkaç işçiye sağlamak zorunda olduğunu düşündüğü bir sosyal yardımı sağlamışsa burada hukuki anlamda hata söz konusu olacağından diğer işçiler anılan yardımın kendilerine de ödenmesini talep edemezler.<sup>286</sup>

Öğretideki bir görüşe göre işçilere verilen sosyal yardımlar toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesine dayanıyorsa burada işverenin eşit işlem yapma borcu değil söz konusu iş hukuku kaynaklarının uygulanması vardır. Sosyal yardımların verilmesinde eşit davranma borcu ancak işverence tek taraflı olarak yapılan ikramiye, prim, çocuk zammı gibi sosyal yardımlarda ortaya çıkmaktadır. İşveren, bu yardımları yaparken işçiler arasında yapacağı gruplandırmalarda objektif esaslara göre hareket etmeli, işçiler arasında da keyfi ayırım yapmamalıdır.<sup>287</sup>

Sosyal yardımların sağlanmasında işverenin yapacağı gruplandırmalarda da "ayırıcı" nitelik yaratan ölçütler esas alınmamalıdır. Örneğin sadece erkek işçilere çocuklarının doğumuna bağlı olarak bir aylık ücretleri tutarında yardım yapılacağı ya da sendika üyesi olmayanlara bu yardımın yapı-

---

285 İşyeri uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için Süzek, 55-60, aynı yazar, İşyeri Uygulamaları, 152-154; Ekonomi, 28-29; Çelik, 107-110; Eyrenci/Taşkent/ Ulucan, 34; Mollamahmutoglu, 59-61.

286 Tuncay, 139.

287 Çelik, 179-180; Tunçomağ/Centel, 135; Tuncay, Sempozyum, 31.

lacağı yönündeki bir bildirim ayırım yasaklarına aykırı olduğu için hukuken geçersizdir.

Böyle bir durumda, işveren tarafından ayırım yaratıcı nitelikte bir ölçüt esas alındığından bu uygulama sonucunda ayrımcılığa maruz kalan ve gerekli koşulları sağlayan işçiler, hem bu yardımın kendilerine de yapılmasını hem de ayrımcılık tazminatını talep edebileceklerdir. Ayırımın sendikal nedenle yapılması durumunda SK 31.maddedeki tazminatın ödenmesi gerekecektir.

İşveren tarafından kişisel iradesine dayalı olarak ikramiye ödenmesi durumunda, bu ödemenin aynı grup içinde yer alan bütün işçilere ödenmesi eşit davranma borcunun bir gereğidir. Burada da grupların oluşturulmasında esas alınan ölçütlerin ayrımcılık yaratmaması gerekmektedir.<sup>288</sup>

İşçilere ödenen ikramiyelerde eşit davranma borcuna uygun davranılması ile ilgili olarak Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin feshin geçersizliğinin talep edildiği bir davada verdiği karar şu şekildedir: "...Gerçekten, işçinin üzerine düşen borçları ifa etmesinin ve dağıtıldığı ana kadar yerini korumasının karşılığı bir ödül olan ikramiye çoğunlukla bir ödül düşüncesi dışında belirli vesilelerle verilmektedir. Örneğin, dini ve milli bayram, yılbaşı gibi özel günler sebebiyle ödenebilmektedir. Öte yandan, belli bir sürenin geçmesi sonucu da ödeme yapılmaktadır. Örneğin işçiyi işyerine bağlılığa özendirme için yılın ikinci yarısında veya Nisan, Ağustos ve Aralık aylarında şeklinde bölümler halinde ikramiye ödemesi toplu iş sözleşmeleri veya hizmet akitlerinde öngörülmektedir. İkramiye hakkının doğum şartları, sözleşmeye göre belirlenir. İkramiye, işçinin ücretinin eki olarak geniş anlamdaki ücretine dahil olduğu için, işverenin atıfetine bırakılmış bir bağışlama kabul edilemez. Bu nedenle işverenin objektif iyi niyet kurallarına ve hakkaniyete uygun hareket etmesi zorunludur. İşçinin ikramiye alması için gerekli süre çalışması(na) ve ödeme için belirlenen tarihte ikramiyesinin ödenmesi İş Kanunu'nun 32/V. maddesi hükmü gereğidir. İşveren, tüm işlemlerinde olduğu gibi ikramiye dağıtımında da, aynı durumdaki işçileri arasında farklı işlem yapamaz. Bu husus işverenin işçilere yardım ve gözetme borcuna, eşit işlem yapma ilkesine aykırı düşer. Ödenmesi gereken tarihten üç ay geçmesine rağmen ödenmeyen genel anlamda ücret olarak kabul edilen ik-

288 Tuncay, 203; Taşkent, 83-84, yazar ikramiyelerin ödenmesinde eşit davranma borcunun mutlak bir anlam taşıdığını ifade etmektedir; Yüksel, 203-204, 210.

ramiye için işçilerin bireysel kararlarına dayalı iş görme ediminden kaçınma eylemi yasadışı grev sayılamaz...”<sup>289</sup>

İşverenin grev hakkının kullanılmasını engelleyecek nitelikte ikramiye ödemesi, örneğin greve katılan sendikasız işçilere ödemede bulunurken sendikalı işçilere ödemede bulunmaması da eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaktadır.<sup>290</sup>

Öğretide ikramiyeye hak kazanan ancak ödeme tarihinde işyerinde çalışmayan işçilere de ikramiye ödemesi gerektiği, bunun eşit davranma borcunun bir gereği olduğu, ikramiyenin çoğunlukla geçmişte yapılan çalışmaların ödüllendirilmesi amacını taşıdığı haklı olarak ifade edilmiştir. Yargıtay da hak kazanılan ikramiyelerin, ödeme tarihinde işyerinde çalışılmadığı gerekçesiyle ödenmemesi durumunun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir.<sup>291</sup> Ancak, aynı görüşe göre iş sözleşmesi, dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle sona erdirilen bir işçinin işverenden ikramiye talep edemeyeceğini, bu durumun eşit davranma ilkesine aykırı sayılamayacağını da ileri sürmüştür.<sup>292</sup>

Her şeyden önce eğer ikramiye, işçilerin işyerinde fiilen çalışmalarının karşılığında ödenmekte ise, iş sözleşmesinin hangi nedenle sona erdiğinin bir önemi olmamalıdır. İş sözleşmesi, işveren tarafından sadakat borcuna aykırılık nedeniyle sona erdirilen işçi ile hizmet süresine göre geçmesi gereken bildirim süresini altı hafta aşacak şekilde uzun süreli hastalığa yakalanan ve bu nedene dayalı olarak iş sözleşmesi sona erdirilen işçi arasında, bir önceki yıl fiilen çalışmış olmaları nedeniyle ödenecek ikramiye konusunda ayırım yapılamaz.

Böyle bir ayırım, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan fesihlerde yasada öngörülmeven bir yaptırım oluşturur. Bu görüşün kabulü halinde sadakat borcuna aykırı davranışı nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçiye çalışmasının karşılığı olarak ödenen bir ikramiye ödenmemekte, bir anlamda fiilen çalışmış olduğu süreye ilişkin maddi menfaatlerinden yok-

---

289 Y9HD, 27.6.2005, 19436/22753; aynı yönde Y9HD, 9.3.2005, 3551/7831(Kazancı İçtihat Bankası).

290 Tuncay, 204, Ekonomi, İHU, İşK.14 (No.17), 3-4.

291 Y9HD, 13.6.2005, 18241/21007, Legal İSGHD, C.2, S.8, 1682.

292 Tuncay, 204-206.

sun bırakılmaktadır. Buna ek olarak, yapılan feshe geçmişi etkileyen bir unsur niteliği ekler. Oysaki fesih, sözleşmeyi ileri etkili olarak ortadan kaldıran bir bozucu yenilik doğurucu haktır.

Hiç şüphesiz verilecek ikramiye işçilerin işyerine bağlılığını ve sadakatini ödüllendirmek amacını taşıyorsa bu takdirde anılan ikramiye, iş sözleşmesi ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle feshedilen işçiye ödenmeyebilir.

Bu durumda ikramiyenin ödenme nedeninin işçilerin işverene sadakatlerinin ve işyerindeki çalışma düzenine bağlılıklarının ödüllendirilmesi olduğu belirtilmelidir. Burada işçilerin de anılan ikramiyenin ne amaçla ödendiğini bilmeleri önem taşır. Ancak uyumsuzluk çıktığında işveren, anılan ikramiyenin işçilerin bağlılığını ve sadakat borcuna uygun davranışlarını ödüllendirmek olduğunu ortaya koyabilirse, bir başka deyişle yaptığı uygulamayı objektif olarak haklılaştırabilirse, bu takdirde iş sözleşmesi ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle feshedilen işçi anılan ikramiyeye hak kazanamaz.

Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere ödeme nedeni, bir önceki yılda işyerinde fiilen çalışılmış olması ise, fesih nedeninin ödemenin yapılması veya yapılmaması konusunda herhangi bir öneminin olmayacağı esasını kabul etmek gerekmektedir.

#### **4. Çalışma ve Dinlenme Sürelerinin Düzenlenmesinde Eşit Davranma Borcu**

İşveren genel olarak işyerinde yürütülen işin dağıtımında<sup>293</sup>, fazla çalışma, gece çalışması ve hafta tatilinde çalışma gibi konularda da aynı durumdaki işçilere eşit davranmalıdır. Söz konusu uygulamaların fazla ücret ödenmesi nedeniyle işçi yararına görülmesi de bu durumu değiştirmez. Aynı sonuç işçiye daha az iş verilmesi halinde de geçerlidir.<sup>294</sup>

4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenen denkleştirme süresi ve telafi çalış-

293 Tuncay, 160, yazar 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, eşit davranma ilkesinin emredici bir kural olmadığı noktasından hareket ederek, işin dağıtımı konusunda ilgerinin rızası ile ayırım yapabileceğini ifade etmiştir. Ancak bugün yürürlükte bulunan İş Kanunu açısından eşit işlem yapma borcu (ayrımcılık yasağı) emredici biçimde düzenlenmiş olduğundan bu sonuca varılması mümkün gözükmemektedir.

294 Taşkent, 85; Tunçomağ/Centel, 136; farklı görüş için bkz. Tuncay, 161-162, yazar, tatil günlerine rastlayan çalışmalarla ilgili olarak öncelikle işçinin iradesinin rol oynadığını, ancak bu yöndeki çalışma için çok sayıda işçinin istekli olması ya da tam tersi isteksiz olması durumunda işverenin vereceği kararlarda eşit davranma borcu altında olduğunu ifade etmiştir.

masının uygulanmasında da işçiler arasında eşitlik ilkesine uygun davranılmalı, keyfi işlem yapılmamalıdır.

Yıllık ücretli izin hakkının kullanılması ile ilgili olarak Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği, 13.maddesi ile iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak ayırım yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Buna göre “Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz.

Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır.

Yukarıdaki esaslara göre izine hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz.”

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde açıkça düzenlenmemişse de, işveren yıllık ücretli izin hakkının kullanımında işçiler arasında ayrımcılık yasağına ve eşit işlem yapma borcuna uygun davranmalıdır. Çünkü eşit işlem yapma borcu ve ayrımcılık yasağı, AY 10. ve İK 5.maddeleri uyarınca iş ilişkisinin kapsamına giren her durumda geçerlidir.

### **C. İş İlişkisinin Sona Erdirilmesinde Eşitlik İlkesi**

Türk iş hukukuna iş güvencesini getiren 4773 Sayılı Kanunun, ardından da 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuk sistemimizde yasaya aykırı fesih türü dörde çıkmıştır. Bunlar haksız, geçersiz, usulsüz ve kötü niyetli fesihtir.

İnceleme konumuz açısından yapılacak ilk tespit İş Kanunu'nun 5. maddesinin altıncı fıkrasının, genel olarak bütün işçiler için, iş güvencesi kapsamı içinde olsun olmasın, iş ilişkisinin sona ermesinde maddede düzenlenmiş olan esaslara aykırı davranıldığında ayrımcılık tazminatı talep etme hakkını düzenlemiş olmasıdır.

İş güvencesinin kapsamı dışında olan işçiler açısından iş sözleşmelerinin süreli feshine getirilen tek sınırlama hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.<sup>295</sup> İş güvencesi kapsamı dışında kalan bir işçinin iş sözleşmesi İş Kanunu'nun

---

295 Süzek, 476, aynı yazar Fesih Hakkı, 97 vd.; Çelik, 203-205; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 159; Mollamahmutoğlu; 553 vd; Demircioğlu/Centel, 173-174. 1475 sayılı İş Kanunu ile ilgili olarak bkz. Ekonomi, 186 vd.; Tunçomağ, 208-209; Tunçomağ- Centel, 193; Narmanlıoğlu; 303 vd; Centel, 177-178.

5. maddesinde yer alan sebeplerden birine dayalı olarak feshedildiğinde, bu fesih hem ayrımcı nitelik taşıyan hem de İş Kanunu'nun 17. maddesine göre kötü niyet tazminatına hak kazandıran bir fesih olarak değerlendirilecektir. Ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatının bir arada istenip istenemeyeceği yolunda değişik görüşler bulunmakla birlikte, görüşümüze göre işçi her iki tazminatı da talep etme hakkına sahiptir.<sup>296</sup>

İş güvencesi kapsamı içindeki işçiler açısından ise İş Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü bendinin a ve d fıkralarında düzenlenen durumlar ile İş Kanunu'nun 5. maddesindeki durumlar arasında paralellik olduğu görülmektedir. İş Kanunu'nun 18/III, a ve d fıkraları işverenin iş sözleşmesini feshederken hamilelik, sendika üyeliği, sendikal faaliyet, ırk, renk, dil, din, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, doğum, siyasi görüş ve benzeri nedenlere dayalı olarak hareket etmesini geçersiz fesih olarak değerlendirmiştir.<sup>297</sup>

İş Kanunu'nun 5. ve 18. maddelerinde belirtilen nedenlere dayalı olarak iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğine ilişkin kural ILO'nun 158 sayılı sözleşmesi ile de uyumludur. Görüldüğü üzere İş Kanunu'nun 5. ve 18. maddelerinin düzenlenmesinde büyük ölçüde aynı özellikler esas alınmıştır. İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan ancak 5. maddede açıkça yer almayan ölçütler de bu maddede yer alan “benzeri sebepler” kavramı içinde değerlendirilebilecek niteliktedirler.

Neredeyse birbiriyle aynı şekilde düzenlenmiş olan iki ayrı kanun maddesinin uygulamada neden olacağı ilk sorun, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin, örneğin hamilelik ya da siyasal düşünce nedeniyle feshedilmesi halinde, *ayrımcılık tazminatı* ile *iş güvencesi tazminatının* bir arada istenip istenemeyeceğinin belirlenmesi konusunda ortaya çıkmaktadır.<sup>298</sup>

### **1. İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin “Medeni Hal ve Ailevi Yükümlülük” Durumunun Esas Alınması ve Eşitlik İlkesi**

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi feshin geçersizliği iddiası ile açılan davalarda, uyuşmazlığı incelerken bir dönem sosyal seçim ölçütlerini esas almıştır.

296 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, 331-335.

297 Süzek, 546; Yenisey, Fesihte Eşit Davranma, 64.

298 Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği ile ilgili çeşitli görüşler için bkz. Yıldız, 335-337.

Yüksek mahkeme bu dönemde vermiş olduğu bir kararda<sup>299</sup> işverence dikkate alınması gereken sosyal seçim ölçütlerini şu şekilde belirlemiştir; "... İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır..."

Sosyal seçim ölçütlerini eleştiren yazarlar tarafından isabetli olarak belirtildiği üzere bu ölçütler işçi ile işveren arasındaki menfaat çatışmasını değil, işten çıkarılan işçilerle çıkarılmayan işçiler arasında menfaat çatışmasını ortaya çıkarmakta ve hâkimi çözümü güç sorunlarla karşı karşıya bırakmaktadır.<sup>300</sup>

Sosyal seçim ölçütlerinin inceleme konumuzla ilgili olan kısmı ise "medeni hal ve ailevi yükümlülük" kavramıdır. Konuyu eşitlik ilkesi açısından değerlendirmeden önce belirtmek gerekir ki, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde medeni hal ve ailevi yükümlülükler, yani evli olup olmama ya da çocuk sahibi olup olmamaya göre karar verilmesi yürürlükte bulunan İş Kanuna uygun düşmemektedir.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde açıkça "medeni hal" ve "ailevi yükümlülüklerin" fesih için geçerli neden sayılmaya çağrı hükme bağlanmıştır. İşveren işten çıkaracağı işçilerin seçiminde medeni hal veya ailevi yükümlülükler dayalı olarak işlem yaparsa bu durum zaten feshi geçersiz kılacaktır.

Kaldı ki bu durumlar işçilerin Anayasal düzeyde korunma altına alınmış olan özel hayatları ile ilgilidir. İş Kanunu'nun 18/III, d hükmü olmasaydı

---

299 Y9HD, 3.4.2006, 4878/8253. (Kazancı İçtihat Bankası).

300 Çelik, Eşit Davranma Borcu, 7; aynı yazar, 224-226, yazar herhangi bir yasal dayanağı olmayan sosyal seçim uygulamasına karşı olduğunu, işverenin işten çıkaracağı işçileri seçerken fesih hakkının keyfi ya da eşit davranma borcuna aykırı olarak kullanılması durumları dışında yönetim hakkı çerçevesinde serbestçe karar verebileceğini ifade etmektedir. Süzek, 544-545; Alpagut, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 99; Yüksel, 260-261, sosyal seçim ölçütleri arasında yer alan "işçinin bakım yükümlülükleri" ve "işçinin ailesinin ücretli bir işte çalışması" ölçütlerinin kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu ifade etmektedir. Bu tespit, anılan ölçütlerin erkekler açısından gerçekleşme olasılığının daha yüksek olduğu çünkü eşi çalışmayan erkek sayısı ile kadın sayısının arasında önemli fark olduğu gerçeğine dayalı olarak yapılmıştır.

dahi anılan durumların iş sözleşmesinin feshinde dikkate alınması mümkün görülemezdi. İş ilişkisinde ve bu ilişkinin devam etmesinde işçinin özel hayatına giren durumlar değil, iş akdi ile yüklendiği iş görme ve sadakat borcu önem taşımaktadır.

Daha açık bir ifadeyle işveren için işçinin işini nasıl gördüğü, sadakat borcuna uygun davranıp davranmadığı esas itibarıyla önem taşıyan husustur. Bunun ötesinde işçinin evli olup olmadığı, çocuk sayısı ya da diğer ailevi yükümlülükleri işçinin iş görme borcu ya da sadakat borcu ile ilgili olmadığından iş ilişkisinde, özellikle de işçinin işini devam ettirmesindeki haklı menfaati ile ilişkili değildir.

Somut örnekler vermek gerekirse, iş sözleşmesinin feshinde bekar ya da evlilik dışı bir kişiyle birlikte yaşayan bir işçinin evli bir işçiye, evli ancak çocuğu olmayan bir işçinin iki çocuklu diğer bir işçiye tercih edilmesi anılan işçilerden birinin daha verimli çalışmasına ya da işyeri için arz ettiği öneme değil sadece medeni duruma ve ailevi yükümlülüklerle ilişkindir. Bu nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi, iş güvencesi kapsamında ise İK 18/ III,d uyarınca dava açarak işe iadesini talep edebilir. Yasa'nın açık hükmü karşısında işverenin, bu uygulamanın sosyal seçim ölçütlerine dayandığını iddia etmesine hukuken geçerlilik tanınmaz. İşçi iş güvencesi kapsamı dışında ise de medeni duruma veya çocuk sayısına dayalı olarak yapılan bir uygulama İş Kanunu'nun 5. maddesinde ifade edilen benzer sebepler kavramı içinde değerlendirilmeli ve yapılan feshin ayrımcılık yasağına aykırılığı olduğu tespit edilmelidir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan “ve benzeri sebepler” ifadesi, görüşümüze göre, fesih dışında da işverenin işçileri arasında medeni hal ve ailevi yükümlülüklerle dayalı olarak “haklı bir neden olmaksızın” ayırım yapmasını da engeller.

Sonuç olarak, işçi-işveren arasındaki ilişkide işveren için önem taşıyan hususlar işçinin iş görme borcunu nasıl yerine getirdiği ve sadakat borcuna uygun davranıp davranmadığıdır. Bu iki borcun dışında kalan, özellikle de işçinin özel hayatını ilgilendiren bir konunun iş ilişkisinin devamı üzerinde etki yaratması mümkün olmamak gerekir. Bunun ötesinde özel hayat alanına giren bir nedene dayalı olarak yapılan farklı uygulama Anayasa'nın 10. ve İş Kanunu'nun 5. maddeleri uyarınca da eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yapılacak bir kanun açısından, yasa koyucunun tercihi, yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi işçi çıkarmalarda belli bir seçim esasının getirilmesi yönünde olacak ise, bu seçim ölçütlerinin ayrımcı nitelik taşımamasına da özen göstermelidir. Görüşümüze göre, ülkemiz koşulları ele alındığında işçinin medeni durumu ya da çocuk sayısına dayalı olarak seçim yapılabilmesi mümkün değildir.

Yabancı hukuklarda değişik şekillerde düzenlenen sosyal seçim ölçütlerinin Türk Hukuku'na aktarılmasında, anılan ülkelerde sosyal seçim sonucunda işsiz kalan kişiler ile işten çıkarılmayan işçilere sağlanan sosyal yardımları ve sosyal güvenlik ödemelerini de incelemek, anılan ülkelerin işgücü piyasalarının genel durumunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

Şüphesiz yabancı hukuk sistemlerinde sosyal seçim ölçütlerinin uygulanmasının amacı fesihden en az zarar görecekt kişiler seçilmesi, bu yolla toplumun bütününün de en az zarar görmesinin sağlanmasıdır. Fesihden en az zarar görecekt kişiler seçilirken, bunlar yerine diğerleri işten çıkarıldığında sosyal güvenlik sistemine ek yük getirilip getirilmediğine de bakılmalıdır.<sup>301</sup> Daha açık ifade etmek gerekirse, bir hukuk sisteminde ailevi yükü fazla olan, örneğin iki çocuklu bir işsize işsizlik sigortasından ne kadar süre ile ödeme yapıldığı, aynı durumdaki bekâr ve çocuksuz işçiye ne kadar süre ile ve ne miktarda yardım sağlandığı, ailevi durumlara göre vergi indirimi uygulanıp uygulanmadığı ortaya konmadan bu uygulamaların hukuk sistemimiz için de genelleştirilerek iktisap edilmesi yerinde görülmez.

Konuyu bu açıdan ele aldığımızda ülkemizde bekar bir işçinin ya da evli ve çocuklu bir işçinin işten çıkarılmasında bir fark olmadığı görülmektedir. İşten çıkarılan bir işçiye ödenecek işsizlik sigortası ödeneği sadece işçinin kıdemini esas alarak ödeme süresi açısından farklılık gösterebilmektedir. Bu ödeneğin miktarında işçinin evli olup olmadığı ya da kaç çocuğunun olduğu önem taşımamakta, anılan durumlara dayalı olarak işsizlik ödeneğinde herhangi bir artırım yapılmamaktadır.

---

301 Örneğin Alman Hukukunda işsizlik yardımı (Arbeitslosenhilfe) ödemelerinde aynı hane içinde yaşayan kişiler de dikkate alınmakta ve bu kişiler için de değişen oranlarda ödeme yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.hukuk24.de/arbeitslosengeld/arbeitslosengeld.pdf>. İrlanda ve Birleşik Krallık'da da yaşa ve çiftlerin her ikisinin de işsiz olmalarına, çocuk sayılarına göre değişen işsizlik ödenekleri verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://en.wikipedia.org/wiki/Unemployment\\_benefit](http://en.wikipedia.org/wiki/Unemployment_benefit)

## 2. İşçilerin Sözleşmelerini Feshinde İşçinin Yaşının ve/veya Emekliliğe Hak Kazanmış Olmasının Esas Alınması ve Eşitlik İlkesi

İş sözleşmelerinin feshi ile ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer durum ise işçinin yaşıdır. Türk Hukukunda yaşa dayalı ayrımcılık İş Kanunu'nun 5. maddesinde açıkça yasaklanmamıştır. Ancak yaşa dayalı ayrımcılığın İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "benzeri sebepler" kavramı çerçevesinde yasaklandığı kabul edilmelidir. Ancak yapılacak bir kanun değişikliği ile maddeye yaş ölçütünün de ayrıca ve açıkça eklenmesi gerektiği tartışma dışıdır. Böylelikle İş Kanunu'nun 5. maddesi 2000/78 sayılı Avrupa Birliği direktifi ile de uyumlu hale gelecektir.

Hukuk sistemimizde işçiler için resen emeklilik<sup>302</sup> öngörülmemiştir. Uygulamada yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin işverence işin, işyerinin veya işletmenin gereklerine dayalı olarak feshi, işyeri iç yönetmeliklerine belli bir yaşa erişildiğinde iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğine<sup>303</sup> ya da feshedileceğine ilişkin kayıtlar konması ya da toplu iş sözleşmesi veya diğer yazılı kaynaklara toplu işçi çıkarmalarda uyulacak sıra belirlenirken öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış kişilerin seçileceğine ilişkin kurallara sıklıkla rastlanmaktadır.

Toplu işçi çıkarmalarda yaşı daha büyük olanların daha önce çıkarılmasının eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturmayacağı yönünde görüşler<sup>304</sup> bulunsa da fesih ile ilgili olarak belirleyici tek ölçütün yaş olarak ele alındığı durumların ayrımcı nitelik taşıdığını düşünmekteyiz.

Öğretide, sadece belli bir yaşa erişme halinde ya da emekli aylığına hak kazanma şartlarına bağlı olarak iş sözleşmesinin sona erdirileceğine ilişkin kayıtlar içeren hükümlerin hukuka uygun olmadığı<sup>305</sup> ancak yaş grupları belirlenerek buna göre ücret ya da iş koşullarının oluşturulmasında haklı ve akla uygun sınıflandırma yapılması ya da anılan unsurların bir uygu-

302 Sözer, 199, yazar 506 sayılı SSKn'a tabi işçiler için resen emeklilik uygulaması bulunmadığını ancak 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa tabi işçiler için bu uygulamanın söz konusu olabildiğini ifade etmektedir.

303 Alman Hukukunda Genel Eşit Davranma Yasasından sonra bu yönde hükümlerin konulmasının artık mümkün olmadığı konusunda bkz. Ergin, 661.

304 Tuncay, Sempozyum, 49.

305 Sözer, 184, 188; Alp, 157-158, aynı yazar, Yaş Sınırı, 179.

lama esası ile birlikte geçerli sebep oluşturabileceği ifade edilmiştir.<sup>306</sup> Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş yaşa dayalı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesini kişinin anayasal düzeyde korunmakta olan çalışma hakkı ile kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına aykırı bulmakta ve geçerli sayılmaları gerektiğini savunmaktadır. Ancak bazı mesleklerin özellikleri gereği belli bir yaşa ulaşmış olmanın fesih için geçerli sebep olarak kabul edilebileceği de belirtilmektedir.<sup>307</sup>

Hiç şüphe yok ki, belli bir yaşa ulaşmış olma, yapılan işle ilgili olarak sürekli verim düşüklüğü yaratıyorsa, işçiden beklenen özen gösterilemiyorsa, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden oluşturur. Ancak bunun ötesinde işçinin sadece belli bir yaşa gelmiş olması ya da emekliliğe hak kazanmış olması<sup>308</sup>, tek başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden oluşturmaz.<sup>309</sup>

Emeklilik hakkını kazanmış ve belli bir yaşa gelmiş işçilerin iş sözleşmelerinin, anılan nedenlere dayalı olarak feshinin geçerli sayılıp sayılmayacağı Yargıtay tarafından da incelenmiştir. İnceleme konusu uyuşmazlığın esası, işyeri iç yönetmeliğinde otuz hizmet yılını dolduran ve emeklilik hakkını kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi üzerine açılan feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasıdır.

Yüksek mahkeme, söz konusu davada, anılan yönetmelik hükmünün

---

306 Bu görüşler için bkz. Tuncay, 132-133; Ekonomi, Yaş Sınırı ve Emeklilik, 134.

307 Sözer, belli bir yaşa gelme olgusunun profesyonel sporcular için de fesih nedeni olabileceğini ifade etmiştir, 199; Alp, 156.

308 Emeklilik hakkının kazanılmış olmasının tek başına geçerli fesih sayılamayacağı ile ilgili olarak bkz. Y9HD, 11.12.2003, 20222/20604, Legal İSGHD, C.1, S.2, 650-651; Y9HD, 15.4.2004, 6141/7644, Legal İSGHD, C.1, S.3, 1006-1007; Y9HD, 13.12.2004, 28790/27501, Legal İSGHD, C.2, S.6, 734-736; Y9HD, 27.3.2006, 5584/7876, Legal İSGHD, C.3, S.11, 977-979.

309 Ekonomi, Yaş Sınırı ve Emeklilik, 131-133; Süzek, 509; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 171; Şahlanan, 2003 Yılı Karar Değerlendirmesi, 100-101; Taşkent, 2004 Yılı Karar Değerlendirmesi, 65; Tuncay, 2004 Yılı Karar Değerlendirmesi, 123-124, yazar, işyerinde daha önceden belirlenmiş ve işçilere duyurulmuş, genel ve objektif bir düzenleme ile belli bir yaşa ulaşmış olanların ya da emekliliğe hak kazanmış olanların iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin bir düzenleme bulunuyorsa, dürüstlük kuralı ve eşitlik ilkesi çerçevesinde yapılacak fesihlerin işyeri gereklerine dayanan geçerli fesih olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır; Alp, Yaş Sınırı, 179. Y9HD, 18.3.2002, 17796/4220, Bu kararda personel yönetmeliğindeki bir hükme dayalı olarak işçinin 60 yaşını doldurması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi haksız fesih olarak değerlendirilmiştir, Legal İSGHD, C.1, S.1, 254; Çankaya/Günay/Göktaş, 91.

davacı işe girdikten sonra yürürlüğe konmuş olması, davacının sonradan bu hükmü kabul ettiğine dair bir belgenin bulunmaması ve davalı bankada personel fazlalığının bulunduğu ispatlanamamış olması nedenlerine dayalı olarak davacı lehine karar vermiş, feshin geçersizliğine ve işe iadeye hükmetmiştir.<sup>310</sup> Aynı kararda Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, "...işyerinde personel fazlalığı bulunması halinde, sosyal seçim kriteri olarak, hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkartılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulması mümkün ise de...." ifadesiyle esas olarak böyle bir uygulamanın geçerli sayılabileceğini belirtmiştir.

Ancak sonuç olarak, uyuşmazlık konusu uygulamanın hukuki dayanağını oluşturan iç yönetmeliğin davacı işçiyi bağlayıcı olmadığına ve norm kadro sayısında artırıma gidilerek yeni personel istihdam edildiği gerekçelerine dayalı olarak feshin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Bunun ötesinde belli bir yaşa gelme ve emekli aylığına hak kazanma koşullarıyla ilgili olarak bir geçerlilik tartışmasına girmemiştir.

Bu kararda işverenin yeniden yapılanma aşamasındaki gerçek hedefi olan genç ve nitelikli personelle çalışma hedefine ulaşmak için otuz hizmet yılını doldurmuş ve emekliliğe hak kazanmış kişileri işten çıkarma kararı, öğretide işletme gereklerine uygun, işverene geçerli bir sebebe dayalı fesih yapma hakkı veren bir işletmesel karar olarak değerlendirilmemiştir. Bu görüşün temelinde, davalı bankanın, görülen işlerin neden sadece daha genç çalışanlar tarafından yerine getirilmesinin gerekli olduğunu, aynı nedenlerden dolayı belli bir yaşa gelmiş olan personelin çalışmasının neden mümkün olmadığını ortaya konamadığı, işten çıkarılan işçilerin eğitim seviyesi düşük ve yabancı dil bilmeyen elemanlar olduğunu, bunların yerine işe alınanların ise eğitim seviyeleri yüksek ve yabancı dil bilen elemanlar olduğunun da kanıtlanamadığı esasları yer almaktadır. Ayrıca yapılan iç yönetmelik değişikliğinde de eğitim ve yabancı dil bilme ölçütlerine yer verilmeksizin sadece hizmet yılı ve emeklilik aylığına hak kazanma ölçütlerinin esas alınmış olması da işverenin esas amacının işgücü ihtiyacının değiştirilmesi değil sadece personelin yenilenmesi ve gençleştirilmesi olduğu tespiti de, son derece haklı olarak, yapılmıştır.<sup>311</sup> Bütün bu olgular, incele-

310 Y9HD, 10.4.2006, 5883/9359, Ekonomi, Yaş Sınırı ve Emeklilik, 126-130.

311 Alp, 157; Benzer yönde bir diğer karar için bkz. Y9HD, 29.12.2003, 23204/22988,

me konumuz açısından değerlendirildiğinde, işverenin esas amacının belli bir yaşa gelmiş işçileri işten çıkararak yerlerine genç personel almak istediği, daha açık bir deyişle yapılan fesihlerde yaşa dayalı ayrımcılık yapıldığı sonucuna ulaşılabilir.

İşçinin emeklilik yaşına gelmiş olmasına İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde de değinilmiştir. Buna göre işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hali de sayılmıştır. Öğretide, Alman hukukundaki uygulamalar ve yasanın gerekçesinde yer alan bu ifade esas alınarak işçinin belli bir yaşa ulaşmış olması durumunun işyerinden kaynaklanan bir sebep olarak değerlendirildiğini, ancak yaşa dayalı olarak yapılan bir feshin geçerli sayılabilmesi için işçinin sosyal güvencesinin de bulunması, yani yaşlılık aylığına hak kazanmış olması gerektiği, bu iki unsurun bir arada bulunmasının geçerli fesih için şart olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre işçi belli bir yaşa erişmiş ise ve yaşlılık aylığı almaya hak kazanmışsa, iş sözleşmesi işyerinden kaynaklanan nedenlere dayalı olarak geçerli nedenle feshedilebilecektir.<sup>312</sup>

Yargıtay'ın bu konuda verdiği bir diğer kararda ise, davacının yaptığı işin esas alındığı, bu iş için kadro fazlası bulunmadığı tespitinin yapıldığı, bu nedenle de belli bir hizmet yılını doldurmuş olma ve emekliliğe hak kazanma olgularına dayalı olarak yapılan feshin geçerli sayılmadığı görülmektedir.<sup>313</sup>

Yüksek mahkemenin toplu iş sözleşmesinde belli bir yaşa gelen işçiler için iş sözleşmesini fesih olanağı tanıyan düzenlemelerine dayalı olarak işverence yapılan bir fesihle ilgili olarak verdiği bir diğer kararı<sup>314</sup> ise şu şekildedir; "Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği, işgücü fazlalığı-

---

Legal İSGHD, C.1, S.2, 633-635.

312 Ekonomi, Yaş Sınırı ve Emeklilik, 135-136; Alp, Yaş Sınırı, 181, yazar belli bir yaşa gelmiş olma ve emekliliğe hak kazanmış olma koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde, bu durumun İK 18. madde kapsamında işletme gerekleri ile fesihlerde bir seçim ölçütü olduğunu ifade etmiştir.

313 Y9HD, 20.3.2006, 1991/6982 (Kazancı İçtihat Bankası)

314 Y9HD, 18.12.2006, 26214/33181 (Kazancı İçtihat Bankası). Bu karara konu olan olayda uygulanan toplu iş sözleşmesinin ilgili maddesi şu şekildedir: "İşçilerden erkeklerin 55 ve kadınların 50 yaşını doldurmaları halinde iş bu sözleşme hükümlerine göre ihbar önellerine uymak şartıyla taraflardan herhangi birisi hizmet akdini tek taraflı olarak feshedebilir." Görüldüğü üzere maddede kadınlar ve erkekler için farklı yaş sınırı düzenlenmiştir. Bu durum doğrudan cinsiyet ayrımcılığı da oluşturmaktadır.

nın giderilmesinde belirli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunma iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilirse de, uygulamanın genel ve objektif bir şekilde yapılması, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmektedir. Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki emeklilik ile ilgili düzenlemenin genel olarak uygulanıp uygulanmadığı anlaşılamamaktadır. Davalı işverenin yaş ile ilgili düzenlemeyi genel olarak işyerinde objektif bir şekilde tüm işçilere uyguladığı takdirde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Aksi halde ise, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmelidir.”

Görüldüğü üzere bu kararda da yapılan uygulamanın *genel ve objektif bir biçimde uygulanması*<sup>315</sup> gerektiğine işaret edilmiş, ancak kural olarak belli bir yaşa gelen ve emeklilik hakkını kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebileceğine ilişkin görüşünü tekrar etmiştir.

Yaşa dayalı ayrımcılık ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde ülkemizin sosyal koşulları da dikkate alınmalıdır. Herkes tarafından bilindiği üzere ülkemizde genç işsizlik oranı yüksek seviyelerde seyretmektedir. Konuyla ilgili AB direktifinde de hukuka uygun istihdam politikalarının yaşa dayalı farklı uygulamayı haklılaştırabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla yaşa dayalı ayrımcılık iddialarında, işverenlerden söz konusu uygulamayı hangi amaca ulaşmak için gerçekleştirdiklerini ortaya koymaları beklenmelidir. Şayet bu amaç hukuken korunabilecek makul bir amaç ise bu takdirde yapılan farklı uygulamanın ayrımcılık sayılmadığı kabul edilmelidir.<sup>316</sup>

Bu kapsamda, yukarıda yer verilen kararlarda Yargıtay 9. Hukuk

315 Bu esasa vurgu yapıldığı diğer kararlar için bkz. Y9HD, 23.10.2003, 18090/17878, Legal İSGHD, C.1, S.1, 188-190; Y9HD, 5.12.2006, 24004/31985, Legal İSGHD, C.3, S.14, 712-713; Y9HD, 21.11.2006, 22624/30737, Legal İSGHD, C.3, S.14, 742-743; Y9HD 15.5.2006, 12635/14038, Bu kararlar ilgili bir inceleme için bkz. Demir, Yaş, 111 vd., yazar, emekliliğe hak kazanan ve 55 yaşını dolduran işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine ilişkin olan toplu iş sözleşmesi hükmünün, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi sona erdikten sonra da iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam edeceğini, şayet bu hüküm işyerinde genel olarak (istisnasız her işçi için) uygulanmışsa geçerli sayılacağına ilişkin verilen kararı isabetli bulmaktadır; Y9HD, 30.6.2008, 1848/18002 (Kazancı İçtihat Bankası); Y9HD, 7.4.2008, 7524/7740 (Kazancı İçtihat Bankası); Y9HD, 2.2.2009, 11540/866, Çalışma ve Toplum, S.22, 326-327.

316 Alp, Yaş Sınırı, 185.

Dairesi'nin işyerinde aslında norm kadro fazlalığı olmaksızın sadece bankada daha genç işçi çalıştırmak için belli bir yaşa ulaşmış olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshini geçersiz sayması son derece yerindedir. Bu karardan yola çıkarak salt belli bir yaşa gelmiş olan ve emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin haklı görülemeyeceği yönünde beyan edilen ve yukarıda yer verilmiş olan görüşlere de aynen katıldığımızı belirtmek isteriz.

Yüksek mahkeme, incelediği bir diğer uyuşmazlıkta "...Davalı kamu kuruluşu bütçe yetersizliği, işçi fazlalığı, maliyetlerin yüksek oluşu gibi ekonomik nedenlerle 53 yaşını doldurmuş ve emeklilik hakkını kazanmış işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yoluna giderek genel bir uygulama yapmıştır. İşten çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alındığı da iddia ve ispat edilmiş olmadığından ve kamu kurumlarında ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırıldığı da bilinen bir gerçek olduğundan fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmelidir...." ifadeleri içeren bir karar vermiştir.<sup>317</sup> Bu karara konu olan uyuşmazlıkta olduğu gibi işveren tarafından genel, hukuken meşru görülebilecek bir amaca ulaşmak için gerekli bir uygulama yapılmışsa, daha açık bir ifadeyle işverenin keyfi olarak belli bir yaşa gelmiş ve/veya emeklilik hakkını elde etmiş işçileri işten çıkarmadığı ortaya konabiliyorsa yapılan uygulama eşitlik ilkesine de aykırı sayılmayacaktır.

İş sözleşmesinin feshinde sadece belli bir yaşa gelmiş olma ya da emekliliğe hak kazanma tek başına hukuka uygun bir ölçüt olarak değerlendirilmemelidir. Ancak bu iki durum bir arada gerçekleşmişse, işyerinde personel fazlalığı ortaya çıkmışsa, yapılacak işin gereği olarak belli bir yaşa gelmiş olanların işten çıkarılması makul görülebiliyorsa bu uygulama da hukuka uygun kabul edilmelidir.

### **3. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşitlik İlkesi Konusunda İleri Sürülen Görüşler**

İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde eşit davranma ilkesinin uygulanmayacağını, bu konuda işverenin sözleşme özgürlüğünün üstün tutulması gerektiğini<sup>318</sup> veya fesihte mutlak bir eşit işlem yapma borcunun bulunma-

317 Y9HD, 29.01.2004, 23159/1418, [http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000\\_2005.pdf](http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf), 340-342.

318 Tunçomağ, 147; Tunçomağ/Centel, 136; Çelik, 178-179, aynı yazar Eşit Davranma Bor-

dığını savunan görüşlerin<sup>319</sup> yanı sıra, eşit işlem yapma borcunun fesihle de geçerliliğini koruduğunu savunanlar da bulunmaktadır.<sup>320</sup>

*a. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcunun Bulunmadığını Savunan Görüş*

İş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcu bulunmadığını ileri süren görüşün temelinde eşit işlem yapma borcunun ancak toplu bir uygulama yapıldığında söz konusu olabileceği şeklindeki düşünce yer almaktadır. Bu görüşü savunanlar, süreli (olağan) fesih işleminin muhatabının çoğunlukla tek bir kişi olduğunu, bunun yanı sıra fesih hakkının kullanılmasının tamamen işverenin iradesine bırakılmış bir yenilik doğurucu hak olduğunu, bu nedenle de kullanılmasının herhangi bir koşula bağlı tutulmayacağını ifade etmektedirler. Ancak işveren tarafından fesih yetkisi önceden kendi tarafından sınırlanmışsa bu takdirde eşit işlem yapma borcunun sınırlı olarak gündeme gelebileceğini düşünmektedirler.

Bu görüşe göre haklı nedenle derhal fesih (olağanüstü fesih) durumunda ise işverenin bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda serbest olduğu, hatta birçok işçi arasında aynı nedene dayalı olan haklı nedenle fesih hakkının kullanılması konusunda dahi işverenin pek çok farklı ölçüte göre değerlendirme yapabileceği söylenmiştir. Örneğin haklı nedenle derhal fesih olanak tanıyan bir davranışı gerçekleştiren birkaç işçi arasında işveren, işçinin kıdemi, daha önce benzer davranışlarda bulunup bulunmadığı ya da o işçinin işten çıkarılmasının işyeri/işletme için etkilerini dikkate alarak

---

cu, 5-6, yazar, İK 5. maddede ve SK 31. maddede düzenlenen nedenlere dayalı olarak sadece ayırım yapılamayacağını hükme bağlanmış olduğunu, bunlarla aynı durumda olan işçiler arasında seçim yaparken keyfiliğe ve kötüye kullanmaya yol açan durumlar dışında işvereni kısıtlayıcı nitelikte olmadıklarını, konuyla ilgili olarak Alman Hukukundaki görüşlerden hareket ederek hukuk sistemimiz için de bunların kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir; benzer yönde, Demircioğlu/Centel, 123; Centel, 165; Demir, 126-127; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 69, aynı yazar, Fesihle Eşit Davranma, 61-62, 64-65 Alman Hukukundaki görüşler için bkz. aynı yer 65 dn 8-11; Metodoloji, 997; Alpagut, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 94; Engin, 112, yazar Türk Hukukunda fesihle eşit davranma ilkesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir; Uşan, 1630; Aydın, 64.

319 Taşkent, 83; Mollamahmutoğlu, 431; Özdemir, 258; Çil, 675, aynı yazar, Fesihle Eşit Davranma Borcu, 304-306, 308, yazar, İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiş olan ayırım yasaklarını ele alarak işverenin fesihle eşit işlem yapma borcunu bu durumlarla sınırlı olarak kabul etmektedir.

320 Tuncay, 213-217, aynı yazar, Sempozyum, 32,51; yazar, eşit davranma ilkesinin fesihlerde de geçerli olduğunu ancak daha esnek davranılması gerektiğini ifade etmektedir. Ekonomi, 157; Süzek, 410, 545-546; Ertürk, 111-112; Çankaya/Günay/ Göktaş, 70.

bir karar verebilir. Aynı şekilde bir işçinin, gerçekte haklı nedenle feshe olanak sağlayan bir davranışını affetmek de işverenin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak ifade edilmiş, bu nedenle de diğer işçilerin eşit davranma borcuna dayalı olarak herhangi bir talepte bulunamayacakları sonucuna varılmıştır.<sup>321</sup>

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde işverenin işten çıkaracağı işçileri seçmede serbest olduğunu ortaya koymak için farklı bir yorum tarzı da yapılmıştır. Buna göre, aynı olaya karışan iki işçiyi işten çıkaran işverenin daha sonra bunlardan birini tekrar işe alma konusunda serbest olduğuna, böyle bir durumda işe alınmayan işçinin eşit işlem yapma borcuna aykırılık iddiasında bulunamayacağına, dolayısıyla da bu işlem hukuken geçerli olduğuna göre en baştan işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcu altında olmadığı kabul edilmelidir.<sup>322</sup>

#### *b. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcunun Bulunduğunu Savunan Görüş*

İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız ikinci görüş ise bu soruya olumlu cevap vermektedir. Öğretide *Tuncay*, eşit davranma ilkesinin keyfi ayrımları yasakladığını, işverenin fesih hakkını kullanırken haklı nedene dayanan ayrımlar yapabileceğini, bu durumun eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturmayacağını ifade etmiştir.

Bu görüş uyarınca eşit davranma ilkesi süreli fesihten daha çok haklı nedenle derhal yapılan fesihlerde söz konusu olabilecektir. Haklı nedenle derhal yapılan fesihlerde, feshe yol açan haklı nedenin iş sözleşmesi sona erdirilecek kişiler arasında “keyfi ayrım” yaratacak şekilde kullanılmaması gerekmektedir. Önem taşıyan nokta, yapılan fesihlerde eşit davranma ilkesine uyulup uyulmadığının belirlenmesi açısından aynı veya benzer nitelikli olayların ve bunlar karşısında işverenin tutumunun belirlenmesidir.

İş Kanununda düzenlenmiş olan ve taraflara haklı nedenle derhal fesih hakkı veren durumlarda, ya taraflar arasındaki güven ilişkisi çökmüştür ya da artık taraflardan aradaki akdi ilişkiye devam edilmesini beklemek dü-

---

321 Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. *Tuncay*, 207-209 ve dn 225-238 arasında belirtilen yazarlar.

322 Uşan, 1630.

rüstlük kuralı gereğince mümkün değildir.<sup>323</sup>

Öğretide, özellikle haklı nedenle feshin sözleşmeyi derhal sona erdiren, ağır sonuçları olan bir fesih türü olduğundan feshe konu oluşturan sebebin akdi ilişkiye derhal son verilmesini haklı kılacak kadar ağır bir sebep olması gerektiği, bu nedenle de taraflar arasındaki iş ilişkisi ne kadar uzun sürmüşse olayın belli bir ağırlığa erişmiş olmasının aranmasının da o ölçüde gerekli olduğu, haklı olarak ifade edilmiştir.<sup>324</sup>

Varılan bu noktadan sonra incelenmesi gereken bir diğer sorun, işverenin eşit işlem yapma borcu gereğince aynı olaya karışmış olan bütün işçileri işten çıkarmak zorunda olup olmadığıdır? Bu soruya kural olarak olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Elbette ki işveren, aynı olaya karışmış olsalar dahi işçilerin bireysel niteliklerine göre fesih iradesini şekillendirecektir.<sup>325</sup>

İş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcunun bulunmadığını ya da mutlak anlamda bulunmadığını, fesihlerde eşit davranma borcunun sadece kötü niyetli ve keyfi fesihleri engellemeyle sınırlı olarak var olduğunu ileri süren görüşlerin incelenmesi sonucunda, bu görüşlerin fesihte eşit işlem borcunu, işverence aynı fiili gerçekleştiren işçilerin tamamının işten çıkarılması ya da tamamının çalıştırılmaya devam edilmesi şeklinde yorumladıklarını, bu nedenle de iş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcunun bulunmadığını ifade ettiklerini düşünmekteyiz.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere eşitlik ilkesi, aynı veya benzer durumda olanlar arasında keyfi ayrımlar yapılmasını engeller. Aynı veya benzer durumda olanlara eşit şekilde davranılması gerekir. Bu genel anlatım kendi içinde karşıt anlamını da barındırmaktadır. Daha açık bir anlatımla, eşitlik ilkesi, aynı zamanda farklı durumda olanlara eşit-aynı davranılmasını da yasaklar.<sup>326</sup> Ancak bu sayede uygulamada eşitlik ilkesi gerçekleştirilebilir. Nasıl ki yasama organı kanun yapımı aşamasında sadece eşitlik değil doğ-

323 Süzek, 632, Fesih Hakkı, 16-17; Çelik, 245 vd; Narmanlıoğlu, C.1, 314; Mollamahmut oğlu, 466; Alpagut, İş Güvencesi, 217, aynı yazar, Haklı-Geçerli Neden Ayrımı, 72.

324 Mollamahmut oğlu, 468.

325 Yenisey, Fesihte Eşit Davranma, 62, 64; Y9HD, 30.01.2006, 39008/1806, yüksek mahkeme kararda feshin her işçi için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir; Uşan, 1630-1631.

326 Öden, 190.

ruluk, hakkaniyet ve adalet ölçütlerini de karşılamak zorundaydı<sup>327</sup> işveren de yapacağı işlemlerde görünürde salt bir eşitliği sağlamanın ötesinde bir takım sorumluluklar altındadır. Her şeyden önce işverenin yaptığı herhangi bir işlem adil görülebilmelidir.

İşveren haklı nedenle iş sözleşmesinin feshine neden olacak davranışı gerçekleştiren iki işçiden birinin hizmetine, bu işçinin özel nitelikleri gereği bir süre daha ihtiyaç duymuş olabilir ve bu işçiyi çalıştırmaya devam ederken diğerinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.<sup>328</sup> İşverenin aynı davranışı gerçekleştiren birkaç işçiden bazılarının iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesine rağmen diğerlerininkini neden feshetmediğini açıklaması, bu konuda keyfi davranmadığını göstermesi, iş sözleşmesini devam ettirdiği işçi/işçiler ile arasındaki güven ilişkisinin, sadakat bağının ortadan kalkmadığını ya da anılan işçinin teminindeki güçlüğü, mevcut koşullar altında o işçiye işin/işletmenin gereği olarak ihtiyaç duyulduğunu, işyerindeki kıdeminin daha fazla olduğunun, daha önce bu yönde hareketlerde bulunmadığının ortaya konması ile mümkündür. Böyle bir durum işverenin keyfi iradesinden değil, yapılan işin gereklerinden kaynaklandığından eşit işlem yapma borcuna aykırı sayılamaz.

Sonuç olarak işveren, iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlerken yaptığı seçimi, kıdem, verimlilik, işçinin sicili ya da söz konusu işçinin vasıfları dikkate alındığında kısa sürede teminindeki güçlük gibi sebeplere dayalı olarak meşrulaştırabilmelidir. İşverenin fesih hakkını kullanırken yaptığı seçimi objektif ve meşru bir şekilde haklılaştırabildiği oranda, eşit işlem yapma borcuna aykırı davrandığı iddiaları dayanaksız kalacaktır.

Hiç şüphe yok ki, işveren haklı nedenle fesih hakkını kullanırken, ayrımcılık yapamaz. Örneğin haklı nedenle feshine sebep oluşturan aynı davranışı gerçekleştiren işçiler arasından sadece kadınlara karşı haklı nedenle fesih hakkını kullanırsa, bu ayrımcılık oluşturan bir uygulama olarak nitelendi-

---

327 Öden, 191.

328 Tuncay, Sempozyum, 32-33, 51, yazar, mutlak ayırım yasaklarının işverence yapılan haklı fesihlerde de bağlayıcı olduğunu ancak işçinin objektif ya da subjektif niteliklerinden kaynaklanan sebeplerle nisbi ayırım yasaklarında fesih konusunda farklı işlem yapılabileceğini ifade etmektedir. İşçilerin objektif ve subjektif niteliklerine dayalı olarak yapılan ayırımların geçerli olduğu konusunda bkz. Süzek, 413.

rilecektir.<sup>329</sup>

Öğretide isabetli olarak, yasa dışı grev nedeniyle iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde işverenin eşit davranma borcu altında olduğu ileri sürülmüştür. Bunun aksinin kabulü, işverenin yasa dışı greve katılmış olanlardan sadece sendikalı işçileri işten çıkarması buna karşılık yasa dışı greve katılmış olmasına rağmen sendika üyesi olmayan diğer işçilerin çalıştırılmaya devam etmesi, böylece hem eşitlik ilkesinin hem de sendikal özgürlüklerin ihlal edilmesi sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla işveren yasa dışı greve katılan işçilerden bazılarının iş sözleşmelerini feshederken diğer bazılarını çalıştırmaya devam ediyorsa, bu kararı ayrımcı bir ölçüte dayanmıyor ve işveren tarafından haklı bir gerekçeyle açıklanabiliyorsa, yapılan fesihler eşit davranma ilkesine aykırı olarak değerlendirilemezler.<sup>330</sup>

İşverence yapılan feshin türü ve işten çıkarılacak işçi sayısı önem taşımaksızın, ayrımcılık yasaklarına ve eşit işlem yapma borcuna uygun davranılmalıdır. Haklı nedenle fesihlerde olduğu gibi süreli fesih hakkının kullanımında da işveren eşit işlem yapma borcuna uygun davranmalıdır. İşveren, iş sözleşmesini feshedeceği işçi ya da işçileri seçerken, yaptığı seçimin temelinde ayrımcılık yasakları bulunmamalı, ayrıca bu karar keyfi olmamalı, aynı ya da benzer durumdaki işçiler arasında haklı bir gerekçeye dayanmayan farklı uygulamaya yer vermemelidir.

Süreli fesihlerle ilgili olarak, işveren, fesih hakkını tek taraflı iradesiyle daha önce sınırlamışsa, örneğin işyerine son giren ilk çıkar şeklinde bir kural koymuşsa, buna uygun hareket etmelidir. İşverenin fesih hakkı, yasa ya da toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılmışsa anılan hükümlere uygun olmayan fesihler, yalnızca eşit davranma ilkesine değil bu kaynaklara aykırılık oluşturmaktadırlar.<sup>331</sup>

İşveren iş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcuna aykırı davranmışsa ve işçi iş güvencesi hükümleri kapsamında ise geçersiz feshe bağ-

329 Haklı nedenle fesih hakkının kötüye kullanılmasının mümkün olmadığı konusunda bkz. Süzek, Fesih Hakkı, 19 vd, 25; Çelik, 178-179; Tuncay, 213 vd; Demircioğlu/Centel, 123; Engin, 112-113; Yüksel, 224-225, yazar, kadın işçinin evlendikten sonra işteki veriminin düşmesi, işyerindeki çalışma koşullarına uyum sağlayamaması durumunda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin meşru bulunacağını, bu koşullarda gerçekleşmiş bir feshin cinsiyete dayalı ayrımcılık sayılmayacağını haklı olarak ifade etmiştir, 230.

330 Tuncay, 213-215.

331 Tuncay, 216-217.

lanan sonuçlar da gündeme gelecektir.

Örneğin işveren iş sözleşmelerini feshedeceği işçilerin seçiminde cinsiyet, medeni hal, ailevi yükümlülük, dil, din, ırk veya benzeri başka bir ölçütü kullanmış ve buna dayalı olarak fesih hakkını kullanmışsa, iş güvencesi kapsamı içindeki iş ilişkileri açısından bu fesih İK 18 vd uyarınca geçersiz fesih sayılmasının yanı sıra İK 5. maddeye de aykırılık oluşturacaktır.

İş sözleşmesi feshedilen işçi dava açtığında, işveren görünürde davacı işçi ile aynı durumda olan işçiler arasından neden onu seçerek iş sözleşmesini feshettiğini, neden diğer işçileri çalıştırmaya devam ettiğini, işçinin kişisel özellikleri (kıdem, eğitim durumu, yabancı dil bilgisi, liyakat, beceri, daha önce böyle bir fiil ika etmemiş olması vb) ya da işin, işyerinin ya da işletmenin meşru menfaatleri (anılan nitelikte bir elemanın kısa sürede bulunamayacak olması, yapılan iş için o işçinin emeğinin ve bilgisinin büyük önem taşıması vb.) açısından haklılaştırabilmelidir. İşveren fesihle ilgili olarak almış olduğu kararın ayrımcı nitelik taşımadığını, keyfilikten de uzak olduğunu ispatlayamazsa yapılan bu *geçersiz fesih* aynı zamanda *eşitlik ilkesine de aykırı* sayılmalıdır.

Alman Hukukundan esinlenilerek, iş güvencesi sistemi kapsamındaki iş ilişkilerinde, işverence yapılan feshin, ayırım yasaklarına dayalı olmamasına rağmen eşit davranma borcuna aykırı olması durumunun tek başına yapılan feshin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı, eşit davranma ilkesinin iş sözleşmesinin feshinde bağımsız bir ilke değil, geçerli nedenin gerisinde yatan menfaatler arası dengenin tespitinde dikkate alınan bir ilke olduğu ifade edilmiştir.<sup>332</sup>

Her şeyden önce iş güvencesi sistemi, işverenlerin fesih serbestisinin sınırlandırılmasıdır. İş güvencesi sisteminde işverenin süreli fesih hakkının doğumu geçerli nedenlerin varlığına bağlıdır. Bu nedenlerin gerçekleştiğini ispat edemeyen işveren, geçersiz fesih yapmış sayılır ve buna ilişkin hukuki yaptırımlar gündeme gelir. Kısaca ifade etmek gerekirse, iş güvencesi sistemi, işverenin *keyfi fesihlerini* engellemektedir.<sup>333</sup>

Yukarıda yer verilmiş olan Alman Hukukundaki durumun bu açıklama-

---

332 Yenisey, Fesihte Eşit Davranma, 64, 65 dn. 29; Ulucan, Sosyal Seçim, 505-506; Alpagut, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 95.

333 Süzek, 528-529; Soyer, 27; Güzel, 17; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 160.

dan sonra ele alınması gerekmektedir. İş güvencesi kapsamı içindeki iş ilişkilerinde işveren tarafından yapılan, ayrımcı nitelik taşımayan ancak eşit işlem yapma borcuna aykırı bir fesih, keyfî bir fesihtir. Yani işverenin işten çıkardığı işçi ile çalıştırmaya devam ettiği işçi arasında objektif bir biçimde, hukuken makul görülebilecek, işin ya da işletmenin gerekleri, anılan işçiler arasındaki objektif ya da subjektif özelliklerin iş ilişkisine etkisi gibi unsurlarla haklaştırılmamış bir fesih söz konusu olacaktır.

Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, eşit işlem yapma borcuna aykırı bir feshin geçersiz sayılması gerektiğini karara başlamıştır.<sup>334</sup> Buna göre, "... Dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere göre, işyerinde bordro imzalamadığı için iş sözleşmesi feshedilen bir işçiye destek vermek ve işe geri alınmasını sağlamak için davacının da aralarında olduğu bir kısım çalışanların 28.3.2006 tarihinde çay molasını takiben bir saat süreyle üretimi durdurdukları sabit olmuştur... Davalı işveren, söz konusu olay sonrasında 31.3.2006 tarihinde eyleme katılan işçilerden 12 kişinin iş sözleşmesini, diğer işçileri toplu olarak iş bırakmaya yönlendirdikleri gerekçesiyle feshetmiştir. Bu durumda davalı işverence yapılan feshin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekir. İşverenin eşit davranma borcu iş sözleşmesinin feshinde de dikkate alınmalıdır. Somut olayda davacı işçinin, çay molasını takiben toplu olarak çalışmama şeklinde gerçekleşen eylemi yönlendirdiği belirlenebilmiş değildir. Böyle olunca, aynı durumda olan işçilerden büyük bir kısmı işyerinde çalışmaya devam ettiği halde davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur... İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması sonucu, somut olayda davacı işçi işsiz kalmıştır. Bu nedenle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandı-

334 Y9HD, 18.9.2007, 28933/26947, Legal YKİ, S.5, 296-297. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, daha önceki bir başka kararında ise, "... Belirtmek gerekir ki, haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda, iş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranılması, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabilir ancak geçersiz hale getirmez. Bir başka anlatımla, bu gibi uyuşmazlıkta, işverenin eşit davranma borcuna aykırılığının yaptırımı, geçersizlik değildir.... Eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiştir. Somut olayda davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli bir neden vardır. Davacının işe iade isteğinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulü hatalıdır." ifadelerine yer vermiştir. Bkz. Y9HD, 10.4.2006, 7385/9027, Legal YKİ, 293-295. Bu kararlarda işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılığın olduğu yönündeki tespitlerin eleştirisi için bkz. Çil, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 306-309.

ği sonucuna varılması doğru olmaz. Mahkemece davacının işe iadesine dair karar, açıklanan gerekçeyle yerinde olmuştur....”

İşverenin işletmesel kararları yargı organınca denetime tabi tutulamaz. Ancak işletmesel karar adı altında, gerçekte işletmesel karar niteliğinde değerlendirilemeyecek, keyfi kararları<sup>335</sup> yargı denetimine tabidir.

Keyfi kararların yargı denetimine tabi olduğu Yargıtay 9.Hukuk Dairesi<sup>336</sup> tarafından şu kelimelerle ifade edilmiştir; “...4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletme ile ilgili kararlar alabilir. Ancak, işletme ile ilgili kararlar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir...”

Görüldüğü üzere yürürlükte bulunan mevzuat ve Yargıtay uygulaması ışığında işverence yapılan keyfi fesihler, geçersiz fesih olarak değerlendirilmelidir. Sonuç olarak, Alman Hukukundan yola çıkılarak, eşit işlem yapma borcuna aykırı bulunan fesihlerin, tek başına geçersiz fesih olarak değerlendirilemeyeceği görüşüne, eşit işlem yapma borcuna aykırılık taşıyan fesihlerin “keyfi kararlar” olduğu gerekçesi dolayısıyla katılmıyoruz.

Türk hukukunda fesihlerde eşit işlem yapma borcunun olmadığı ya da çok sınırlı bir kapsamda bulunduğunu ileri süren görüşlere bakıldığında da bunların ortak noktalarının, işverenin iş sözleşmelerini feshedeceği işçileri seçerken keyfi ya da kötü niyetli davranması halini dışarıda tutmaları olduğu görülmektedir.<sup>337</sup>

---

335 Soyer, 47-49; Güzel, Keyfilik Denetimi, 162-163; Engin, 48-51,74 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş, 95-97.

336 Y9HD, 8.2.2005, 33315/3656, [http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000\\_2005.pdf](http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf), 529-531; Aynı yönde Y9HD 23.1.2006, 39145/943, Y9HD, 6.2.2006,37490/2317; Y9HD, 13.3.2006, 37252/6374; Y9HD, 3.4.2006, 4878/8253 (Kazancı İhtihat Bankası); Y9HD, 16.5.2005, 3899/16747, Çalışma ve Toplum, S.6, 2005/3, 177-179.

337 Çelik, 178-179, aynı yazar Eşit Davranma Borcu, 5; Demircioğlu/Centel, 123; Centel, 165; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 69, aynı yazar, Fesihte Eşit Davranma, 64-65; Alpagut, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 94; Engin, 112; Uşan,1630.

Fesih durumunda eşit işlem yapma borcunun ilke olarak bulunmadığını ifade etseler de bu görüş sahiplerinin de işverenin fesihle ilgili kararının keyfi olup olmadığını dikkate almaları önemlidir.

İş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcunun var olduğunu ileri süren bir diğer görüş uyarınca eşitlik ilkesi, iş hukukunun tüm alanlarında geçerli bir ilkedir, bu nedenle fesih durumu da dışarıda tutulamaz. İş hukukunun işçileri koruyan niteliği gereğince, farklı uygulamayı haklı kılan objektif nedenler olmadıkça, işveren, fesih hakkını kullanırken de keyfi hareket edemez. Bu görüş uyarınca, işverence haklı nedenle feshе gerekçe oluşturan bir davranışı gerçekleştiren bütün işçilerin işten çıkarılması değil, aksine bu nedene dayalı olarak işten çıkardığı kişilerin çalıştırılmaya devam edilmesi gerekmektedir.<sup>338</sup>

İş sözleşmesinin feshinde eşitlik ilkesinin etkisini göstermesi açısından sözleşmede deneme süresi öngörölmüş olup olmaması da önem taşımaz. Öğretide, işverenin deneme süresi içinde fesih hakkını kullanırken herhangi bir sınırlama altında bulunmadığı, örneğin deneme süresi içinde 6 aylık hamile bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin hiçbir yaptırımı olmadığı ifade edilmiştir. Bu görüşün gerekçesi, deneme süresinin amacının yasal yükümlölöklere tabi olmadan iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir.<sup>339</sup>

Deneme süreli iş sözleşmelerini düzenleyen İş Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca; "Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır."

Deneme süresinin amacı, tarafların sözleşme ile kesin olarak bağlanmadan, işverenin işçi hakkında, işçinin de işyeri ve iş koşulları hakkında bilgi sahibi olmasıdır.<sup>340</sup>

Taraflardan her ikisi de deneme süresi içinde iş sözleşmesini bildirim sürelerini beklemeksizin tazminatsız olarak feshedebilirler. Burada çözümü

338 Bkz.Tuncay, 209-213 ve buralarda görüşlerine atf yapılan yazarlar; Yüksel, 223.

339 Tuncay, Sempozyum, 48.

340 Tunçomağ, 75; Tunçomağ/Centel, 71-73; Süzek, 237; Ekonomi, 84 vd; Çelik, 98-99; Centel; 89, 91-92; Demircioğlu/Centel, 86-87; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 60.

gereken sorun deneme süresinin tarafların hangi borçlarını ve yükümlülüklerini etkilediği, ortadan kaldırdığıdır.

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere deneme süresinin taraflara sağladığı tek kolaylık, bu süre içinde bildirim sürelerine tabi olmaksızın iş sözleşmesini feshetme olanağıdır. Deneme süresi içinde işverenin ücret ödeme borcu ve gözetme borcu varlıklarını sürdürürler. İşçi açısından da iş görme, sadakat ve itaat borçları söz konusudur.

Deneme süresinin amacı taraflara ihbar tazminatı ödemek zorunda kalmaksızın ve ihbar sürelerini beklemeksizin iş sözleşmesini sona erdirmeye olanağı sağlamaktır. Bu amacın ötesinde deneme süresine işçiyi her türlü korumadan ve haktan yoksun bırakacak bir anlam yüklenmesi mümkün olmamak gerekir.

Anılan süre içinde işçi açısından işverene sadakat borcu, işini özenle görme borcu, işveren açısından ise ücret ödeme, gözetme ve eşit işlem yapma borcu bulunmaktadır. Bütün bu borçlar, iş ilişkisinin kurulması ile hüküm ve sonuç doğurmaya başlarlar. Özellikle İş Kanunu'nun 5. maddesinin düzenlemesine baktığımızda, maddenin açıkça iş ilişkisinin kurulması ile işçiyi koruma altına aldığı görülmektedir. İş ilişkisi başladıktan sonra taraflar arasındaki iş sözleşmesinin türüne, deneme süresi öngörülüp öngörülmediğine bakılarak, işçi ve işverenin diğer borçlarında olduğu gibi, ayrımcılık yasağı ve eşit işlem yapma borcu açısından da herhangi bir farklı işlem yapılamaz.

Aksinin kabulü halinde işverenin deneme süresi içinde sendikaya üye olan ya da hamileliğini işverene bildiren işçiyi, bu nedenlere dayalı olarak işten çıkarması herhangi bir yaptırıma bağlı olmayan, deyim yerindeyse hukuka uygun davranışlar olarak değerlendirilecektir. Görüşümüze göre ise bu mümkün olmamak gerekir. Temelinde insan haklarının korunması ve adalet kavramı bulunan eşitlik ilkesinin deneme süresine feda edilmesini haklı görmek mümkün değildir.

İş ilişkisinin kurulması, hüküm ve sonuçlarını doğurması ve sona ermesi aşamalarında işçinin en çok korunması gereken alan iş sözleşmesinin feshi olarak karşımıza çıkmaktadır. Eşitlik ilkesinin iş ilişkisinin devamı süresince taraflar arasındaki ilişkide varlığını sürdürdüğü, işverenin yönetim hakkını sınırladığı kabul edilirken, iş sözleşmesinin feshinde bu borcun var olmadığını ileri sürmek pozitif hukuka aykırı olduğu gibi iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına da ters düşmektedir.

#### 4. Yargıtay Uygulaması

İş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcunun olup olmadığı konusu uygulamada mahkemelerin de önüne sıklıkla gelmektedir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi incelemiş olduğu bir uyuşmazlıkta işverenin fesihte de eşit işlem yapma borcu altında olduğu sonucuna varmıştır.<sup>341</sup> Karara konu olayda çalışma bittikten sonra iki işçi soyunma odasında tartışmışlar, bu olay sırasında bir işçi diğerini darp etmiş, ancak işveren olayı başlatan ve diğer işçiye karşı müessir fiil ika eden işçiye çalıştırmaya devam ederken diğer işçiye haklı nedenle işten çıkarmıştır. Yapılan inceleme sonucunda Yargıtay, işyerinde dokuz yıllık kıdemi bulunan ve diğer işçiye sataştığı da ispatlanamayan işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilirken ceza mahkemesinde müessir fiili gerçekleştirdiği tespit edilen işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesini eşit davranma borcuna aykırı bularak yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Kararla ilgili yapılan bir incelemede, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin kararının temelinde, işyerinde dokuz yıllık kıdemi olan işçinin diğer işçiye sataştığının kanıtlanamamış olmasının yer aldığı tespit edilmiştir. Bunun yanı sıra işverenin kıdem tazminatı ödememe amacıyla işyerinde daha fazla kıdemi olan işçiye işten çıkarmasının bir fırsat olarak değerlendirildiği ifade edilmiştir. Sonuç olarak, anılan uyuşmazlıkta Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin keyfi ya da kötü niyetli ayrımcılığı önleme anlamında eşit işlem yapma borcuna aykırılığı hükme bağladığı belirtilmektedir.<sup>342</sup>

İşyerlerinde işçiler arasında çıkan kavgalarla ilgili olarak Yargıtay kavgayı kimin başlattığını, olayda haksız tahrik olup olmadığını, savunma sınırlarının aşılp aşılmadığını araştırmakta ve kararını bu belirlemelerden sonra vermektedir.<sup>343</sup>

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 1475 sayılı İş Kanunu döneminde gerçekleşen bir diğer olay ile ilgili olarak verdiği kararda<sup>344</sup> ise işverence usulsüz

341 Y9HD, 4.11.2004, 8413/24957, Legal İSGHD, S.6, 747-748; Bu kararın incelemesi için bkz. Uşan, 1625 vd.

342 Yenisey, Fesihte Eşit Davranma, 63.

343 Yenisey, Fesihte Eşit Davranma, 62; Ekonomi, 1997 Yılı Emsal Kararları, 117-118, Y9HD, 27.11.1997, 18409/19850; aynı yazar 1998 Yılı Emsal Kararları, 57-58, Y9HD, 8.6.1998, 8304/10072, Günay, C.1, 824, Y9HD, 1.11.2004, 27598/24585.

344 Y9HD, 1.2.2005, 7540/2732 (Kazancı İçtihat Bankası). Karara karşı ileri sürülen eleş-

bankacılıkla ilgili olarak daha az kusurlu olan işçinin işten çıkartılmasına rağmen olayda daha fazla kusurlu olan işçiye sadece uyarı cezası verilmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bu kararlarda, çok ince bir adalet anlayışının gözetildiği görülmektedir. Hakimler karar verirken Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca hukukun genel ilkelerini de göz önünde tutmalıdırlar. Eşitlik ilkesi, demokratik hukuk devletlerinin hukuk düzenlerinde yer alan temel bir ilke olduğundan<sup>345</sup> Yüksek Mahkemenin bu yorum tarzı son derece yerindedir.

Bir diğer kararında da 9.Hukuk Dairesi, işyerinde asıl işverene bağlı olarak çalışan işveren vekilinin kendilerine kötü davranışını değerlendirmek ve bu konuda şikayette bulunmak için mesai saatleri içinde işletme müdürü ve şefinin bilgisi dahilinde yaptıkları toplantı sonucunda bazı işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesinin eşit işlem yapma borcuna aykırı olduğuna hükmetmiştir.<sup>346</sup>

Yukarıdaki kararlara konu olan olaylara benzer uyumsuzluklarda, işverenin keyfi hareket edip etmediğinin belirlenmesinde, işverenin haklı nedenle fesih iradesini neden bazı işçilere karşı kullanmaktan vazgeçtiğini, buna karşılık aynı veya benzer nitelikte bir davranışı gerçekleştiren bazı işçilere karşı neden kullandığını işletme ve işin gerekleriyle ya da somut olaydan kaynaklanan bazı özelliklere dayalı olarak haklılaştırıp haklılaştıramadığı bir ölçüt olarak kullanılmalıdır.

Öğretide, işverence yapılan fesihlerde birkaç işçi için farklı davranmış olması, yani bazılarının iş sözleşmelerini feshederken bazılarını çalıştırmaya devam etmesi durumunda, ayrımcılık nedenlerine kıyasla daha kolay şekilde meşrulaştırabileceği ifade edilmiştir. Daha önce de değinmiş olduğumuz üzere işyerindeki işin yürütülmesi için bazı işçilerin çalışmasına ihtiyaç du-

---

tiriler için bkz. Alpagut, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 94-95. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde verilen ve eşit davranma ilkesine atıf yapılan bir diğer karar için bkz. Y9HD, 6.3.2003, 15937/3176 (Kazancı İçtihat Bankası) .

345 Öden, 125-126,dn15.

346 Y9HD, 25.4.2005, 11204/14365 (Kazancı İçtihat Bankası); Kararın eleştirisi için bkz. Alpagut, 2005 Yılı Karar Değerlendirmesi, 94-96; ayrıca bkz. Yenisey, Fesihte Eşit Davranma,63, 65; aynı kararla ilgili olarak aynı yazar, başka hiçbir hususun araştırılmadan eşit işlem yapma borcuna aykırılığa hükmedilmesine katılmanın mümkün olmadığını daha önceki bir başka makalesinde açıklamıştır, Metodoloji, 997.

yulduğu, bazı işçilerin yerlerine yenilerinin bulunmasının gösterdiği güçlük ya da işçinin kıdemi ve geçmiş yıllardaki sicili dikkate alındığında gerçekleştirildiği fiilin istisna oluşturduğu gerekçeleriyle işveren yaptığı farklı uygulamayı haklılaştırabilir.<sup>347</sup>

Yukarıda yer verdiğimiz bütün kararlarda, işverenin işten çıkardığı işçi/işçiler ile çalıştırmaya devam ettikleri aslında eşit ya da benzer durumda değildir. Kavga ile ilgili kararda işveren daha az kusurlu, daha fazla kıdemi olan işçiyi, usulsüz bankacılık işlemi ile ilgili olan kararda daha az kusurlu olan işçiyi, işyerindeki toplantı nedeniyle işi bırakan otuz kadar işçi arasından neye dayalı olarak seçtiği belli olmayan dört kişiyi işten çıkarmıştır.

Bütün bu kararlara konu olan işveren uygulamaları incelendiğinde, bireylerin adalet duygusunu tatmin etmeyen bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğın aynı hukuka aykırı işlemi gerçekleştiren iki işçiden kusuru daha az olanın iş sözleşmesi feshedilirken diğerinin çalıştırılmaya devam edilmesi her şeyden önce adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı sayılmalıdır. Dolayısıyla, nihai amacı adaletin sağlanması olan eşitlik ilkesinin, belki de en yoğun şekilde iş sözleşmelerinin her türlü feshinde varlığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Oldukça yeni tarihli bir Yargıtay kararında ise yüksek mahkemenin eşit işlem yapma borcu ile ilgili görüşünün değiştirdiği görülmektedir. İşverenin aynı olaya karışmış olan işçileri haklı nedenle işten çıkardıktan sonra, bunlardan istediğini işe alabileceğini, işe alma konusundaki tek sınırlamanın İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiş olan gebelik ve cinsiyet nedenlerine dayalı olduğunu, iş sözleşmeleri aynı haklı nedene dayalı olarak feshedilen ve işe alınmayan diğer işçilerin ise eşit işlem yapma borcuna aykırılığa dayalı olarak herhangi bir talepte bulunamayacağı Yargıtay 9.Hukuk Dairesi tarafından dile getirilmiştir.<sup>348</sup>

Karara konu olan olayda ücret zammı talebiyle işi bırakan bir grup işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilmiş ancak bunlardan altı tanesi daha sonra işveren tarafından tekrar işe alınmıştır. İşe alınmayan bir işçinin haksız fesih iddiası ile açtığı davada 9.Hukuk Dairesi davacının talebinin haksız olduğunu, kıdem ve ihbar tazminatı ta-

347 Yenisey, Fesihte Eşit Davranma, 64.

348 Y9HD, 17.3.2009, 32183/7045 (Kazancı İçtihat Bankası)

leplerinin reddedilmesi gerektiğini ifade ederek yerel mahkemenin davacı lehindeki kararını bozmuştur. Adı geçen kararda şu ifadeler yer almaktadır; "...Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça, farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle, işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil, korunmasına hizmet eder.....4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak "esaslı nedenler olmadıkça" ve "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır ( Yargıtay 9. HD. 25.07.2008 gün 2008/27310 E, 2008/22095 K )<sup>349</sup>..... Somut olayda, davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler, yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mahkemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence, anılan eylem sebebiyle, fesih haklı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden iş alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmayı ifade eder. Başka bir anlatımla, işe başvurular arasında cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayırım yapılması yasaklanmıştır..... Böyle olunca, eyleme katılan işçilerden bir kısmıyla yeniden iş sözleşmesi kurulmuş olması, davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından, işve-

---

349 Aynı yönde Y9HD, 17.3.2009, 32183/7045(Kazancı İçtihat Bankası);Y9HD, 25.7.2008, 27309/22094(Kazancı İçtihat Bankası);Y9HD, 22.4.2008, 1393/9598, Çalışma ve Toplum, S.19, 361-364.

rence yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmeli ve davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir.”

Bu kararda yer alan ve işverenin eşit işlem yapma borcunun sadece İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan sebeplere dayalı ayırım yasağı olarak değerlendiren Yargıtay görüşüne katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Her şeyden önce işverenin eşit işlem yapma borcu yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere iş ilişkisinin her safhasında işvereni aynı veya benzer durumda bulunan işçilere keyfi olarak farklı davranmaktan alıkoyan bir borçtur. Anayasa'nın 10. maddesinin özel hukuk ilişkilerinde bağlayıcılığı dikkate alındığında, aynı veya benzer durumda bulunanlara eşit davranılması gerekmektedir. Karara konu olan olayda aynı haklı nedenle fesih sebebini gerçekleştiren işçiler işten çıkarılmış, ardından bunlardan bir kısmı işveren tarafından tekrar işe alınmıştır. Dolayısıyla burada işverenin ilk kez iş akdi kurduğu işçiler değil, daha önce haklı nedenle iş sözleşmelerini feshettiği ve yeniden iş sözleşmesi akdettiği işçiler söz konusudur. Burada haklı nedenle fesih işlemi ile işverenin yeniden iş sözleşmesi akdetmesi olguları bir bütün olarak düşünülmelidir. İşveren, iş sözleşmelerini aynı haklı nedene dayalı olarak feshettiği işçilerden bir kısmıyla neden yeniden iş akdi kurduğunu, objektif esaslara dayalı olarak ortaya koymalıdır. Örneğin, işe aldıklarının daha önce sadakat borcuna aykırı davranmadıklarını, işe alınmayanlara nazaran kıdemli bulduklarını, gördükleri işin işyeri/işletme açısından önemi göz önünde tutulduğunda bu kişilerin hizmetine ihtiyaç duyulduğunu, bu işçilerin yerlerine kısa sürede anılan vasıflarda işçi teminindeki güçlüğü veya bunun gibi objektif nitelikte diğer sebeplere dayalı olarak bu işçilerle yeniden iş sözleşmesi kurduğunu açıklamalıdır.

Aksi takdirde haklı nedenle fesihlerde eşit işlem yapma borcunun bulunduğunu söylemenin anlamı kalmayacaktır. Yargıtay'ın yaptığı yorumun benimsenmesi durumunda, işverenin en baştan itibaren iş sözleşmesini feshetmek istemediği işçileri eşit işlem yapma borcuna aykırılık iddialarını bertaraf etmek amacıyla işten çıkarması ve ardından da bunlarla yeniden iş akdi kurması hukuka uygun davranış sayılacaktır. Bu şekilde bir davranışın muvazaalı olup olmadığı incelenmelidir. İşveren, gerçekte haklı nedenle fesih hakkını kullanmak istemediği halde sadece eşit işlem yapma borcuna aykırılık iddialarını bertaraf etmek için 'görünürde' fesih hakkını eşit olarak kullanıp daha sonra istediklerini yeniden işe almış ise, burada muvazaalı

bir işlem söz konusu olacaktır. Bu işlem aynı zamanda eşit işlem yapma borcuna ve Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına da aykırılık oluşturmaktadır. Bu gerekçelerden dolayı yukarıda yer verilen karara katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Yüksek Mahkeme, karara konu olan uyuşmazlığa iş sözleşmesinin kurulması aşamasında eşit işlem yapma borcu/ayrımcılık yasağı çerçevesinde de yaklaşmıştır. İş Kanunu'nun 5. maddesi iş sözleşmesinin kurulması aşamasında sadece cinsiyet ve gebeliğe dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ancak iş ilişkisinin kurulması aşamasında ileri sürülen ayrımcılık iddialarında TCK 122. maddenin de dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,...Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

İş ilişkisinin kurulup kurulmaması yönündeki kararın maddede sayılı nedenlere dayalı olarak verilmesini suç olarak düzenlemiştir. Somut olayda işverenin işten çıkardığı ve yeniden iş akdi kurmadığı işçilerle ilgili olarak maddede sayılı nedenlerden birine dayalı işlem yapıp yapmadığı belli olmamakla beraber, bu yöndeki uyuşmazlıklarda sadece İş Kanunu'nun 5. maddesinde cinsiyet ve gebeliğin düzenlendiğini ileri sürmemek, TCK 122. maddedeki sebepleri de incelemek gerekmektedir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin işletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde iş akdi feshedilecek işçilerin seçiminde İş Kanunu'nun 5. maddesi ve Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddeleri dışında bir sınırlama olmadığını ifade ettiği görülmektedir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin bir kararında<sup>350</sup> bu esas şu ifadelerle dile getirilmiştir; “...Diğer taraftan, Türk İş Hukuku'nda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi

---

350 Y9HD, 9.2.2009, 1186/1832 (Kazancı İçtihat Bankası); Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 5.5.2008, 32500/11101, Çalışma ve Toplum, S.19, 274-278; Y9HD, 9.2.2009, 1186/1832, Çalışma ve Toplum, S.22, 306-309.

çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir...”

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir diğer kararda<sup>351</sup> da “...Öte yandan, iş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen ‘mutlak ayırım yasağı’ dışında, işvereni bağlayan herhangi bir yasal düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konuda işçi ve işverenin bir takım kriterleri öngören anlaşma yapımları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin-diğer şartlar da gerçekleşmişse-geçersizliğine karar verilir. Öte yandan, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşma bulunmasına rağmen, işveren fesihte göz önünde bulundurduğunu belirttiği kriterlere bağlıdır...”

Görüldüğü üzere Yargıtay uygulamasında sosyal seçim ölçütleri, objektif kriter ve son olarak da İş Kanunu'nun 5. maddesi iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde kullanılacak kavramlar olarak belirlenmiştir.

Ancak Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer alan 24.11.2008 tarihli kararında iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde İş Kanunu'nun 5. maddesindeki mutlak ayırım yasakları dışında işvereni bağlayan herhangi bir düzenleme olmadığı konusundaki tespitine katılmadığımızı belirtmek isteriz. İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşit davranma borcu ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olsa da, maddede yer alan ayırım yasaklarının yanı sıra işveren, Anayasa'nın 10. maddesinin özel hukuk alanındaki bağlayıcılığı karşısında, fesihlerde işçileri arasında eşit işlem yapma borcu altındadır. İşveren iş sözleşmesini feshedeceği işçileri belirlerken hem ayırım yasaklarına uygun davranmak hem de işçiler arasında keyfi ayrımlar yapmamak zorundadır.

#### **IV. Eşit İşlem Yapma Borcuna Aykırılığın İspatı ve Yaptırımlar**

##### **A. İspat**

Eşitlik ilkesine aykırılık iddiasında ispat yükü İş Kanunu'nun 5.maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre “20 nci madde hükümleri

351 Y9HD, 24.11.2008, 12816/32010 (Kazancı İçtihat Bankası)

saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

İş Kanunu'nun 5.maddesinin son fıkrası uyarınca iş güvencesi kapsamı içindeki işçilerin geçersiz feshe ilişkin olarak açtıkları davalarda ispat yükünü işverene yükleyen 20.madde hükümleri saklı tutulmuş, bunun dışında kalanlar için işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davrandığı yolunda güçlü bir ihtimalin ortaya koyulması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bu aşamadan sonra ispat yükü işverene geçmektedir. Bu durumda işveren eşit davranma borcunu ihlal etmediğini ispatlamalıdır.<sup>352</sup> Görüldüğü üzere bu maddede yabancı hukuk sistemlerindeki genel kabule uygun şekilde işçi açısından *hafifletilmiş bir ispat yükü* benimsenmiştir.

Türk hukukunda yargıya taşınan ayrımcılık iddialarına baktığımızda cinsiyet ve sendikal nedenin çok yoğun olduğu, buna karşılık ırk, dil, renk, din, özürlülük ya da cinsel tercihe dayalı ayrımcılığa dayalı davaların ise genellikle açılmadığını görmekteyiz. Buna ek olarak sendikal nedenler ya da cinsiyete dayalı ayrımcılık hallerinin de iş sözleşmesinin feshi durumunda dava konusu yapıldığı, bunun ötesinde iş ilişkisi devam ederken İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatının somut olarak talep edildiği bir karara rastlayamadığımızı da belirtmek isteriz. Elbette ki bu durum, uygulamada aslında ayrımcılık yapılmadığı, o nedenle de bu konularda herhangi bir davanın açılmadığı şeklinde yorumlanamaz.

Bu duruma öncelikle işçilerin ayrımcılığa uğramaları durumunda yasal haklarını bilmemeleri, örneğin İş Kanunu'nun 5.maddesinde bu duruma özgü bir tazminat yaptırımının düzenlenmiş olduğu konusunda bilgilerinin olmaması ve iş ilişkisi devam ederken işlerini kaybetme korkusuyla dava açamamaları neden olmaktadır. İşçiler İş Kanunundan kaynaklanan haklarını bilmedikleri gibi ayrımcılık durumunda Türk Ceza Kanunu'nun kendilerine sağladığı korumanın da farkında değildirler.

Yürürlükte bulunan mevzuat açısından ayrımcılık yasağına ya da eşit işlem yapma borcuna aykırılığa dayalı olarak açılan davalarda davacı işçiye düşen ispat yükü, uyuşmazlığa bakan yargıçta, kendisine karşı ayrımcılık

---

352 Süzek, 369; Yüksel, 359; Mollamahmutoglu, 442.

yapıldığı ya da eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığı konusunda yeterli bir kanaat uyandırmaya yarayacak maddi vakıaları sunmaktan ibarettir.

Bu aşamadan sonra ispat yükü davalı işverene geçecek ve işveren, yaptığı işlemde herhangi bir ayrımcı unsurun bulunmadığını ya da eşit işlem yapma borcuna aykırılık olmadığını ispat edecektir. Bu ise ancak yapılan işlemin esas sebebinin mahkeme önünde ortaya konulması ile mümkün olabilir. İşveren, uyuşmazlığın esasını teşkil eden uygulamanın altında yatan sebebin ya da bu işlemle ulaşılmak istenen amacın hukuken korunabilecek, objektif, haklı ve makul olduğunu ortaya koymalıdır. Ancak bu sayede yapılan işlemin ayrımcılıktan ya da eşit işlem yapma borcuna aykırılıktan uzak olduğu kanıtlanabilir.

Örneğin işçi, politik görüşleri nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia ederek mahkemeye başvurmuşsa, politik nedenle ayrımcılığa ilişkin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koymalıdır. Somut örneklerle ilgili olarak işçi, iş sözleşmesinin işyerinde arkadaşlarıyla yaptığı politik bir konuşmanın ardından feshedildiği yönündeki iddiasını o konuşmaya katılan diğer işçilerin tanıklığıyla güçlendirmişse, işveren, davacının iş sözleşmesinin feshinin iddia edilen nedene dayalı olmadığını ispat etmelidir. Daha açık bir ifadeyle işveren, mahkemede hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde feshin gerçek nedenini ortaya koymalıdır.

Her ne kadar iş güvencesi kapsamı dışındaki iş ilişkilerinin sona erdirilmesi için işverence herhangi bir sebep belirtilmesinin gerekmediği ileri sürülüyorsa da konu eşitlik ilkesine aykırılık olduğunda bu yönde bir kabulde bulunulamaz. Öyleyse iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin eşitlik ilkesine (ayrımcılık yasağı ve eşit işlem yapma borcu) dayalı olarak ileri sürdükleri taleplerde, iş sözleşmesinin feshiyle ilgili olarak işveren temelinde ayrımcı bir özellik bulunmayan, eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturmayan bir neden ileri sürmeli ve bu nedenin gerçek fesih nedeni olduğunu ispat etmelidir.

Fesih dışındaki işlemler için de aynı şekilde yapılan işlemin hukuken meşru görülebilecek, objektif bir nedene dayandığı işveren tarafından ispat edilmelidir. 2000/78 sayılı direktifin gerekçe bölümünde belirtilmiş olan, işverenin, davacı işçinin belli bir dine ya da inanca mensup olduğunu, özür-

lü olduğunu, yaşını ya da cinsel tercihini ispat ile yükümlü olmadığı hukuk sistemimiz için de kabul edilmelidir. Bu durumların işveren tarafından ispatının aranmamasının nedeni anılan durumların kişilik hakları kapsamında yer alması ve korunmasıdır. Örneğin cinsel tercihi nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığını iddia ederek dava açan bir işçi, mahkemede ayrımcılığa uğradığına ilişkin yeterli kanaat oluşturduktan sonra, işveren yapılan işlemin ayırım yapma saikini taşımaksızın, yapılan işin ve işletmenin gerekleriyle açıklanan objektif ve makul bir işlem olduğunu açıklamalıdır. Bunun yerine, davacı işçinin belli bir cinsel tercihinin bulunduğu ya da aksine iddia ettiği cinsel tercihe sahip olmadığını ispat etmesi gerekmemektedir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, işverenin ispat yükü, yaptığı işlemin temelinde ayrımcı veya eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturan bir nedeninin bulunmadığını ortaya koymak ya da ilk başta böyle bir neden görünse bile işverenin bu yönde davranma gerekçesinin hukuken meşru görülebilen bir amaca ulaşmak için gerekli ve orantılı olduğunu, yapılan işin gereği olarak bu yönde bir karar verdiğini ortaya koyarak işlemi haklılaştırmaktan ibarettir.

Eşit işlem yapma borcuna ya da ayrımcılık yasağına aykırılık iddiası ile açılan davalarda, dar anlamda eşit işlem yapma borcuna aykırı olduğu ileri sürülen uygulama ya da kararın haklılaştırılabilmesi ayrımcılık yasağına ilişkin iddialar karşısında işveren açısından daha kolaydır. Bunun nedeni ayrımcılık yasaklarının insan hakları ve temel kişisel haklar çerçevesinde koruma altına alınmış olmalarıdır. İşverenler belli bir cinsiyete ya da ırka mensup olanlara daha fazla ücret ödeme hakkındaki uygulamayı hukuken makul görülebilecek, işletme ya da işin gereklerinden kaynaklanan objektif bir nedenle haklılaştıramayacaklardır. Ancak işyerinde bir kısım işçilere, belli bir bölümde çalışan işçilere yapılan ücret zammını, ayrımcı nitelik taşımayan bir performans değerlendirmesi sistemi ya da anılan bölümün verimliliğinin diğerlerinden fazla olması gibi çeşitli gerekçelerle haklılaştırabileceklerdir.<sup>353</sup>

### **1. Karşılaştırma Yapılacak İşçinin Belirlenmesi**

İş sözleşmesinin eşit işlem yapma borcuna aykırı olarak feshedildiğini ileri süren işçilerin, hangi işçi karşısında kendisine eşit işlem yapıldığını

---

353 Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 67.

ismen belirtmek zorunda olduğu, Alman Hukukuna dayanılarak ileri sürülmüştür.<sup>354</sup> Türk Hukukunda bu sonuca varmamıza olanak sağlayacak açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun da ötesinde konuyla ilgili Avrupa Birliği direktiflerine bakıldığında karşılaştırma yapılacak kişinin somut ve mevcut bir diğer işçi olması zorunluluğu aranmamakta, aksine varsayımsal bir kişiyle de karşılaştırma yapılmasına olanak veren düzenlemeler yer almaktadır.

Ücret konusunda kendisine eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığını ileri süren işçinin karşılaştırma yapılacak işçiyi ismen mahkemeye bildirmek zorunda olup olmadığı da tartışılmalıdır. Günümüzde pek çok işyerinde, özellikle de vasıflı elemanlar arasında, aynı işi yapan işçilerin birbirlerinin aldıkları ücretleri bilmedikleri görülmektedir. Böyle bir durumda kendisine karşı eşitlik ilkesine aykırı işlem yapıldığını düşünen bir işçinin, somut olarak belli bir işçiyi göstermesi çoğu kez mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, eşitlik ilkesine aykırılık olduğunu iddia eden bir işçinin talebini sadece hangi işçilerle karşılaştırılması gerektiğini ismen bildirmediği gerekçesiyle incelememek ya da sadece bu nedene dayalı olarak davasını reddetmek de, temelinde adalet fikri bulunan eşitlik ilkesinin izlediği amaç ile de açıkça çelişecektir.

Dolayısıyla işçinin herhangi bir aşamada ayrımcılığa uğradığı ya da benzer durumdaki işçilerle kıyaslandığında kendisine eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığını ileri sürmesi durumunda, sadece bu yönde bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren durumu, buna dair maddi olguları mahkemeye sunması yeterli görülmelidir.

Aşağıda ayrımcılık yasakları kapsamında yer alan ve bugüne kadar en çok uyumsuzluk konusu yapılmış olan sendikal neden ve cinsiyete dayalı ayrımcılık durumlarındaki ispat esasları Yargıtay kararlarına da yer verilerek incelenecektir.

## **2. Sendikal Nedene Dayalı Ayrımcılığın İspatı**

Sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği iddiası, esas itibarıyla işverenin kötü niyetli olarak fesih hakkını kullandığına yöneliktir.<sup>355</sup> Sendikal nedenle yapılan fesihlerde ispat yükü ile ilgili olarak Yargıtay 9.Hukuk Da-

354 Çelik, Eşit Davranma, 10, 12 dn 24'de künyesi verilen eser.

355 Süzek, 423; Fesih Hakkı, 131 vd.

iresi, "...davacı feshin sendikal amaçlı olarak yapıldığını ispatlayamamıştır. Gerçekten paydos sonrası eylemde bulunan iki işçinin işten çıkarılmasından sonra işi bırakan işçilerin sendikacılık nedeniyle işten çıkarıldıkları kabul edilemez. Zira işyerinde davacı sendika toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi almıştır. Sendikaya üye olduktan sonra geçerli neden bulunmadan işçinin hizmet akdinin işveren tarafından feshedilmesi sendikal amaçlı fesih olarak kabul edilemez. Sendikal amaçla, hizmet sözleşmesinin fesholunduğu iddiasını ispat yükü davacı tarafa yani işçi tarafına aittir. Ancak, tanık ifadesi tek başına yeterli değildir. İşverenin, işyerindeki sendikal faaliyeti çöktürmek için işçileri topluca işten çıkarma yoluna gittiği kanıtlanmadığından işe başlatmama tazminatının dört ay olarak belirlenmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır..." ifadelerini içeren bir karar vermiştir.<sup>356</sup> Görüldüğü üzere bu kararda sendikal nedenin ispat yükünün işçide olduğu belirtilmektedir.

Diğer ayrımcılık hallerinde olduğu gibi sendikal nedenle yapılan fesihlerde de esas olarak işverenin uyuşmazlık konusu yapılan fesih kararının altında yatan saik incelenmektedir. Anılan durumun kesin olarak ispatının zorluğu hatta deyim yerindeyse imkânsızlığı karşısında sendikal nedenle yapılan fesihlerde Yargıtay uyuşmazlık konusu olaydaki bazı olgulardan hareket ederek feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığını tespit etmeye çalışmaktadır. Bu kapsamda yargı organı, yargılama aşamasında tarafların ortaya koyduğu maddi vakıalardan ve olayların kronolojik sırasından hareket ederek işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yöneltip yöneltmediğini araştırmaktadır. Bunun sonucunda hâkimin kanaati işverenin iradesinin temelinde sendikal neden olduğu yolunda oluşmuşsa, yani *sendikal fesih karinesi* ortaya çıkmışsa feshin sendikal nedenlere dayalı olduğu da ispatlanmış sayılmaktadır.<sup>357</sup>

Uygulamada, sendikal özgürlüklerin tam olarak korunabilmesi için sendikal ayrımcılık iddialarına ilişkin olarak mahkemelerin işçilerden daha esnek kanıtlar beklemeleri ve sendikal faaliyet kavramının geniş yorumlanma-

356 Y9HD, 27.6.2005, 19436/22753, aynı yönde Y9HD, 9.3.2005, 3551/7831 (Kazancı İçtihat Bankası); Aynı yönde, Y9HD, 30.10.2003,6039/18365, Legal İSGHD, C.1, S.4, 1437; genel olarak kötü niyetli fesihlerde ispat yükünün işçide olmasıyla ilgili olarak bkz. Süzek, 428, aynı yazar, Fesih Hakkı, 199-202.

357 Şahlanan, 220; Bayram, Sendikal Fesih, 1228.

sı gerektiği de haklı olarak ileri sürülmüştür.<sup>358</sup>

*a. Yargıtay Kararlarında Sendikal Nedenle Feshin İspatı*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, eski tarihli bir kararında<sup>359</sup> sendikal tazminat talebi ile ilgili olarak karara varılabilmesi için yargılama sırasında yeterli inceleme ve araştırma yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu karara konu olan olayda, davacı, sendikal nedenle işten çıkarıldığını iddia etmiş, davalı işveren ise işyerinde teknolojik gelişmeler ve sipariş azalması nedeniyle yeniden yapılanmaya gidildiğini, bunun sonucunda işçi fazlalığının ortaya çıktığını, yapılan feshlerin bu nedene dayandığını ifade etmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda işveren 500 sendikalı, 34 sendikasız işçi çıkarmıştır. Hukuk Genel Kurulu "...Yerel mahkeme kararında, işyerinden çıkarılan işçilerin büyük çoğunluğunun sendikalı, çok az bir kısmının da sendikasız olduğu belirtilmekte ise de, salt bu durum sendikalı-sendikasız işçi ayırımı yapıldığını göstermez. Bundan başka, sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün işlerine son verilmesinin işyerinde uygulanmakta olan greve olumsuz bir etkisi de olamaz. Sendikalar Kanunu'nun 51. maddesinin son fıkrası, işçilerin sendikadan ayrılmaları halinde uygulanabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sendikalı işçilerden büyük çoğunluğunun işyerinde çalışmalarını sürdürdüğü de anlaşılmaktadır. Öte yandan az miktarda da olsa sendikasız işçilerden de işlerine son verilenlerin bulunduğu da bir vakıdır. Açıklanan bu nedenlerle, salt olarak sayısal verilere ve bilirkişilerin varsayımına dayanan düşünceleri esas alınarak hüküm kurulması doğru değildir. Bu durumda yapılacak iş, ... uzman bilirkişiler aracılığıyla mahallinde inceleme yapılarak, işçilerin hizmet sözleşmelerinin feshedildiği tarihten önceki evreden itibaren işyerinde reorganizasyona gidilip gidilmediğinin, yeni üretim sistemlerinin uygulanarak ne derece otomasyona yer verildiğini, böyle bir otomasyona gidilmişse bunun sonucu olarak personel tensikati yapılması gereksinimi doğup doğmadığının, çıkarılan işçilerin yerine yeni işçilerin alınıp alınmadığının, alınmışsa işe giriş tarihlerinin belirlenmesi; şayet reorganizasyon olgusu gerçekleşmiş ise davalının iyi niyetli olduğunun kabulü ve bunun sonucu olarak davanın reddine, aksi halde ise kabulüne karar vermek gerekirken hiçbir araştırma ve inceleme yapıl-

358 Özveri, 1544.

359 YHGK, 4.11.1992, 9-469/639 (Kazancı İçtihat Bankası)

madan, salt birliktişilerin varsayımlarına dayanan düşünceleri esas alınarak önceki kararda direnilmesi doğru değildir...” şeklinde bir karar vererek sendikal nedenle feshin ispatı için sadece sayısal verilerin tek başına yeterli olmadığını, işverenin ileri sürdüğü maddi olguların da keşif yoluyla yerinde incelenmesi ile sonuca ulaşılabilceğini karara bağlamıştır.

Bu karara karşı oy ileri sürülmüş ve inceleme konusu olaydaki kronolojik sıra ve işçilerin işe alınmaları sırasında herhangi bir sendikaya üye olup olmadıklarının sorulması olgularının birlikte değerlendirilmesi sonucunda işverenin işyerindeki sendikal örgütlenmeye karşı olduğu sonucuna varılması gerektiği açıklanmıştır. Karşı oy yazısında “...işçi sendikasının işyerinde gerekli çoğunluğa sahip olduğu saptandıktan sonra, davacı ile birlikte işten çıkarılan 534 işçiden, 500 işçinin sendikaya üye olan işçilerden seçilmesi, işverenin, işten çıkarmada açıkça sendikalı-sendikasız işçi ayırımı yaptığını, Sendikalar Kanunu'nun 31/3,5. maddesi hükmüne ve eşit işlem yapma borcuna aykırı davrandığını, kötü niyetli olduğunu göstermeye yeterlidir. Böyle olunca artık, işletmenin ekonomik ve teknik gereklerinin varlığını araştırmaya da gerek kalmamaktadır. Öte yandan işveren, işçi çıkarırken sendikal nedenle bir ayırım yapmadığını gösterir herhangi bir delille de dayanmamıştır. Kaldı ki, olayların kronolojik akışı, işyerindeki gelişmeler ve yapılan açıklamalar işçi çıkarmanın işyeri gereklerinden doğmadığını, sendikal nedenlere dayandığını, bu konuda ileri sürülen savunmanın da somut olgulara dayanmayan, ciddi ve inandırıcı olmaktan uzak, soyut bir savunmadan ibaret kaldığı anlaşılmaktadır. Bütün bu nedenlerle, yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumuzdan, çoğunluğun bozma kararına ve gerekçelerine katılamıyoruz. ...”

Bu kararla ilgili olarak kişisel görüşümüzü ifade etmek gerekirse, karşı oy yazısının son derece isabetli olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Gerçekten de bir işyerinde işten çıkarılan işçilerin neredeyse tamamının sendikalı işçiler arasından seçilmiş olması sendikal nedenle ayrımcılık yapıldığı yolunda, aksinin ispatı son derece zor olan, çok güçlü bir karine yaratmaktadır. Hukuk Genel Kurulu kararında belirtildiği üzere işyerinde gerçekten bir yeniden yapılanma yapılmış, bunun sonucunda işgücü fazlalığı ortaya çıkmış olsa bile işveren bu işgücü fazlalığını ortadan kaldırmak için sadece sendikalı işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yoluna gidemez. Böyle bir davranış, ayrımcılık oluşturmaktadır. Yukarıdaki kararda saptanması gereken

husus, işverenin işten çıkardığı 500 sendikalı işçiyi neden seçtiğini objektif bir biçimde mahkemeye açıklaması, bu sayede yaptığı seçimde anılan işçilerin sendikalı olmalarının herhangi bir etkisinin bulunmadığını ortaya koyması gerekliliğidir.

Sendikal nedenlere dayalı olarak yapıldığı iddia edilen fesihlerle ilgili olarak Yargıtay 9.Hukuk Dairesi bazı olguların ortaya konmasını istemektedir. Bu olguların neler olduğuna değindiği bir kararında<sup>360</sup> "... Akdin feshine yakın tarihlerde işyerinde çalışan sayısı, sendika üyesi olan, sendika üyesi olmayan, işten çıkarılan, işten çıkarılardan sendika üyesi olan ve olmayan, sendika üyeliğinden istifa eden, sendika üyeliğinden istifa edenlerden mevcutsa işyerinde çalıştırılan işçi sayılarının, işyerinde sendikaca toplu iş sözleşmesi yapılması için yetki başvurusu olup olmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığının, alınmış ise davacı işçinin yerine alınıp alınmadığının, işyeri kayıtları üzerinden saptanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekir."

Yüksek Mahkeme bu hususların açık, kesin ve hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespit edilmesini, işyeri kayıtları, fesih öncesi, fesih dönemi ve fesih sonrası döneme ait SSK prim bordroları ile işe giriş çıkış bildirgelerinin birlikte değerlendirilmesini, konu ile ilgili olarak uzman bilirkişiden rapor alınmasını aramaktadır. İspat ile ilgili olarak Yargıtay, aynı nedene dayalı olarak işverene karşı dava açmış işçiler ya da davacı ile birlikte işten çıkarılmış işçilerin tanık beyanlarına dayalı olarak hüküm kurulmaması gerektiğini, sadece varsayımlara dayalı olan, somut beyanlar içermeyen tanık beyanlarının hükme esas alınmamasını<sup>361</sup>, bütün olguların bir arada değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>362</sup>

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin incelediği bir diğer uyuşmazlıkta<sup>363</sup> ise işverence iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilen bir işçiyle ilgili olarak feshin asıl

360 Y9HD, 18.4.2005, 10579/13711, Legal İSGHD, C.2, S.7, 1327-1328; Benzer kararlar için bkz. Bayram, Sendikal Fesih, 1229 dn 31; aynı yönde Y9HD, 5.10.2004, 13246/21982, Çalışma ve Toplum, S.4, 2005/1, 286-287; Y9HD, 5.6.2006, 9825/16147, Legal İSGHD, C.3, S.12, 1520-1522; Y9HD, 26.9.2005, 22864/31221 (Kazancı İhtihat Bankası).

361 Y9HD, 29.9.2005, 28142/31652, Çalışma ve Toplum, S.9, 2006/2, 262-263.

362 Bu konuda verilmiş pek çok karar için bkz. Bayram, Sendikal Fesih, 1230-1231, dn 32-40; Y9HD, 2.5.2005, 26867/15148, Çalışma ve Toplum, S.6,2005/3, 187-188; Y9HD, 27.11.2006, 22866/31254, Legal İSGHD, C.3, S.14, 724-725..

363 Y9HD, 27.10.2005, 29210/34772, Çalışma ve Toplum, S.9, 2006/2 234-235.

sebebinin sendikal faaliyet olduğuna karar verilmiştir. Anılan kararda “... feshe neden gösterilen hareket, daha önce hizmet akdi fesih edilen ve tazminatlarını almak üzere iş yerine gelen bir kısım işçilerin yanına işverenin karşı koymasına rağmen gitmesidir. Dosya içeriğinden bu davranışın yemek tatilinde olduğu, başka bir anlatım ile çalışma saati içerisinde olmadığı, davacının ziyaretine gittiği arkadaşlarının işyerinde yasa dışı bir eylem de yapmadıkları, arkadaşlık duyguları ile yapılan ziyaretin işyerinin çalışma düzenini aksatmadığı, davacının feshe neden gösterilen eyleminin haklı ve geçerli bir fesih nedeni sayılamayacağı saptanmıştır. Diğer taraftan davacı dinlettiği tanık anlatımları ile fesih bildirimindeki asıl nedenin sendikal faaliyetler olduğunu kanıtlamış bulunmaktadır. Açıklanan bu sebeplerle davasının kabulü gerekir iken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” ifadeleri yer almaktadır.

İşçinin sendikaya üye olduğunu, üyelik fişinin bir örneğinin kendisine gönderilmesi ile ya da bundan önce herhangi bir yolla öğrenen işveren, iş sözleşmesini üyelik tarihinden itibaren kısa bir süre içinde feshederse burada sendikal fesih yapıldığı kabul edilmelidir. Buradaki sürenin kesin olarak belirlenmesi mümkün olmamakla beraber, üyelik ile fesih arasında geçmiş olan sürenin makul ve mantıklı her birey tarafından bu iki olayın birbiri ile neden-sonuç bağlantısı içinde olduğunu düşünmeye yetecek kadar kısa olması gerektiği kabul edilmelidir. Yargıtay’ın vermiş olduğu çeşitli kararlarda birkaç gün, bir hafta ya da birkaç aylık sürelerin sendikal fesih karinesinin varlığı için yeterli olduğu görülmektedir. Hiç şüphesiz üyelik fişinin işverene gönderilmesinden önceki dönemde işverenin üyelikten haberdar olduğunun ispatı işçiye aittir.<sup>364</sup>

Sendikal fesih karinesi, fesih işlemi ile işverenin işçilerden sendika üyeliğinden istifa etmelerini istemesi, hatta bu konuda zorlaması, kabul etmeyenlerin işten atılması; toplu işçi çıkarmada farklı sendikalara üye işçiler arasında tercih yapması; işten çıkarılan sendikalı işçilerin sayısının ve sendikasin işçilere olan oranlarının fazla olması<sup>365</sup>; toplu iş sözleşmesi yetkisini düşürmek amacıyla sendikalı işçilerin işten çıkarılmaları; işçilerin sendikanın organlarında görev almaları ile ilgili olması, daha açık bir ifadeyle fesih işleminin temelinde herhangi bir düzeyde ve yoğunlukta gerçekleştirilmiş

364 Bayram, Sendikal Fesih, 1232-1233, dn 43-45, 1246.

365 Bu konuda Yargıtay’ın farklı kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarında sendikalı işçiler çoğunlukta olsa bile feshin sendikal nedene dayanmadığına karar vermiştir.

olan bir sendikal faaliyet bulunması durumunda ortaya çıkmış sayılmaktadır.<sup>366</sup>

*b. Sendikal Nedenin İspatında İş Güvencesi Kapsamında Olup Olmamanın Önemi*

Sendikal nedene ilişkin davalarda ispat yüküyle ilgili önem taşıyan bir diğer konu davacı işçinin iş güvencesi kapsamı içinde olup olmamasıdır. Konuyla ilgili yasal düzenlemelerden ilki Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesidir. Maddenin altıncı fıkrası "...Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanunu'nun 18,19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak İş Kanunu'nun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz" hükmünü içermektedir. Maddenin atıf yaptığı iş güvencesi sisteminde ispat yükü ise İş Kanunu'nun 20/2. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; "Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür."

İş güvencesi sisteminin kapsamı dışında kalan işçilerle ilgili olarak da Sendikalar Kanunu'nun 31/7. maddesi hükmü şu şekildedir; "854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanunu'nun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanun'un 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır."

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler, sendikal nedenle feshe dayalı olarak dava açtıklarında ispat yükü işverendedir.<sup>367</sup> Yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri incelendiğinde iş güvencesi kapsamı içinde olan ve olmayan işçilerin sendikal nedenle iş sözleşmelerinin feshedildiği iddiası ile açılan davalarda ispat yüklerinin oldukça farklı düzenlendiği görülmekte-

366 Bu konuda Yargıtay kararlarını da inceleyen geniş bir değerlendirme için bkz. Bayram, Sendikal Fesih, 1234 vd., 1246-1248.

367 Çelik, 398; Süzek, 429; Güzel,131.

dir. Öğretide iki işçi gurubu arasında yaratılan bu haksız ayırım, haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>368</sup>

İş güvencesi kapsamındaki bir işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia ederek dava açtığında Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesinin altıncı fıkrası uyarınca iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. Daha açık bir ifadeyle işçi yapılan feshin sendikal nedene dayandığı için geçersizliğini ileri sürerek dava açtığında işveren, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat etmelidir. İşveren feshin geçerli nedene dayandığını ispat edemezse yapılan feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. İkinci olasılık ise işverenin uyuşmazlık konusu yapılmış olan feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat etmesidir. Ancak hukuken geçerli bir sebep ortaya konmuş olsa da işçi feshin gerçek nedeninin sendikal faaliyet olduğunu iddia ediyorsa bu takdirde iddiasını ispat yükü altındadır.<sup>369</sup>

İş güvencesi sistemi içindeki iş ilişkilerinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla açılmış olan davalarda tarafların ispat yükü ile ilgili olarak Yargıtay 9.Hukuk Dairesi bir kararında<sup>370</sup> şu ifadelerle yer vermiştir; "...Mahkemece davacının feshin sendikal nedene dayandığı iddiasını ispatlayamadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir. Somut olayda işverenin fesih yazısında davacının daha evvel çalıştığı ... bölümünün 1.4.2003'te kapatılmasından sonra bu tarihten beri geçici görevle ... işini yürüttüğünü fakat bu görevin işletmenin ihtiyaçları doğrultusunda iptaline karar verildiğini belirterek hizmet akdini feshetmiştir. Davacı ise feshin gerçek nedeninin işyerinde sendikal örgütlenme ile ilgili bir toplantı yapılacağı ve bunu organize edenler arasında kendisinin de bulunması nedeniyle akdin feshedildiğini savunmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca *işveren fesih gerekçesini ispatla yükümlüdür. Yani ispat yükü öncelikle işverenindir.* İşveren fesih yazısında davacının

---

368 Çelik, 398; Süzek, 478; Tuncay, 2004 Yılı Karar Değerlendirmesi, 116-117; Güzel, 131; Ulucan, 2003 Yılı Karar Değerlendirmesi, 166; Soyer, 60; Sur, 43, dn 66; Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 117; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 75; Özdemir, İspat Yükü, 348-349; Bayram, Sendikal Fesih, 1226.

369 Çelik, 398-399, yazar İş Kanunu'nun 20.maddesinin ikinci fıkrası hükmünün bu durumlar ile ilgili olduğunu ifade etmektedir; Süzek, 478; Güzel, 96-97,131; Özdemir, İspat Yükü, 348; Bayram, Sendikal Fesih, 1225.

370 Y9HD, 13.6.2005, 17441/20762, Çalışma ve Toplum, S.7, 2005/4, 206-208; Aynı yönde Y9HD, 14.4.2005, 10849/13216, Çalışma ve Toplum, S.6, 2005/3, 253-254.

yürüttüğü geçici görevin iptal edildiğini başka birimde de istihdam etme imkânı kalmadığını belirtmiştir. Ancak dinlenen davacı tanıkları beyanlarında...davacının yürüttüğü görevin iptal edilmediğini, numune toplama görevi ile ilgili iki kişilik kadro olduğunu ... Mart 2005 tarihinde de Leventteki fabrikaların da Gebze'ye taşınmasıyla kadronun üçe çıkacağı bu nedenle davacının işine son verildiğini belirtmişlerdir. Ancak henüz kadro sayısı üçü bulmadan gelecek ve oluşacak bir durum nedeniyle davacının işine son verilmiştir. Dolayısıyla işverence yapılan fesih işin, işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedene dayanmamaktadır. Belirtmek gerekir ki *davacı da* akdin geçerli olmayan nedenle sendikal faaliyetleri yüzünden feshedildiğini iddia ettiğinden onun da *akdin sendikal nedenle feshedildiği ispatlaması gerekir*. Yani davacıda akdin geçerli olmayan bir nedenle feshini değil sendikal nedenle feshini ispatla yükümlüdür. Bu bağlamda davacı tanık dinletmiştir. Dinlenen tanık beyanları yetersiz olup feshin sendikal nedenle yapıldığını ispatlamaktan uzaktır...”

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere iş güvencesi sistemi içindeki işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli ya da haklı bir nedenle feshedildiği işverence ortaya konduğunda, işçi bu fesih sebebinin altında başka bir sebebin, örneğin sendikal nedenin bulunduğunu iddia ediyorsa, bunu ispat etmekle yükümlüdür. İş Kanunu'nun 5.maddesi ise işçiler için daha kolay bir ispat yolu öngörmektedir. Bu farklılık nedeniyle İK 20/2'deki ispat kuralının 2000/78 sayılı direktifteki ile uyumlu hale getirilmesi için İK 5'deki usulün burada da geçerli olması gerektiği, mevzuatın bu konuda uyumlaştırılması gerektiği<sup>371</sup>, 20/2.fıkradaki düzenlemenin İş Kanunu'nun 5.maddesi ışığında yorumlanmasının uygun olduğu<sup>372</sup> ifade edilmiştir.

### 3. Cinsiyet Ayrımcılığının İspatı

Türk Hukukunda doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın açık tanımı yer almamakla birlikte sadece cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak yasanın beşinci maddesinin üçüncü fıkrasında “İşveren...cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” düzenlemesi yer almaktadır.

371 Sözer, 204; Güzel, 96-97, yazar benzer konularda ispat ile ilgili olarak ortaya çıkan bu tutarsızlığa dikkat çekmektedir.

372 Özdemir, İspat Yükü, 349-350.

*a. Doğrudan Cinsiyet Ayrımcılığı İddiasının İspatı*

Cinsiyet nedeniyle doğrudan ayrımcılık iddialarında, Adalet Divanı içtihatları ve Alman Hukukundan esinlenerek iddiayı ileri süren kişinin kadın/erkek olmasaydı ayrımcılık oluşturan davranışa maruz kalmayacağı tespit edilebiliyorsa ayrımcılığa uğradığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Divan, hamilelik nedeniyle ayrımcılık iddialarını incelerken başlarda kıyaslamak için işe devam edemeyen bir erkeği ölçü almış, ancak daha sonraları hamileliğin sadece kadın cinsine özgü bir neden olduğunu, hamileliğin hastalık olarak değerlendirilemeyeceğini, bu nedenle de herhangi bir kıyaslamaya gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre hamilelik nedeniyle aleyhe davranışa muhatap kalan işçinin cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kaldığı kabul edilmelidir.<sup>373</sup>

Dolayısıyla doğrudan ayrımcılık iddialarında, davacı işçi, cinsiyeti nedeniyle olumsuz davranışa muhatap tutulduğunu, eğer o cinsiyete mensup olmasaydı bu aleyhe davranışa maruz kalmayacağı konusunda yeterli maddi olguları mahkemeye ibraz etmesi halinde, üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmiş kabul edilmelidir. Burada önemle altı çizilmelidir ki cinsiyete dayalı ayrımcılık terimi, cinsel taciz, hamilelik ve doğum nedeniyle maruz kalınan ayrımları da kapsadığından, ispat yüküne ilişkin açıklamalar bu durumlarda da geçerlidir.

*b. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı İddiasının İspatı*

Dolaylı ayrımcılığın ispatı, doğrudan ayrımcılığa göre daha zordur. Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı iddialarında ayrımcılık yaratan ölçütün ya da uygulamanın kendisi değil, yarattığı sonuçlardır. Bu nedenle dolaylı ayrımcılıkta belirli bir cinse mensup olmasaydı söz konusu uygulama ya da davranışa muhatap olmayacağı ileri sürülemez.

Burada görünüşte objektif olan bir ölçüt, uygulama bulunduğuandan, dolaylı ayrımcılık iddialarında anılan uygulamanın ya da ölçütün sonuçlarının belli bir cinse mensup olanları diğerlerine oranla daha olumsuz etkilediği ortaya konmalıdır. Dolaylı ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürenler, tarafsız bir ölçüt ya da uygulamanın belirli bir cinse mensup olanlar aleyhine etki doğurduğunu ortaya koyduklarında ispat yükü işverene geçecektir.

---

373 Yenisey, Metodoloji, 991-992, bkz. Webb kararı, 14.7.1994, C-32/93, Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd.

Dolaylı ayrımcılık iddialarında istatistiksel verilerin de önemi büyüktür. Ancak bu verilerin sağlıklı bir sonuca ulaşmayı sağlayacak özelliklere sahip olması gerekmektedir.

Öğretide, dolaylı ayrımcılık iddialarının ispatı için gereken bilgilere işçiler tarafından ulaşılabilmesi yönündeki güçlük dikkate alınarak özellikle sendikal nedenle ayrımcılık durumunda olduğu gibi mahkeme tarafından resen araştırma yapılması yolunun tercih edilebileceği haklı olarak savunulmuştur. İşverenin elinde bulunan ücret bordroları ya da işyerinde çalışan işçi sayısı gibi bilgilerin talep halinde mahkemeye ibrazı işveren için yasal bir zorunluluktur. Ancak ispat yükü yine de işçinin üzerindedir. Elde edilen bu bilgi ve belgelerden dolaylı ayrımcılık yapıldığını ortaya koyacak, istatistiksel açıdan anlamlı bir sonuç çıkarmak işçinin üzerindedir.<sup>374</sup>

#### *aa. Karşılaştırma Yapılacak İşçinin Belirlenmesi*

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı yapıldığının iddia edildiği durumlarda, kıyaslama kadınlar ve erkekler arasında yapılacaktır. Görünüşte tarafsız olarak değerlendirilen normun ya da uygulamanın işyerinde kadınlar ve erkekler tarafından ne oranda gerçekleştirilebildiği ya da bu uygulamadan ne şekilde etkilendikleri ortaya konmalıdır. Burada önem taşıyan nokta bu kıyaslamaya esas alınacak kadın ve erkeklerin belirlenmesinde aynı ya da benzer durumda olanların tespit edilebilmesidir. Buna ek olarak kıyaslama yapılacak grupların objektif olarak yeterli sayıda kişiden oluşması da gerekmektedir. Elbette eşit değerde iş yapıyor olmaları da istatistiksel verilerden doğru sonuca ulaşmak için önem taşımaktadır.

Ülkemiz açısından işverenin işletmesi ile sınırlı bir inceleme yapılmalı, işyerindeki personel yapısı ve dikkate alınmalıdır. İşyerinde kıyas yapılacak nitelikte karşı cinse mensup kişilerin bulunmaması durumunda, iddiayı ileri süren işçinin çalıştığı işkolunda aynı veya benzer işi yapan karşı cinse

---

374 Yenisey, Metodoloji, 994-995, yazar bu belgeleri usul hukuku açısından senet olarak değerlendirmektedir. Ancak bu yönde bir genelleme yapılmasını isabetli bulamadığımızı belirtmek isteriz. Çünkü bu belgelerin tamamının senet niteliğinde olduğunun kabulü halinde, işçinin bunların aksini ispatı da ancak senetle mümkün olabilecektir. Böyle bir kabul ise, özellikle inceleme konumuz açısından düzenlenmiş olan ve işçi lehine öngörülen “hafifletilmiş ispat yükü” kavramı ile uygun düşmeyecektir. Bilindiği üzere işçi, mahkemede yeterli kanat oluşturduğu sürece her türlü delille iddiasını ispat edebilmektedir. Bu duruma en uygun örnek, ücret bordrolarının makbuz niteliğinde kabul edilerek aşan kısmın işçi tarafından her türlü delille ispatı halinde işçi lehine bakiye ücret alacağına hükmedilebilmesidir.

mensup bir grubun esas alınabileceği de ileri sürülmüştür.<sup>375</sup>

Aynı işkolunda aynı veya benzer çalışma koşulları altında çalışan birçok işveren, işçilerine pek çok farklı ücret ya da çalışma koşulu sunabilir. Bunların farklılaşmasında bazı işyerlerinin toplu iş sözleşmesi kapsamında olması, bazılarında esnek çalışma modellerinin daha yoğun biçimde uygulanması ya da işverenin mali durumu gibi değişik faktörler rol oynayabilir.

Ücretlerde dolaylı cinsiyet ayrımcılığı yapıldığını iddia eden bir kişinin davasında karşılaştırma yapılacak karşı cinse mensup işçi grubu aynı işverene bağlı olarak aynı ya da benzer işte çalışanlar arasından seçilemiyorsa, bu durumda kıyaslamaya esas alınacak işçilerin aynı işkolunda ancak toplu iş sözleşmesi uygulanan bir işyerinden seçilmesi, mahkemeyi elbette bir sonuca ulaştıracaktır ancak bu sonuç acaba adalete uygun olacak mıdır? Sonuç olarak, kıyas yapılacak işçi grubunun aynı işverene bağlı olarak çalışan işçiler arasından seçilemediği durumlarda, işverenin işyeriyle aynı koşullarda bulunan bir diğer işyerinde çalışan işçi karşılaştırmaya esas alınmalıdır.

*bb. Esaslı ya da Belirgin Şekilde Farklı ve Aleyhe Uygulama*

Dolaylı ayrımcılıkta belli bir grubu diğerine oranla “esaslı” olarak aleyhe etkilenmesi aranmaktadır. Burada bir diğer sorun “esaslı” ya da “belirgin” farklı ve aleyhe uygulamanın belli bir oransal farklılığa işaret edip etmediğinin belirlenmesidir. Bu konuda Adalet Divanı farklı davalarda farklı kararlar vermiştir.<sup>376</sup> Ancak işçiler için gerekli korumanın sağlanabilmesi, ayrımcılığın önlenebilmesi için Divanın, yüksek oranda bir farkın gerekmediği, aradaki farkın az olsa bile uzun zaman devam etmesi halinde bu durumun dolaylı ayrımcılığın göstergesi olduğu yolundaki içtihadının benimsenmesi uygun olacaktır.<sup>377</sup>

Dolaylı ayrımcılık yaratan uygulamadan mağdur olduğunu ileri süren işçi ile ilgili olarak işveren, söz konusu mağduriyetin aslında işçinin ileri sürdüğü nedenlere dayanmadığını ispat ederse dolaylı ayrımcılık yapmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.<sup>378</sup>

---

375 Yenisey, Metodoloji, 988-989, 994; Dolaylı ayrımcılık iddialarının ispatıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Özdemir, 222-224.

376 Seymour-Smith ve Perez kararı , 9.2.1999, C-167/97.

377 Bu kararlar için bkz. Yenisey, Metodoloji, 996, dn 84-87.

378 Yüksel, 363, dolaylı ayrımcılık iddialarında istatistiksel bilgilerin önemli olduğu konusunda bkz. aynı yazar, 362 dn 83.

#### 4. Cinsel Tacizin İspatı

Geniş anlamda cinsiyet ayrımcılığı kapsamında yer alan cinsel tacizin ispatı konusunda yargı organları her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmaktadır. Bu konuda en önemli sorunlardan biri cinsel tacizin gizli ve çoğunlukla iki kişi arasında gerçekleşen bir olay olmasıdır. Öncelikle cinsel tacize uğradığını iddia eden işçi bu durumu ispat etmelidir. Yargıtay da bu gerçeği dikkate alarak cinsel taciz olayları ile ilgili tanık beyanlarını dosyadaki diğer bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirmekte ve cinsel taciz olgusu konusunda kanaatini oluşturmaktadır.

Cinsel tacize maruz kalan aday, staj başvurusu sahibi ya da işçi, bu duruma ilişkin karine oluşturacak maddi olguları ortaya koyduktan sonra,<sup>379</sup> ispat yükü davalı tarafa geçmektedir. Davalı taraf, davacı ile ilgili olarak verilen kararın cinsel taciz ya da manevi tacizden tamamen bağımsız, objektif nedenlere dayalı olduğunu ispat etmelidir (CdT. L.1154-1). Fransız yargı düzeninde işverence yapılan cinsel tacize karine oluşturan mağdurun suç duyurusunda bulunmuş olması, durumu amirlerine iletmış olması, kadın kuruluşlarına başvurmuş olması, bu olay nedeniyle yaşadığı başarısızlıklar ya da işverenin olay hakkında tanıklık yapabilecek kişiler üzerinde baskı uygulaması gibi durumların hukuk düzenimizde de göz önünde bulundurulmasının yerinde olacağı isabetli olarak ileri sürülmüştür.<sup>380</sup>

#### B. Yaptırımlar

##### 1. Hukuki Yaptırımlar

Aşağıda incelenecek hukuki yaptırımlarla ilgili olarak uğranılmış olan ayrımcılığın doğrudan ya da dolaylı olması herhangi bir fark yaratmayacaktır. Dolaylı ayrımcılığa maruz kalan işçiler de yoksun bırakıldıkları hakları eda davası yoluyla talep edebilecekler, kişilik hakları ihlal edilmişse manevi tazminata hak kazanabileceklerdir. Doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi dolaylı ayrımcılık halleri yaratan uygulamalar da BK 19-20 uyarınca geçersiz sayılacaklardır.<sup>381</sup>

##### a. Geçersizlik

Borçlar Kanununun 20.maddesi uyarınca hukuka aykırı her türlü işlem

379 Özdemir, İspat Yükü, 211

380 Özdemir, Cinsel Taciz, 156-157; İspat Yükü, 214-215.

381 Yüksel, 354-357.

geçersizdir (batıldır). Ayrımcılık yasakları, kişilerin insan hakları çerçevesinde korunan özellikleri ile örtüşmektedir. Bu değerler gerek uluslararası gerek ulusal hukuk tarafından korunma altına alınmışlardır. Hukukumuz açısından Anayasa'nın 10. maddesiyle İş Kanunu'nun 5.maddesi işverene ayrımcılık yapma yasağı ve eşit işlem yapma borcunu yüklemektedir. Bu gerekçelerden dolayı eşitlik ilkesine aykırı her türlü işlem geçersizlik yaptırımıyla karşı karşıyadır.

Türk Hukukunda 4857 sayılı İş Kanununda açıkça düzenleme yapılmadan önce de eşit davranma ilkesine aykırılığın Anayasa'nın 10.maddesi gereğince geçersiz sayılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak burada hükümsüz sayılma için anılan hukuki işlemin henüz uygulanmamış olması gerektiği de ifade edilmiştir. Eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturan bir düzenlemenin ya da uygulamanın kısmi geçersizliğinin de (BK 20/2) mümkün olabileceği ileri sürülmüştür. Ayrıca işçi, eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturan bir durum nedeniyle dava yoluna başvurduğunda hem söz konusu hukuka aykırılığın tespitini hem de bu aykırılık olmasaydı hangi durumda bulunacak ise, örneğin kendisinin yapılan ücret zammının dışında bırakılmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu, bu zamdan yararlanması gerektiğini ileri sürerek, o duruma getirilmeyi talep edecektir.<sup>382</sup>

Öğretide ileri sürülen bu görüşe esas olarak katıldığımızı, ancak geçersizlik yaptırımının söz konusu olabilmesi için henüz uygulanmamış bir işlemin bulunması gerektiği yolunda bir koşul aranmasına gerek olmadığını belirtmek isteriz. Örneğin, toplu iş sözleşmesinde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlardan sadece taraf sendikaya üye olanların sözleşmede öngörülen artırılmış izin sürelerinden yararlanabileceği, üye olmayanlar için ise İş Kanunu'nun yıllık ücretli izne ait hükümlerinin uygulanacağı yolundaki hüküm ister uygulanmış olsun isterse henüz uygulanmamış olsun, ilgili kişiler tarafından dava konusu yapıldığında sendikal nedenle ayrımcılık yasağına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.

Bunların yanı sıra iş güvencesi hükümleri kapsamı içinde yer alan bir işçinin iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 18.maddesinde düzenlenmiş olan ve ayrımcılık nedenleriyle örtüşen durumlardan biri nedeniyle feshedilmişse,

---

382 Tuncay, 234-238; Yüksel, 344-348.

yapılan fesih geçersiz sayılmaktadır.<sup>383</sup>

*b. Eda Davası*

Öğretide, eşit davranma borcuna aykırılık yaratan bir uygulamayla karşılaşan işçinin öncelikle *eda davası* açabileceği ileri sürülmüştür. Bu dava ile işçinin, işveren eşit davranma borcuna aykırı davranmasaydı içinde bulunacağı duruma getirilmesi sağlanacaktır. Eski tarihli bir Yargıtay kararında, geçici işçi sayıldığı için daimi işçilere ödenen çocuk zammı ve doğum yardımının kendisine ödenmemesini dava konusu yapan bir işçi ile ilgili olarak, bu durumun Anayasa'da hükme bağlanmış olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, bu nedenle de anılan ödemelerin davacıya da yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır.<sup>384</sup> Eda davasının daha çok parasal haklarda uygulanabilecek bir yol olduğu, bu dava ile eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı için yoksun kalınan hakların talep edileceği, işverenin yönetim hakkının kullanılması ile ilgili konularda ise bu davanın açılmayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe karşı da eda davasında konunun bir şeyin verilmesi, ödenmesi, yapılması ya da yapılmaması olabileceği, dolayısıyla da işverenin bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya da mahkûm edilebileceği söylenmiştir.<sup>385</sup>

İşverenin yönetim hakkını kullanırken işçiler arasında eşit davranma ilkesine uygun davranmaması durumunda işçi, eda davası açarak söz konusu aykırılık yapılmasaydı elde edeceği menfaatleri talep edebilir. Ancak Yargıtay 1996 yılında verdiği bir kararda işverenin sadece yönetim hakkını kullanırken eşit davranma ilkesine aykırı davrandığının tespit edilebileceğini, bu kararda işvereni belli bir işlem ya da düzenleme yapmaya zorlayıcı şekilde hüküm tesis edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.<sup>386</sup>

Her ne kadar teorik olarak, eda davası ile işverenin bir şey yapmaya ya da yapmamaya zorlanabileceği ileri sürülebilirse de uygulamada bu yolun işletilebilmesi mümkün değildir. Bir örnek üzerinden açıklamak

383 Eşit işlem yapma borcuna aykırı feshi geçersiz fesih olarak değerlendiren Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 18.9.2007, 28933/26947, Legal YKİ, S.5, 296-297.

384 Tuncay, 219-220, Yargıtay 9.HD, 26.9.1968, 9127/11140, dn 7'den naklen; Yüksel, 341-342.

385 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, 220-222.

386 Yüksel, 342-343.

gerekirse, işçi, gereken objektif koşulları taşımasına rağmen cinsiyeti ya da rengi nedeniyle bir üst yönetici pozisyona getirilmediğini, bunun da ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğunu ileri sürerek eda davası açabilir. Bu dava sonucunda verilecek hükümde işverence yapılan işlemin ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğu, davacının daha üst yönetici pozisyonuna getirilmemesi işleminin hukuka aykırı olduğu belirtilecektir. Ancak davacı, bu karara dayalı olarak kendisinin yöneticilik pozisyonunda görevlendirilmesini talep ettiğinde, işveren tarafından bu yapma edimi yerine getirilmezse, bu kararın aynen ifasını sağlayabilecek hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>387</sup>

Hukuk sistemimizde iş güvencesi sisteminde dahi işçinin işyerinde çalışmasına devam etmesini sağlayabilecek mutlak bir işe iade sistemi öngörülmemiştir. Burada işveren, haksız/geçersiz fesih yaptığı durumlarda bile işe iade kararına dayalı olarak işçiyi eski işinde “fiilen” çalıştırmak zorunda değildir. Dolayısıyla işveren iş güvencesi tazminatı ödeyerek, mahkemenin vermiş olduğu “işe iade” kararını aynen uygulama zorunluluğu altında bulunmamaktadır. Mahkeme kararı ile hukuka aykırılık tespit edildiğinde, işveren mahkeme kararını aynen ifa etmiyorsa nihai sonuç söz konusu hukuka aykırılığın yaptırımını olarak belli bir tazminat ödenmesidir.

Aynı sonuca mahkeme kararında yapmama edimine hükmedildiğinde de ulaşabiliriz. İşveren tarafından eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturan uygulamaya son verilmesi, ayrımcılığa maruz kalan işçi veya işçilerin bu uygulamaya bir daha muhatap tutulmamaları gibi bir karar da işverene zorla aynen uygulanamaz. Burada da tespit edilen hukuka aykırı durumun devam etmesi ya da yinelenmesi durumunda tazminat gündeme gelecektir. Sonuç olarak, İş Hukuku'nda verilecek bir mahkeme kararı ile işveren belli bir şeyi aynen yapmaya ya da yapmamaya zorlanmamaktadır.

Hiç şüphe yok ki ücretlerde, ikramiyelerde, sosyal yardımlarda ve işin düzenlenmesine giren alanlarda eşitlik ilkesinin ihlali halinde işçi, eda davası açarak yoksun bırakıldığı hakları talep edebilir. Eşitlik ilkesine aykırı

---

387 Aksi yönde Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, 171, yazar, kadın işçinin hak etmesine rağmen uygulanmayan mesleki terfinin de İK 5'de düzenlenmiş olan “yoksun kalınan haklar” ifadesine dayalı olarak talep edilebileceğini ifade etmektedir.

olarak daha az ücret ödenen işçi, açacağı eda davasıyla, zamanaşımı kurları saklı kalmak kaydıyla, geçmişe ilişkin olarak ücret farkını faiziyle talep edebilecek, davanın lehine sonuçlanmasından sonra ise kendisine emsallerine ödenmekte olan daha yüksek ücretin ödenmesini isteyebilecektir. Aynı sonuç ikramiyeler, sosyal yardımlar ya da yıllık ücretli izin hakları için de geçerlidir.

### c. İş Görmekten Kaçınma

Öğretilen, eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde işçinin başvurabileceği bir diğer yol olarak iş görmekten kaçınma hakkı olup olmadığı incelenmiştir. Bu görüşe göre işçi, iş görmekten kaçınma hakkını son derece seyrek olarak, sadece eşit işlem yapma borcuna aykırı olarak yapması istenen işe münhasır şekilde ve ancak söz konusu işin yapılması kendisi açısından beklenilmez hale gelmişse kullanabilecektir. Örneğin zevksiz olarak nitelendirilen işler, sürekli olarak aynı işçiye gördürülüyor, bu durum işçiden iş görme borcunu ifa etmesini beklenilmez hale sokuyorsa, işveren yönetim hakkını MK 2'ye aykırı olarak kullanmış sayılmakta, bu durum BK 325 uyarınca alacaklı temerrüdü olarak değerlendirilmekte ve işçinin çalışmaksızın ücrete hak kazanması gerektiği savunulmaktadır.<sup>388</sup>

Yürürlükte bulunan iş hukuku mevzuatı açısından eşit davranma borcuna aykırılık durumunda, işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceğinin açıkça düzenlendiği bir madde bulunmamaktadır. Ancak sadece bu konuda yasal bir düzenleme bulunmadığından hareketle işçinin böyle bir hakkı olmadığı sonucuna varılmamalıdır. Bu konuda Borçlar Kanununun alacaklı temerrüdüne ilişkin düzenlemeleri incelenmelidir.

Bilindiği üzere alacaklı temerrüdü için borçlunun usulüne uygun şekilde ifayı teklif ettiği bir borcun alacaklı tarafından haklı bir sebebe dayalı olmaksızın reddedilmesi, ifanın kabul edilmemesi ya da alacaklının kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması gerekmektedir.<sup>389</sup> Alacaklı temerrüdü, iş ilişkisi ile ilgili olarak Borçlar Kanununun 325.maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu madde, işçinin iş görmeye hazır olduğu hal-

388 Tuncay, 225-229, aynı yazar Sempozyum, 36, ücretin eşit davranma ilkesine aykırı zamanında ödenmemesi durumunda işçinin İK 34 uyarınca iş görmekten kaçınabileceğini savunmaktadır; Yüksel, 348 vd.

389 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 837 vd; Oğuzman/Öz, 265 vd; Eren, 1000 vd.

de işveren tarafından iş görme ediminin kabul edilmemesi durumunda, iş görme borcunu fiilen yerine getirmese de işçiye ücret ödenebilmesini mümkün kılmaktadır.

Sorun eşitlik ilkesinin işverene düşen hazırlık filleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında düğümlenmektedir. Eşitlik ilkesi gereğince işveren işçilerine karşı keyfi uygulamalardan kaçınmalı ve ayrımcılık yasaklarına giren alanlarda bu yasağa uygun davranmalıdır. Daha önce değindiğimiz üzere eşitlik ilkesinin temelinde adalet fikri bulunmakta, eşitlik ilkesi somut olarak adaletin gerçekleşmesi amacına yönelmektedir.

Konuyu bir diğer yönüyle ele alırsak günümüzde insan onuruna yaraşır iş (düzgün iş-decent work) kavramının kapsamında eşitlik ilkesinin, özgürlük ve güvenlikle birlikte yer aldığı görülmektedir. 1998 yılında yayımlanan Çalışanların Temel Hakları Bildirgesinde de ayrımcılığın ortadan kaldırılması gerekliliğine ILO tarafından yer verilmiştir.<sup>390</sup>

İşverenin gözetme borcu, işçinin kişiliğini korumayı, iş ilişkisinde işçiye zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmayı, işçinin zarar görebileceği durumların ortadan kaldırılmasını, işçinin sağlıklı bir işyeri ortamında çalışmasını sağlamayı da kapsayan geniş bir borçtur.

Sağlıklı bir işyeri, sadece işçinin maddi bütünlüğünü tehlikelerden korumaya yetecek bir işyeri ile sınırlı olarak anlaşılmamalıdır. Nasıl ki işçinin sağlığı kavramı hem fiziksel hem de ruhsal sağlığını kapsıyorsa, sağlıklı bir işyeri ortamı da işçinin kişilik değerlerini güvence altına almalı, işçiyi hem fiziksel hem de ruhsal tehlikelere karşı korumalı, işçinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine engel olabilecek her türlü etkenden arındırılmış olmalıdır. Ayrımcılık nedenlerinden herhangi biri işçinin kişilik değerlerini zedelediği gibi sağlığına ve/veya kendini geliştirme özgürlüğüne de engel oluşturabilir. Dolayısıyla işveren eşit işlem yapma borcunun yanı sıra gözetme borcu gereğince de işyerinde ayrımcılığı ortadan kaldırmalıdır. Sonuç olarak görüşümüze göre ayrımcılıktan arındırılmış bir işyeri yaratmak işverenin hazırlık filleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir unsurdur.

Bu gerekçelerden dolayı işyerinde ayrımcılığa maruz kalan bir işçinin BK 325.madde gereğince çalışmaktan kaçınabileceği kabul edilmelidir. Örneğin

---

390 ILC 87, İnsan Onuruna Yaraşır İş Hakkında Rapor, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#1.%20The%20primary%20goal>

işyerinde cinsel tacize uğrayan bir işçiye, durumu işverene bildirmesine rağmen önlemeye yeterli gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda, hem fiziksel hem de ruhsal sağlığını ve bütünlüğünü korumak amacıyla iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı tanınmalıdır. Benzer bir şekilde işyerinde ırkı, rengi, cinsiyeti ya da dini inancı nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan bir işçi de insan haklarına saldırı oluşturan bu davranışlara karşı gerekli önlemler alınıncaya kadar iş görmekten kaçınabilmelidir.

Elbette işçi, iş görmekten kaçınma hakkını kullanmadan önce işverene sürdürülmekte olan ayrımcı uygulamalara son verilmesi talebiyle başvurmalı, her olayın somut özelliğine göre makul bir sürede bu önlemler alınmazsa iş görmekten kaçınmalıdır.

Hiç şüphe yok ki, işçinin karşılaştığı ayrımcılık durumunda iş görmekten kaçınma ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmenin bütün sorumluluğu kendisine aittir. Daha açık bir ifadeyle, işçi, iş görmekten kaçınmasına neden olan ve ayrımcılık yarattığını düşündüğü olay ile ilgili olarak yaptığı yanlış bir değerlendirmeden sorumludur. İşveren, ayrımcılığa uğradığını ileri süren işçinin iş görmekten kaçınması halinde iş sözleşmesini feshedebilir. Bunun üzerine açılan davada, yargı organı, işçinin yanlış bir değerlendirmeye dayalı olarak kendisine karşı ayrımcılık yapıldığı sonucuna vararak iş görmekten kaçındığını, yani olayda ayrımcılık olmamasına rağmen işçinin iş görmekten kaçındığını tespit ederse işverence yapılan fesih geçerli sayılacaktır.

Alman Hukukunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, sadece cinsel taciz veya taciz şeklinde gerçekleşen ayrımcılık durumları için yasa ile tanınmıştır. Bu hakkın kullanılması için işçinin taciz ya da cinsel taciz durumunu işverene bildirmiş olmasına rağmen işverence gerekli önlemlerin alınmaması gerekmektedir. Ayrıca iş görmekten kaçınma sadece tacize ya da cinsel tacize uğrayan çalışanın korunması için gerekliyse başvurulabilecek bir yoldur. Şayet bu koşullar gerçekleşmişse, işçi ücretinde herhangi bir azalma olmaksızın iş görmekten kaçınabilecektir.<sup>391</sup>

Hukuk sistemimiz için de Alman Hukukundaki gibi açık bir düzenleme yapılması düşünülebilir.

#### *d. Maddi ve Manevi Tazminat*

391 Ergin, 653.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde, işe alınma aşamasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı durumlarda, bu davranışa maruz kalan kişinin sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna (culpa in contrahendo) dayalı olarak işverenenden tazminat talep edebileceği kabul edilmekteydi. Bu esasın kabul edilmesi sonucunda, haksız fiil hükümlerinden daha lehe bir durum ortaya çıkmaktadır. Öncelikle sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca işçi, işverenin kusurunu ispatla yükümlü tutulmamaktadır. Bunun yanı sıra, tazminat davası açabilme hakkı on yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaktadır. İşe alınma aşamasında cinsiyeti nedeniyle işe alınmayan adayın sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna dayalı olarak talep edebileceği tazminat menfi zarar kalemlerinden oluşmaktadır.<sup>392</sup>

Öğretide bir görüş, cinsiyet nedeniyle işe alınmayan bütün kadın adayların kişilik haklarını ihlal eden bu durum nedeniyle BK 49 uyarınca manevi tazminat talep edebileceğini ifade etmiştir.<sup>393</sup>

Ancak bu şekilde genel bir kural konması görüşünü paylaşmıyoruz. Manevi tazminata hak kazanabilmek için adayın işe alınmama nedeninin sadece cinsiyet olması gerekmektedir. Objektif koşulları uygun olmayan bir adayın, cinsiyet nedeniyle işe alınmadığını ileri sürerek BK 49 uyarınca dava açması durumunda bu kişiye manevi tazminat ödenmemelidir. Burada işe alınmama nedeni davacının ileri sürdüğü gibi cinsiyet değil, anılan iş için aranan objektif koşullara sahip olmama durumudur. Dolayısıyla manevi tazminatla ilgili olarak genel bir kural öngörmek yerine, her somut olayda inceleme yapılması, anılan iş için gerekli objektif koşulları taşımasına rağmen işe alınmayan kadın adayın manevi tazminat taleplerinin kabul edilmesi gerekmektedir.

4857 Sayılı Kanun ile hukuk sisteminde yer alan ayrımcılık tazminatının ancak iş ilişkisi kurulduktan sonra talep edilebilen bir tazminat olması nedeniyle işe alınma aşamasında ayrımcılık yapılması durumunda, genel hükümlere göre tazminat talep edilebileceği haklı olarak ifade edilmiştir.<sup>394</sup> Culpa in contrahendo sorumluluğuna dayalı olan bu tazminat ile işe alın

---

392 Yüksel, 334-337, yazar alman Medeni Kanununun § 611 a l'de bu konunun yasal olarak düzenlendiğini de ifade etmiştir.

393 Yüksel, 338.

394 Mollamahmutoğlu, 441; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, 163.

aşamasında yapılan ayrımcılıklara karşı yeterli ve etkin koruma sağlayamayacağı ise açıktır.<sup>395</sup> Bu nedenle yapılacak bir kanun değişikliği ile İş Kanunu'nun 5.maddesindeki korumanın işe alma aşamasından itibaren geçerli olmasının sağlanması gerekmektedir.

İşe alınma aşamasında ayrımcılığa maruz kalan adayların talep edilebilecekleri tazminat ile ilgili olarak Alman Genel Eşit Davranma Yasası, işçi işe alınmış olsaydı alacağı ücretin üç aylık tutarını geçmeyecek bir tazminat ödenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. İş ilişkisinde yapılan ayrımcılıkla ilgili olarak ödenecek tazminatta ise herhangi bir sınır öngörülmemiştir. İşverenin işe alma aşamasında ayrımcılık yaptığı dava yoluyla ortaya konduğunda sadece tazminat talep edilebilmekte, bunun ötesinde işveren iş sözleşmesi yapma zorunluluğu altına sokulamamaktadır.<sup>396</sup>

Ayrımcı iş ilanları verilmesi durumunda da kadın adayların haksız fiil hükümlerine dayalı olarak manevi tazminat talep edebilecekleri ileri sürülmüştür.<sup>397</sup> İş ilişkisi kurulduktan sonra ve sona erdirilmesinde eşit davranma ilkesine aykırılık durumunda işçinin mal varlığında ya da şahıs varlığında bir zarar meydana gelmişse, Borçlar Hukukunun genel ilke ve kuralları uyarınca maddi ve manevi tazminat talep edilebilir. İş ilişkisinden doğan bir yükümlülüğünün ihlali nedeniyle oluşan bu zarar için BK 96 vd. maddelerine dayalı olarak tazminat davası açılabilir. İş ilişkisinden doğan bir yükümlülüğünün ihlali nedeniyle oluşan bu zarar için BK 96 vd. maddelerine dayalı olarak tazminat davası açılabilir. Burada maddi ya da manevi tazminat için işçinin, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı nedeniyle zarara uğramış olması gerekmektedir.<sup>398</sup>

#### *e.İşçinin Fesih Hakkı*

1475 sayılı İş Kanunu, işçiye cinsiyeti nedeniyle daha düşük ücret ödenmesi; işveren, diğer işçiler veya müşteriler tarafından cinsel tacize uğraması durumlarında, yasanın 16.maddesi uyarınca haklı nedenle derhal fesih hakkı tanımıştı.<sup>399</sup>

4857 sayılı İş Kanunu da 24/II, (b) ve (d) bentleriyle işçiye cinsel tacize maruz kalması, (e) bendiyle ücretinin kanuna uygun hesap edilmemesi

395 Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 77.

396 Ergin, 654, 657; European Anti-Discrimination Law Review, 74.

397 Yüksel, 338.

398 Tuncay, 222-225, Sempozyum, 36; Yüksel, 340-341.

399 Bkz. Tuncay, 233-234; Yüksel, 351-353.

veya ödenmemesi durumunda fesih hakkı vermiştir.

Diğer ayrımcılık halleri veya eşit işlem yapma borcuna aykırılık durumlarında işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı var mıdır?

İşçi, eşit davranma borcuna aykırı davranış sonucunda iş sözleşmesini iş şartlarının uygulanmaması nedeniyle haklı olarak feshedebilecektir.<sup>400</sup> Bu konuda Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de incelediği bir uyuşmazlıkta olumlu yönde görüş beyan etmiştir. Anılan karara konu olan uyuşmazlıkta işveren, işyerinde davacı dışındaki tüm işçilere ücret zammı yapmıştır. Davacı işçi, bu hususu davalı ile görüşmüş, davalı işveren davacının ücretine zam yapılmayacağını açıklamıştır. Bunun üzerine mesai saati bitiminde davacı anah-tarı işyerine bırakarak işyerinden ayrılmış, bir daha da işyerine gelmemiştir. Ardından davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin ücreti ile hafta tatili ücretinin kendisine ödenmesini talep etmiştir. Davalı ve karşı davacı işveren ise ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yargıtay 9.HD bu olayla ilgili şu şekilde karar vermiştir; "...iş akdinin davacı tarafından sona erdirildiği anlaşılmaktadır. İşveren diğer işçilerin ücretlerine zam yaptığı halde davacı ücretlerine zam yapmamak suretiyle eşit işlem yapma borcuna aykırı davrandığı davacının ısrarına rağmen bu eylemini sürdürdüğü; bu nedenle hizmet akdini davacının feshetmekte haklı olduğu sonucuna varıldığından, ihbar tazminatının reddedilmesi doğru ise de kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekir..."<sup>401</sup>

İşveren eşit işe eşit ücret ödemeyerek eşitlik ilkesini ihlal etmişse işçi, İK 24/II,e veya f uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme olanağı yanı sıra, koşulları varsa İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca değişiklik feshi hükümlerinden de yararlanabilir.<sup>402</sup>

#### *f. Kişilik Haklarını Koruyan Davalar (Saldırının Önlenmesi Davası)*

İşverence, herhangi bir objektif temele dayalı olmaksızın sadece belli işçilerin üstlerinin aranması ya da sıkıcı ve zor işlerin hep aynı işçilere yaptırılması durumlarında bu davranışlara maruz kalan işçilerin men'i müdahale davası açabilecekleri, bu davanın da işverenin yönetim hakkını kısıtlayan

---

400 Narmanlıoğlu, C.1, 249.

401 Y9HD, 1.11.2004, 8671/24558 (Kazancı İçtihat Bankası).

402 Süzek, 368.

bir dava olduğu da ileri sürülmüştür.<sup>403</sup>

Medeni Kanun'un 25.maddesinin birinci fıkrası uyarınca kişilik haklarına saldırı oluşturan, hukuka aykırı nitelikte olan ve halen devam eden saldırının önlenmesi talep edilebilir.<sup>404</sup> Ayrımcılık yasağı kapsamına giren durumların kişilik hakları çerçevesinde korunduğu tartışma dışıdır. Bu nedenle iş ilişkisi nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan işçi, MK 25 uyarınca saldırının önlenmesi davası açabilir. Örneğin psikolojik taciz (mobbing) durumunda da mağdur, iş sözleşmesini feshetme, uğradığı zararın giderilmesi için tazminat davası açma haklarının yanı sıra müdahalenin önlenmesi davası da açabilecektir.<sup>405</sup> Cinsel tacize uğrayan işçi de diğer hukuki haklarına ek olarak saldırının tespiti ile önlenmesini talep edebilecektir.<sup>406</sup>

#### *g. Ayrımcılık Tazminatı*

Ayrımcılık tazminatı konusunda Avrupa Birliği mevzuatının bu tazminatın etkin, caydırıcı ve yeterli bir hukuki korumayı sağlayıcı niteliğe sahip olması için önceden üst sınır konulmaması gerektiğini vurguladığı görülmektedir.

Bazı AB üyesi devletlerde mağdurun uğradığı maddi zararı karşılama amacını güden ayrımcılık tazminatına üst sınır konduğu görülebilmektedir. Ancak bu ülkelerdeki üst sınırlar, İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenen üst sınır ile oldukça farklıdır. Örneğin Estonya'da ayrımcı nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iadeyi tercih etmezse 6 aylık ücreti tutarında bir tazminata hak kazanabilmektedir. İsveç'te on yıldan fazla süreli iş

403 Kşz. Tuncay, 221-222, yazar bu tür davaların işverenin yönetim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin eda davası olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde, Yüksel, 342-344, yazar işverenin yönetim hakkının toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırıldığı durumlarda, işverenin bu sınırlamaya aykırı davrandığı hallerde eda davası açılarak anılan işlemin yapılması halinde içinde bulunacağı duruma ilişkin maddi menfaatleri talep edebileceğini ifade etmektedir. Ancak burada artık işverenin yönetim hakkını sınırlayan, onu ortadan kaldıran ya da belli bir yönde karar vermeye zorlayan bir durum değil, işverenin toplu iş sözleşmesine aykırı davranışı söz konusu olmaktadır. Bilindiği üzere yönetim hakkı iş hukuku kaynakları arasında en alt sırada yer almakta ve diğer iş hukuku kaynakları tarafından hakkında bir düzenleme öngörülmemiş olan durumlarda kullanılabilir. Dolayısıyla bu durumda açılacak bir eda davası işverenin yönetim hakkının sınırlandırılmasına yönelik olmayıp, toplu iş sözleşmesinin uygulanmamasına ilişkin bir eda davası olarak hukuka aykırı işlem yapılmasaydı elde edilecek hakların talep edilmesine yönelik olacaktır.

404 Bu davanın koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.Akipek/Akıntürk, 416-418.

405 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bayram, Karar İncelemesi, 105-106.

406 Bakırcı, 184-201.

ilişkilerinde ayrımcı nedenle fesih yapılmışsa 32 aylık ücret tutarında, eğer mağdur 60 yaş veya daha üstünde ise 48 aylık ücreti tutarında tazminat söz konusu olabilmektedir. Almanya ve İngiltere’de ise herhangi bir üst sınır düzenlenmemiştir.<sup>407</sup>

Avrupa Birliğine üye ülkelerin ulusal yargı organlarının ilgili direktiflere aykırılık durumunda hükmedecekleri yaptırımın etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiği de ifade edilmektedir. Tazminatın orantılı olmasından anlaşılması gereken, yapılan ihlalin ağırlığına uygun, mağdurun uğradığı zararı ve/veya çektiği acıyı karşılayabilen nitelikte olmasıdır. Caydırıcı olmasıyla izlenen amaç ise yaptırımın gelecekte yapılabilecek ayrımcılık fiillerini engelleme yeterliliğidir.

Ayrımcılığa karşı öngörülen yaptırımın etkili, orantılı ve caydırıcı olabilmesi için bazı ayrımcılık durumlarının cezai yaptırıma bağlanması gerektiği dile getirilmiştir. Ancak sadece cezai yaptırım uygulanması da isabetli görülmemektedir. Çünkü cezai yaptırımlar, nitelikleri gereği mağdurun şahsi zararlarını tazmine yönelik değildirler. Bunun yanı sıra ceza hukuku yaptırımları için failin kusurlu olması şarttır, oysa ayrımcılık nedeniyle gündeme gelebilecek hukuki yaptırımlarda kusur aranmaz. Adalet Divanının Dekker davasında<sup>408</sup> belirtmiş olduğu üzere, eşitliğe aykırılık durumunda işverenin ayrıca kusurlu olması gerekmemekte, eşitlik ilkesine aykırılık, tazminattan sorumlu olabilmek için tek başına yeterli olmaktadır. Bu gerekçelerden dolayı da ayrımcılık durumunda sadece cezai yaptırım öngörülmüş olması isabetli bulunmamaktadır.<sup>409</sup>

Ayrımcılık durumunda tazminat ödenmesini öngören sistemlerde, tazminatın geçmişte uğranılmış olan zararların yanı sıra muhtemel gelecek dönem zararını, mağdurun çektiği acıyı ve ayrımcılığı yapan kişi aleyhine girişilen hukuki yolların masraflarını karşılayabileceği kabul edilmektedir.

Türk Hukukunda eşit işlem yapma borcuna aykırı davranışın yaptırımı İş Kanunu'nun 5.maddesinin altıncı fıkrasına düzenlenmiştir. Buna göre: “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı dav-

---

407 Tobler, 37, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, Portekiz, Slovakya ve İspanya’da da üst sınır öngörülmemiştir.

408 Dekker v. VJV Centrum, C-177/88, 8.11.1990. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0177:EN:HTML>

409 Tobler, 34.

ranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesi hükümleri saklıdır.”

Ayrımcılık tazminatı işçinin ‘asıl ücreti’ üzerinden hesaplanacaktır. Bu esas yasanın gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir “..Maddenin altıncı fıkrasında hukuki yaptırım olarak öngörülen işçinin ‘dört aya kadar ücreti tutarındaki’ tazminat için esas olacak ücret ‘asıl ücret’ olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir.” Söz konusu tazminat ihlalin ağırlığına göre hakim tarafından belirlenecektir. İşverenin eşit işlem yapma borcunu ihlali sonucunda işçi herhangi bir zarar görmemiş olsa da<sup>410</sup> İK 5/6 uyarınca tazminat isteyebilir.

İş Kanunu'nun 5.maddesinin yazım şeklinden, ayrımcılık tazminatının sadece ayrımcılık durumlarında talep edebileceği, eşit işlem yapma borcuna aykırılık halinde, yani herhangi bir objektif ve makul gerekçe olmaksızın, aynı veya benzer durumdaki işçiler arasında işverence keyfi işlem yapılması durumunda bu tazminatın talep edilemeyeceği sonucu çıkarılabilmektedir.

İşverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranışlarının iş sözleşmesinin feshi durumunda gerçekleşmesi halinde, işçi iş güvencesi kapsamında ise feshin geçersiz sayılabilmesi mümkün ise de iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için böyle bir tutum her zaman kötü niyetli fesih olarak nitelendirilemez. Örneğin işveren, iş güvencesi kapsamı dışında kalan bir işyerinde, işyerinde kavga eden iki işçiden daha fazla kusurlu olanı çalıştırmaya devam ederken daha az kusurlu olanı işten çıkarırsa, buradaki keyfi işlem her zaman kötü niyetli olarak değerlendirilemez. Bahsettiğimiz bu durumlarda ise işverenin yaptığı keyfi işlem hiçbir yaptırıma tabi tutulmamış olacaktır. Bu takdirde de Anayasa'nın 10. maddesinde hukuki dayanağını bulan işverenin eşit işlem yapma borcu, deyim yerindeyse kağıt üstünde kalacaktır. İşveren eşit işlem yapma borcuna aykırı davranışa dahi kendisine yaptırım uygulanmazsa fiili olarak eşit işlem yapma borcunun varlığından söz edilemez.

410 Süzek, 368; Mollamahmutoğlu, 441-442, yazar bu tazminatın hukuki niteliğinin “medeni ceza” olduğunu ifade etmektedir, aynı yönde Tuncay, Sempozyum, 36; Yenisey, Metodoloji, 983; aynı yazar, Ayrımcılık Yasası, 77, bu tazminatın uğranılmış zararın karşılığı için öngörülmüş olan gerçek bir tazminat değil, götürü nitelikte bir tazminat, bir medeni ceza olduğunu ifade etmektedir.

Görüşümüze göre buradaki kanun boşluğu yargıç tarafından İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı esas alınarak doldurulmalıdır. Sonuç olarak ayrımcılık tazminatının, sadece İş Kanunu'nun 5.maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilen nedenlere dayalı olarak yapılan ayrımcılıklarda değil, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı işlemlerinde de talep edilebileceğini düşünüyoruz.

Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, esas olarak iş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcunun bulunup bulunmadığını incelediği bir uyuşmazlıkta, "...iş sözleşmesinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Söz konusu borca aykırılığın yaptırımını 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında 4 aylık ücrete kadar bir tazminat olarak belirlenmiş ve işçinin ayrıca yoksun kaldığı hakları talep edebileceği açıklanmıştır..." ifadelerine yer vererek eşit işlem yapma borcuna aykırılık durumunda da İK 5/6'da öngörülen yaptırımın uygulanacağını belirtmiştir.<sup>411</sup>

Anılan tazminata hak kazanmak için işçinin uğradığı ayrımcılığın doğrudan ya da dolaylı olması herhangi bir fark yaratmaz. Öğretide, işverenin ayrımcılık yapma niyetinin bulunduğu durumlarda hâkimin hükmedeceği tazminat miktarını buna göre belirleyebileceği isabetli olarak ileri sürülmüştür.<sup>412</sup>

Tazminatı düzenleyen madde nispi emredici bir düzenlemedir ve iş sözleşmeleri ya da toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir.<sup>413</sup> Tazminatın yanı sıra İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işçi, yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. İşçiye yapılan ayırım sendikal nedene dayanıyorsa, İK 5/6. fıkranın "2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesi hükümleri saklıdır" hükmü gereğince, işçi SK 31 uyarınca dava açacak ve maddede öngörülmüş olan sendikal tazminatı talep edecektir.<sup>414</sup>

#### *aa. Ayrımcılık Tazminatında Öngörülen Üst Sınır*

İK 5.maddenin ayrımcılık tazminatı için getirmiş olduğu üst sınırın yapılılacak bir kanun değişikliği ile kaldırılması gerekmektedir. Üst tavanın kaldırılması gerekliliğinde ilk ve en önemli neden ayrımcılığın engellenmesi,

---

411 Y9HD, 18.9.2007, 28933/26947, Legal YKİ, S.5, 296-298.

412 Yenisey, Metodoloji, 984.

413 Süzek, 368; Tuncay, Sempozyum, 36; Çankaya/Günay/Göktaş, 55.

414 Süzek, 425 vd, aynı yazar, Fesih Hakkı, 177 vd.; Tuncay, 229-233.

yaptırımın etkin ve caydırıcı olmasını sağlamak, bu sayede yapılan ayrımcılığın niteliğine ve ağırlığına göre tazminat miktarının hâkim tarafından belirlenmesinin sağlanmasıdır. Ülkemiz açısından öncem taşıyan bir diğer neden ise Avrupa Birliği ile mevzuatın uyumlaştırılması çerçevesinde ayrımcılıkla ilgili tüm direktiflerde tazminata üst sınır konulmamasının hükme bağlanmış olmasıdır. İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatı, dört aylık ücret tutarı ile sınırlandırılmış olduğundan mevcut haliyle AB müktesebatına aykırıdır.<sup>415</sup> Görüşümüze göre yapılacak bir değişiklikle üst sınır kaldırılmalı ancak madde uyarınca hükmedilecek ayrımcılık tazminatı için alt sınır öngörülmelidir. Bu anlamda dört aylık ücret tutarı bir alt sınır<sup>416</sup> olarak düşünülebilir.

*bb. Ayrımcılık Tazminatı ile Diğer Tazminatlar Arasındaki İlişki*

Burada incelenmesi gereken bir diğer önemli sorun da ayrımcılık tazminatı ile diğer bazı tazminatlar arasındaki ilişkidir. Daha açık bir anlatımla, ayrımcılık tazminatıyla birlikte kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat ya da iş güvencesi tazminatı talep edilebilecek midir?

*aaa. Ayrımcılık Tazminatı ve Kötü Niyet Tazminatı İlişkisi*

Bu iki tazminat arasındaki ilişkiyi belirlemeden önce çözülmesi gereken sorun ayrımcılık tazminatına sebep oluşturan her davranış ile kötü niyetli fesih olarak nitelendirilebilecek davranışların aynı olup olmadığıdır. Bir başka deyişle bu iki kavram aslında birbiriyle aynı mıdır?

Her ikisi de medeni ceza<sup>417</sup> olarak nitelendirilen bu iki tazminat iş sözleşmesinin feshi durumunda gündeme geldiğinden, bir arada talep edilip edilemeyecekleri iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumu için incelenmelidir.

Öğretide, yürürlükte bulunan düzenlemeler incelendiğinde İK 5, 17 ve 18.maddelerde aynı sebeplere dayalı olarak yapılan üç farklı düzenleme olduğu, bunlar arasında sebepler konusunda hiçbir farklılık olmamasına rağmen ispat kuralları ve tazminat miktarları konusunda farklılıklar olduğu, kötü niyet oluşturan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebeplerin aslında

415 Süral, Değerlendirme, 53; aynı yazar, Kadın İstihdamı, 43; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 77; Bayram, AB İlerleme Raporları, 79; Bakırcı, Cinsiyetler Arası Eşitlik, 27.

416 Avusturya'da ayrımcılık kapsamında değerlendirilen taciz (harrasment) nedeniyle ödenecek tazminat için 400 € tutarında bir alt sınır öngörülmüştür. Bkz.Tobler, 37 dn.104.

417 Kötü niyet tazminatının medeni ceza olduğu yolunda bkz.Süzek, Fesih Hakkı, 162-163.

aynı olduğu görüşü ileri sürülmüştür.<sup>418</sup>

Bu konudaki tespite ayrımcılık yaratan her sebebin aslında kötü niyetli davranış olduğunu, ancak her kötü niyetli davranışın ayrımcı nitelik taşımadığı düşüncesinde olduğumuzu ileri sürerek kısmen de olsa karşı çıkmaktayız.

Bir başka deyişle görüşümüze göre kötü niyet tazminatına vücut veren sebepler, ayrımcılık tazminatına hak kazandıran sebepleri kapsar ancak bunlar birbiriyle tamamen aynı değildir. Bu konudaki görüşümüzü somutlaştırabilmek için öğretide kötü niyet tazminatına yol açan tipik davranışlardan biri olan işverenin kendisi aleyhine açılmış bir davada şahitlik eden ya da resmi kurumlara işveren aleyhine şikayette bulunan<sup>419</sup> işçinin iş sözleşmesini fesih hali verilebilir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, verdiği bir kararda<sup>420</sup> işçinin bir davada yaptığı tanıklık nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin kötü niyetli fesih olduğunu şu şekilde açıklamaktadır.; "...Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacının işveren karşı dava açan diğer bir işçinin açmış olduğu davada tanıklık yaptığı ve bunun ardından işverence iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının diğer dosyada tanıklık yaptığı sabit olup, davacı tanıkları da tanıklık sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiğine dair beyanda bulunmuşlardır. Bu durumda kötü niyet tazminatının kabulüne karar verilmelidir. ..."

Amerikan Hukuku'nda da Medeni Haklar Yasası'nın 7.Bölümünün 704 (a) maddesi ile işçiler gerek kendi adlarına yaptıkları başvurular gerek tanık sıfatıyla dâhil oldukları yargılamalar nedeniyle işveren tarafından yapılabilecek haksız uygulamalara karşı koruma altına alınmışlardır. Hatta bir işçinin daha önceki işverenine karşı ileri sürdüğü ayrımcılık iddiaları nedeniyle yeni işverenine karşı da korunması gerektiği de isabetli olarak kabul edilmektedir.<sup>421</sup>

Hiç şüphesiz yukarıda yer verilen Yargıtay kararındaki olayda ve buna

---

418 Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 116-117.

419 Y9HD, 30.9.2004, 4860/21081, Legal İSGHD, C.2, S.5, 302-303; Y9HD, 4.4.2005, 22169/11994 (Kazancı İçtihat Bankası); Y9HD, 4.10.2006, 4253/25767, Legal İSGHD, C.3, S.13, 316-317.

420 Y9HD, 3.5.2005, 21000/15399, Çalışma ve Toplum, 2005/4, S.7, 238-239.

421 Sullivan/Zimmer/White, V.1, 375-376, *Womack v. Munson* davası, 376 dn.7; Twomey, 442-443.

benzer koşullar altında yapılan fesihler, kötü niyetli fesihtir ve işçi lehine kötü niyet tazminatına hükmedilmelidir. Ancak bu sebepler İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenmiş olan ayırım yasaklarından herhangi birine dâhil edilemezler. Yukarıda da belirttiğimiz üzere ayırım yasakları, kişinin biyolojik özellikleri ya da siyasi düşünce, din, felsefi inanç ya da sendikal nedenler gibi değiştirmesi mümkün olmayan ya da değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek özelliklerini kapsamaktadır. Maddede yer alan “ve benzeri” sebepler ibaresi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan her türlü uygulamayı içerecek şekilde anlaşılabilir. Benzeri sebepler, ayrımcılık yasakları çerçevesinde değerlendirilebilecek nedenleri içermektedir. Örneğin işveren mahkemede aleyhine tanıklık yapan birkaç işçiden sadece kadınları ya da sendikalı işçileri işten atarsa, bu durum hem kötü niyetli hem de ayrımcılık yasasına aykırılık taşıyan bir fesih olarak nitelendirilmelidir.

Yukarıda ifade edilen ve ayrımcı fesihlerle kötü niyetli fesihleri birbirinin aynısı olarak kabul eden görüş benimsendiği takdirde işverence yapılan ve haklılaştırılmayan her türlü uygulama ayrımcılık sayılacaktır. Belki bugün için bu yönde bir genel kabul, ortaya çıkacak yaptırımlar açısından farklılık yaratmayacaktır. Ancak bu kavramlarının birbirinden farklarının ortaya konması, ileride yapılması gereken kanun açısından ayrımcılık yasası, eşit işlem yapma borcunun ihlali, geçersiz fesih durumları ve kötü niyet tazminatına yol açacak nedenlerin tekrar ele alınarak düzenlenmesi noktasında önem taşımaktadır.

İş güvencesi kapsamı dışında olan ve iş sözleşmeleri İş Kanunu'nun 5.maddesinde sayılan sebeplerden birine dayalı olarak feshedilen işçilerin bir seçimlik hakka sahip oldukları, dilerlerse İK 17'ye dayalı olarak kötü niyet tazminatı dilerlerse de İK 5'e dayalı olarak ayrımcılık tazminatı talep edebilecekleri fikri de ileri sürülmüştür. Aynı görüş, kıdemi dört haftaya kadar olan işçilerin İK 5'e dayalı olarak tazminat talep etmeleri durumunda daha yüksek miktarda bir tazminat elde edebileceklerini, ispat kuralı açısından daha avantajlı bir maddeye dayanmış olacaklarını, ancak kıdemi daha fazla olan işçilerin İş Kanunu'nun 17.maddesine dayalı olarak kötü niyet tazminatı talep etmelerinin daha lehe olduğunu ancak bu gurubun da ispat açısından da daha fazla zorluk yaşayacaklarını, MK 6 uyarınca genel ispat yükü kuralları gereğince işverenin kötü niyetini ispatlamakla yüküm-

l olduklarını açıklamaktadır. <sup>422</sup> Bu gr savunanlardan bir kısmı da işçinin seçimlik olarak bu iki tazminatın birini talep edebileceğini, Şayet dava açarken her iki tazminatı da talep etmiŐe hakim in işçi lehine olan tazminata hükmetmesini savunmaktadır. <sup>423</sup>

Sonuç olarak kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı davranışların yaptırımı olduğunu, işveren in aynı iŐlemden dolayı iki kere cezalandırılmasının doğru olmadığını ileri sürerek bu iki tazminatın bir arada istenemeyeceğini kabul edenler olduğu gibi<sup>424</sup>, İŞ Kanunu'nun 5/6.maddesinin son cümlesinin sadece Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesi hükümlerini saklı tuttuğunu ifade ederek bu iki tazminatın birlikte talep edilebileceğini savunanlar da bulunmaktadır. <sup>425</sup>

Kötü niyet tazminatıyla ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilebileceği yolundaki düşüncemizi güçlendiren bir diğer durum ise kıdemi fazla olan bir işçinin sadece kötü niyet tazminatına hak kazandıracak bir nedenle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde yüksek bir tazminat alabilecek olmasına rağmen, iş sözleşmesi ayrımcılık yasağının ağır bir Şekilde ihlal edilerek, hatta çoklu ayrımcılığa maruz kalarak sona erdirilen işçinin, sadece ayrımcılık tazminatı ile yetinmesini istemenin ortaya çıkarılacağı adaletsizliktir.

Durumu bir örnek ile açıklamak gerekirse, işyerinde beş yıllık kıdemi olan bir işçi, işvereni bölge çalışma müdürlüğüne Şikayet ettiği için işten çıkarılırsa, uğradığı bu kötü niyetli fesih nedeniyle kendisine ihbar süresinin üç katı tutarında, yani 24 haftalık (6 aylık) creti tutarında bir tazminat ödenmesi gerekecektir. Oysa işyerinde bir yıllık kıdemi olan bir kadın işçi, hem cinsiyeti hem de siyasi görüşleri nedeniyle işten çıkarıldığında alabileceği tazminat en fazla dört aylık creti tutarıyla sınırlıdır. rneği biraz geliŐtirirsek işveren aleyhine tanıklık yapmış olan işçilerden sadece kadınları, belli bir yaşın stndekileri ya da belli bir dini inanca sahip olanları işten çıkarılmıŐsa bu durumda hem kötü niyetli hem de ayrımcı nitelik taşıyan bir fesih yapmış sayılmalıdır. Bu kadar ağır bir ihlalde işçinin sadece tek bir tazminat

---

422 Demir, İŞ Hukuku,123; Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 118.

423 ankaya/Günay/Göktaş, 58.

424 elik, Tazminatlar, 489; Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 119; il, 676, yazar ancak kötü niyetli fesihten önce ve fesih dışında ayrımcılık yapılması durumunda her iki tazminatın bir arada talep edilebileceğini ileri sürmüştür; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 80-81.

425 Süzek, 368; Mollamahmutoğlu, 442.

alabileceğinin savunulması, görüşümüze göre ayrımcılığın önlenmesi amacına ters olduğu gibi hukuki dayanaktan da yoksundur.

Ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatının birlikte istenebileceği yolundaki düşüncemizi güçlendiren bir diğer durum ise İş Kanunu'nun 5.maddesinin ayrımcılık tazminatını iş ilişkisinin sona erdirilmesinde de geçerli olacak bir tazminat olarak düzenlemiş olmasıdır. Yaptığımız açıklamalar göstermektedir ki, ayrımcı nitelik taşıyan fesihler işçinin iş güvencesi kapsamında yer alıp almamasına göre ya geçersiz fesih sayılmakta ya da kötü niyetli fesih kapsamında değerlendirilmektedir. Eğer bu tazminatların birlikte talep edilemeyecekleri kabul edilirse ayrımcılık tazminatı sadece iş ilişkisinin yürütümünde yapılan ayrımcılıkların yaptırımını olabilecektir. Oysa maddenin açık düzenlemesi uyarınca iş sözleşmesinin sona ermesinde de ayrımcılık tazminatına hak kazanabilecektir.

Uygulamada iş güvencesi kapsamı içinde olan bir işçinin kötü niyet tazminatı talebi ile açmış olduğu bir dava yerel mahkemece kabul edilmiş ancak Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, davacının iş güvencesi kapsamı içinde olduğunu, bu durumda feshin geçersizliğini ileri sürmeksizin sadece kötü niyet tazminatı talep etmesinin mümkün olmadığını ifade ederek kararı bozmuştur.<sup>426</sup>

Bu karar, feshe karşı koruma sistemimizin esas olarak iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için kötü niyetli feshi, iş güvencesi kapsamı içindekiler için ise geçersiz feshi kabul etmesiyle uyumludur. Ancak kötü niyet tazminatıyla ayrımcılık tazminatının bir arada talep edilemeyeceğinin kabul edilmesinde haklı bir gerekçe olarak kabul edilemez.

Bu konudaki kişisel görüşümüz, kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada istenebileceği çünkü İK 5/6'da sadece Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesi hükümlerinin saklı tutulmuş olduğu yolundadır.

Yürürlükte bulunan mevzuatta bu yönde açık ve yoruma elvermeyen bir madde bulunurken her iki tazminatın aynı hukuka aykırı davranışı yaptırma bağladığı ifade edilerek bir arada talep edilemeyeceğini savunmak, görüşümüze göre pozitif hukuk açısından oldukça zordur.

Kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada talep edile-

426 Karar için bkz. Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 119, Y9HD, 21.2.2005, 14422/5811; Aynı yönde, 25.9.2006, 22213/24598 (Kazancı İçtihat Bankası)

meyeceğini ileri süren görüşlerin de belli bir haklılık payı bulunduğu inkâr edilemez. Ancak bu sorunun kaynağı, mevcut sistemde aynı ya da benzer kategorideki fesih sebeplerinin birden fazla maddede düzenlenmiş olmasıdır. Buna ek olarak, görüşümüze göre ayrımcılık tazminatının üst sınıra bağlı tutulmuş olması da bu konudaki bir diğer sorundur. Bütün bu fesih halleri birbiriyle uyumlu şekilde düzenlenmiş olsaydı ve ayrımcılık tazminatı, her somut olayın özelliğine göre yargıç tarafından belirlenebilecek şekilde düzenlenseydi bu iki tazminatın bir arada talep edilmesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmecekti. Ancak yapılacak bir kanun değişikliği ile burada açıklamaya çalıştığımız sorunlar giderilene kadar, yasanın açık hükmü esas alınarak her iki tazminatın bir arada talep edilebileceğini kabul etmek daha uygun olacaktır.

*bbb. Ayrımcılık Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı*

Bu konuda da yukarıda olduğu gibi iki görüş bulunmaktadır. Bir grup işverenin aynı davranışının iki kez yaptırıma bağlanmasının adil olmadığını, bu nedenle iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin sadece iş güvencesi tazminatı talep edebileceğini savunurken<sup>427</sup>, diğer görüş her iki tazminatın aynı anda istenebileceğini ifade etmektedir.

Aynı anda iki tazminatın birlikte istenebileceğine ilişkin görüş taraftarları, yukarıda olduğu gibi İK 5/6 maddesinin sadece sendikal tazminatla ilgili olarak istisnai düzenleme içerdiğini dayanak yapmaktadırlar.<sup>428</sup> İş güvencesi kapsamı içinde olan ve iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 18.maddesine aykırı olarak feshedilen ve işe iade kararına rağmen işe başlatılmayan işçilerin hem İK 21.maddede öngörülen iş güvencesi tazminatını hem de İK 5.madde-deki ayrımcılık tazminatını alabileceği kabul eden *Bakırcı*'ya göre, temelinde ayrımcı/kötü niyetli bir sebep taşıyan geçersiz fesihlerde daha ağır yaptırımlar öngörülmeli ve işçiye işe iade talebi ile sadece iş güvencesi tazminatı talep etme konusunda bir seçimlik hak tanınmalıdır.<sup>429</sup>

İşçinin hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hak kazanabileceği görüşünün temelinde iş güvencesi tazminatının amacı bu-

427 Tuncay, Sempozyum, 36-37; Çankaya/Günay/Göktaş, 57; Çelik.

428 Süzek, 368; Mollamahmutoğlu, 442; Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 117; Çil, 676-677; Sarıbay, 283.

429 Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 117.

lunmaktadır. İş güvencesi tazminatının amacı, feshin geçersizliğinin yargı kararıyla tespit edilmiş olmasına rağmen, usulüne uygun başvuruda bulunan işçinin işverence işe başlatılmaması üzerine, işçinin maruz kaldığı geçersiz feshi yaptırıma bağlamaktır.<sup>430</sup>

Bir anlamda işveren, geçersiz fesih ile yaratılan hukuka aykırı durumu işçiyi işe iade ederek değil mahkeme kararında belirlenmiş olan tazminatı ödeyerek ortadan kaldırmaktadır. Oysa İş Kanunu'nun 5.maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı işveren tarafından yapılan ayrımcı davranışın yaptırımıdır.

Anılan düzenlemelerin amaçları ve korumaya çalıştıkları durumlar açısından konuya yaklaşıldığında burada aslında iki farklı amacın hukuken güvence altına alınmaya, korunmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu gerekçelerden dolayı da her iki tazminatın bir arada talep edilebilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bunun da ötesinde, yürürlükteki mevzuat uyarınca işveren işe iade kararı doğrultusunda işçiyi işe başlatsa bile ayrımcılık tazminatını ödemekle yükümlü tutulabilir.<sup>431</sup> Bu görüşü destekleyen bir diğer düşünce ise hem geçersiz hem de ayrımcı ya da kötü niyetli bir sebep taşıyan fesihlerde daha ağır yaptırımlar öngörülmesi gerektiğidir.<sup>432</sup>

İşe iade talebi ile diğer işçilik alacaklarının aynı davada ileri sürülmesi ise Yargıtay'a göre mümkün değildir. Bunun nedeni ise işçilik alacaklarının sözlü yargılama usulüne, işe iade talebinin ise seri yargılama usulüne tabi tutulmuş olmasıdır. Bakmakta olduğu bir davada Yargıtay, işe iade talebi ile birlikte diğer işçilik alacaklarının bir arada talep edilemeyeceğini şu ifadelerle açıklamaktadır; "... bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iadeyle birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama

430 Ulucan, İş Güvencesi, 85; Süzek, 485; Taşkent, İş Güvencesi, 47; Tunçomağ/Centel, 198; Sarıbay, 257.

431 Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 78-79; Sarıbay, 2007, 283; Farklı bir gerekçe ile aynı görüşü savunan Engin, 76, 113.

432 Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 117.

yapılmalıdır.”<sup>433</sup>

Ancak Yargıtay'ın bu uygulaması eleştirilmiştir. Öğretide işe iade talebi ile açılan davalarda diğer işçilik haklarının da birlikte talep edilebileceği, kıdem ve ihbar tazminatının ise terditli olarak istenebileceği savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, işe iade talebi ile işçilik haklarının birlikte talep edilmesi çelişkili bir durum olarak nitelendirilemez. Örneğin işçi, ödenmemiş ücretlerinin, hafta tatili ya da fazla çalışma ücretlerinin ödenmesini de işe iade talebi ile birlikte isteyebilmelidir. Çünkü işe iade olsa da olmasa da işçiye hak kazandığı ödemelerin yapılması gerekmektedir. Burada teknik anlamda objektif dava birleşmesi söz konusu olacaktır.

Kıdem ve ihbar tazminatları ile ilgili olarak ise işçinin hem işe iadeyi hem de bu tazminatları aynı anda istemesi mümkün değildir. Ancak bu talepler de terditli dava yolu ile ileri sürebilir. İşçi, işe iade talebi ile açtığı davanın sonucunu bilemeyeceğinden, talebinin kabul edilmemesi hali, yani feshin geçerli olduğu yolunda bir karar verilmesi durumu için kıdem ve ihbar tazminatlarını talep edebilir. Burada işçi işe iadeyi, bu olmazsa kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesini istemektedir.

Bunların yanı sıra iş mahkemelerinin her iki talebi de inceleme konusunda görevli olması, ayrıca temyiz mercilerinin de aynı yer olması bu taleplerin aynı dava ile istenebileceğinin kabul edilmesini gerektirmektedir. Bu durumda iş mahkemesi, gerek objektif dava birleşmesi (ücret ve benzeri işçilik hakları için) gerek terditli dava (kıdem ve ihbar tazminatı) yolu ile talep edilen hakları da işe iade talebinin tabi olduğu seri yargılama usulüne göre inceleyerek sonuca varacaktır.<sup>434</sup> İnceleme konumuz ile ilgili olarak ayrımcılık tazminatını işçilik hakları arasında değerlendirmemiz gerekmektedir. Bu nedenle de işe iade talebi ile dava açan işçi, eğer maruz kaldığı feshin esas nedeninin cinsiyet, hamilelik, doğum, ırk, renk, siyasal düşünce veya benzeri şekilde ayrımcı bir ölçüt olduğunu düşünüyorsa aynı davayla, yani objektif dava birleşmesi yolu ile ayrımcılık tazminatı da talep edebilmelidir.

#### *ccc. Ayrımcılık Tazminatı ve Sendikal Tazminat*

Ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte talep edilip edileme-

---

433 Bu konuda bkz. Çelik, 235, dn 280'de künyesi verilen kararlar

434 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, 138-142; Süzek, 479; Güzel, 97-102; Şahlanan, 2003 Yılı Karar Değerlendirmesi, 104-105.

yeceğinin incelenmesinden önce, yürürlükte bulunan mevzuatta sendikal tazminatın nasıl düzenlendiği, iş güvencesi sistemindeki yeri ve bu konularla ilgili Yargıtay kararları ortaya konmalıdır.

Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesinde 4773 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda, iş sözleşmesinin feshi dışında kalan sendikal nedenle ayrımcılık durumlarında anılan madde gereğince işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacak bir tazminata hükmedilecektir. İş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda ise iş güvencesine ilişkin hükümler uygulanacak, ancak iş güvencesi tazminatı olarak belirlenecek tutar yine işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır.

Dolayısıyla yapılan değişiklikten önce sendikal tazminat iş ilişkisinin tamamında, feshi de içerecek şekilde geçerli iken değişiklikten sonra iş sözleşmesinin feshi dışarıda bırakılmıştır. Bu değişiklik önceki düzenlemeye oranla geriye gidiş olarak nitelendirilmekte, ancak ispat yükünün işverene ait olması noktasından da olumlu olarak değerlendirilmektedir. Bu değişikliğin uygulamadaki somut etkisi olarak da iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler açısından da işverenin fesih gerekçelerini somut olarak kanıtlamak zorunda olacağı, işçinin sendikal nedenle feshe ilişkin olarak kanıt göstermesinin gerekmeceği belirtilmiştir.

Ancak yapılacak bir son tahlilde Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesinde yapılmış olan değişikliğin sendikalaşma önünde büyük bir engel oluşturabileceği, iş güvencesi kapsamı içinde olan bir işyerinde sendikal örgütlenme istemeyen işverenlerin işçilere baskı yapmak, işlerini değiştirmek gibi yollar yerine doğrudan iş sözleşmelerini feshetmeyi avantajlı hale getirdiği kabul edilmelidir.<sup>435</sup> 4773 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda sendika temsilcilerinin güvencesi de geriye götürülmüş, sendikaya üye herhangi bir işçi ile sendika temsilcisi arasında hiçbir fark kalmamıştır.<sup>436</sup>

Bu yasal değişikliklerden sonra sistemin değerlendirilmesi sonucunda öğretilde, sendikal tazminatın sadece iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde yapılan sendikal ayrımcılık durumlarında talep edilebileceği, fesih duru-

435 Çil, 669-670, Yasa değişikliğinden önceki ve sonraki durumun değerlendirilmesi için bkz. Demir, 143 vd; Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesindeki değişikliğin geriye gidiş olarak değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. Özveri, 1538, 1543; Sarıbay, 278; sendikal nedenle fesih iddiasında ispat yükü ile ilgili olarak bkz. Okur, 760 vd.

436 Akı, 305-306.

munda ise iş güvencesi hükümlerine yapılan atıf nedeniyle sendikal tazminatın söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir.<sup>437</sup> İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde ödenecek tazminat için de “ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı” terimi kullanılmıştır.<sup>438</sup>

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek sendikal tazminat talep eden bir işçinin iş güvencesi hükümleri uyarınca feshin geçersizliğini ileri sürmemesi durumunda feshin geçerli hale geleceği, bu nedenle de sendikal tazminatın talep edilemeyeceği yönünde karar vermektedir.<sup>439</sup>

Yargıtay, istikrarlı bir şekilde sürdürdüğü içtihadı doğrultusunda iş güvencesi kapsamı içindeki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde İK 18-21.madde hükümlerinin uygulanması gerektiğini, bu nedenle de ayrıca kötü niyet tazminatı<sup>440</sup> ya da sendikal tazminat talep edilemeyeceğini tekrarlamaktadır.

Bu konuda yapılan bir karar incelemesinde iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra iş akitlerinin sendikal nedenle feshedilmesi durumunda işçilerin sadece işe iadeyi talep edebilecekleri, sendikal tazminat ya da kötü niyet tazminatı isteyemeyecekleri, bunların işçi açısından seçimlik hak olmadıkları belirtilerek Yargıtay’ın işçiye sendikal tazminat verilmesini onayan kararı eleştirilmiştir. Buna ek olarak işçinin ancak iş güvencesine ilişkin yasal usulü takip edebileceği, özellikle de dava açma süresini kaçırırsa feshin geçerli hale geleceğini, bu nedenle de işverenden herhangi bir hak talep edemeyeceği savunulmuştur. Bu görüşün Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesinde yapılmış olan ve feshi madde kapsamı dışında bırakan değişiklik ile de uyumlu olduğu açıklanmıştır.<sup>441</sup>

Aksi yönde ileri sürülen bir diğer görüş ise işverence sendikal nedenle yapılan feshin haksız fiil niteliğinde olduğunu, bu nedenden ötürü işçinin

---

437 Narmanlıoğlu, Sendikal Tazminat, 246; Çelik, Tazminatlar, 491; Yenisey, Ayrımcılık Yasası, 79-80.

438 Tuncay, 2004 Yılı Karar Değerlendirmesi, 116.

439 Y9HD, 27.12.2004, 20181/29411, Bu kararla ilgili olarak yapılan ayrıntılı bir inceleme için bkz. Çil, 677 vd.

440 Y9HD, 7.12.2005, 11133/38820, Çalışma ve Toplum, 2006/2, S.9, 204-205.

441 Narmanlıoğlu, Sendikal Tazminat, 249-250; Karar incelemesindeki eleştirilerin inceleme konusu olaydaki işçinin 6 aylık kıdemi dolmadığı için iş güvencesi hükümleri dışında kaldığı gerekçesi ile isabetli olmadığı konusunda bkz. Çil, 667.

iş güvencesi sisteminde öngörülmüş olan bir aylık hak düşürücü süreyi geçirdikten sonra genel hükümlere dayalı olarak dava açmasının olanaklı olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş uyarınca işçi tarafından bir ay içinde dava konusu yapılmayan ancak sendikal nedene dayanan bir fesih haksız fiil olma özelliğini korur, bu nedenden dolayı da haksız fiil hükümlerine dayalı olarak sendikal tazminat talep edilebilmesi mümkündür.<sup>442</sup>

Her ne kadar iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde bir aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra yapılan fesih bütün hüküm ve sonuçlarını doğuruyorsa da, bu hak düşürücü süreye ayırmacı nitelik taşıyan bir fesih bu niteliğini de ortadan kaldıracak bir anlam yüklenemez. Bir aylık sürenin geçmesi sadece işçinin işe iade talebini dava yoluyla ileri sürmesini engeller. Eğer işçiler, sendikal nedenle iş sözleşmelerinin feshedildiğini düşünüyorlarsa ancak ayrıldıkları işe de geri dönmek istemiyorlar, sadece maruz kaldıkları ayırmacılığın yaptırımının uygulanmasını istiyor olabilirler. Bu durumda ise, işe iade davası açmak için gerekli olan bir aylık süre geçtikten sonra, Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesine dayalı olarak tazminat talep edebilirler. İşçilere bu yolun da tanınmaması, sendikal ayırmacılık yapan bir işverene hiçbir yaptırımın uygulanmaması sonucunu doğuracaktır.

İş güvencesi sistemi içinde kalan bir işçinin sadece işe iade talep edebilmesi, işçiyi sendikal haklara saygı göstermeyen bir işverene bağlı olarak yeniden çalışmak zorunda bıraktığı için haklı olarak isabetsiz bulunmuştur. Bu konuda bir çözüm önerisi olarak işçiye doğrudan sendikal tazminat talep edebilme ya da işe alınmama durumunda sendikal tazminat talep edebilme olanağının sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. İşe iade davasının uzun süren bir yol olması, sonucunda tespit niteliğindeki bir karara ulaşılması, bu kararın icrası ile ilgili olarak karşılaşılan sorunlar nedeniyle doğrudan sendikal tazminat talep edilebilmesi olanağının sağlanması durumunda daha yüksek bir koruma sağlanacağı da ifade edilmiştir. Bunlara ek olarak işverenin işe iade kararına uygun olarak işçiyi yeniden çalıştırmaya başlaması durumunda, sendikal nedenle maruz kalınan hukuka aykırı davranış nedeniyle işçi herhangi bir tazminat da alamamış olacaktır.<sup>443</sup>

İş güvencesi içindeki ve dışındaki işçiler arasında gerek ispat gerek taz-

442 Özveri, 1530, 1543.

443 Çil, 670.

minatlar konusunda var olan farklılıklar, iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler açısından kötü niyet veya sendikal tazminat talep hakkının tanınmamış olmasının kötü niyetli uygulamalara zemin hazırlayabileceği, işverenin yarattığı hukuka aykırılıktan yarar sağlamasına yol açabileceği haklı olarak ifade edilmiştir. Bu sakıncaların ortadan kaldırılması için işçiye işe iade ile iş güvencesi tazminatın arasında seçim hakkı tanıyan bir sistemin getirilmesi gerektiği, ayrımcılığa/kötü niyete bağlı fesihlerin daha ağır bir yaptırıma bağlanması, ispat yükü konusundaki eşitsizliklerin kaldırılması ve ayrımcılık, kötü niyet ve sendikal nedenlerle yapılan feshlerde eşgüdüm sağlanması gerekliliği vurgulanmıştır.<sup>444</sup>

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, yüksek mahkeme davacının ıslah yoluyla sendikal tazminat talep edebileceğini kabul etmiştir.<sup>445</sup> Karara konu olan olayda, davacı önce feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunmuş ancak yargılama sırasında işyerinde otuz işçiden az işçi çalıştığı, bu nedenle de iş güvencesi hükümleri kapsamında değerlendirilemeyeceği ortaya çıkınca, davasını ıslah yolu ile sendikal tazminat davasına çevirmiş ve sendikal tazminat talep etmiştir.

Yargıtay konu ile ilgili olarak şu kararı vermiştir; "...Islah diğer tarafın rızası olmaksızın davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası olarak, düzenlenmiştir. Karşı taraf ve mahkeme hâkiminin kabulüne bağlı değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 83. ve devamı maddelerine uygun yapıldığı sürece, ıslah işleminin reddi doğru değildir. Mahkemenin red gerekçesi anılan hükümlere uygun düşmemektedir. Islah işlemi şekil şartları açısından incelendikten ve belirtilen hükümlere uygun olduğu takdirde, sendikal tazminat istemi hakkında esasa girilerek karar verilmelidir. Yazılı şekilde red kararı verilmesi hatalıdır...."

Görüldüğü üzere iş güvencesi sistemi içindeki iş ilişkilerinde sendikal nedenle fesih iddiası da varsa işçinin talep edebileceği haklar sorunu oldukça karmaşıktır. Esas olarak bu sorunlar işçilere mutlaka işe iade talep etme zorunluluğunun getirildiği bir sistemden kaynaklanmaktadır. Yukarıda ifa-

---

444 Soyer, 66; Alpagut, İş Güvencesi, 250, yazarın, iş güvencesi sisteminde seçim hakkı tanınması konusunda olması gereken hukukla ilgili olarak önerileri de bulunmaktadır; Çil, 677-678; Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 121; Sarıbay, 281.

445 Y9HD, 19.9.2005, 22493/30353, Çalışma ve Toplum, S.7, 160-161.

de edilen fikirler doğrultusunda iş güvencesi kapsamı içindeki işçilere işe iade ile tazminat hakkı arasında bir seçim hakkı tanınması gerekmektedir.

İşçinin sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatını bir arada talep edemeyeceğini ortaya konulması için ise İş Kanunu'nun 5.maddesinin altıncı fıkrasına bakmak gerekmektedir. Buna göre "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır." Görüldüğü üzere ayrımcılık tazminatını düzenleyen fıkra, Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesini saklı tutmuştur. Bu düzenleme karşısında işçi, sendikal nedenle ayrıma maruz kaldığında İK 5.maddeye değil, SK 31.maddeye dayalı olarak hakkını aramalıdır. Açık bir yasal düzenleme karşısında işçinin hem sendikal tazminat hem de ayrımcılık tazminatını talep edebileceği savunulamaz. Sonuç olarak işçi, sendikal nedenle ayrıma maruz kalmışsa sadece SK 31 uyarınca sendikal tazminata hükmedilir, bunun yanı sıra İK 5.maddedeki ayrımcılık tazminatına hak kazanamaz.<sup>446</sup>

Sendikal nedene dayalı ayrımcılık yapıldığının ileri sürüldüğü ve sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatının bir arada talep edildiği bir davada Yargıtay 9.Hukuk Dairesi davacının talebini, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği ispatlanamadığından reddetmiştir.<sup>447</sup> Yüksek mahkeme kararda şu ifadelere yer vermiştir; "...Davacı, hizmet akdinin sendikal nedenlerle feshedildiğini iddia ederek sendikal tazminat isteğinde bulunmuş mahkemece istek hüküm altına alınmıştır. Aynı işyerinde çalışan işçiler tarafından açılan seri davaların aynı gün yapılan temyiz incelemesi konusunda işyerinde üretim alanlarında yeni bir yapılanmaya gidildiği bu nedenle yalnız sendika üyesi işçilerin değil, sendika üyesi olmayan işçilerin de çıkarıldığı, sendikal işçi çıkarmada sendikal-sindikasız işçi ayrımı yapıldığına dair somut bir delil bulunmadığı sendika üyesi olmanın sendikal tazminat

446 Çelik, Tazminatlar, 489-490; Mollamahmutoğlu, 442-443; Sözer, 190; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, 80; Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, 119; Çankaya/Günay/Göktaş, 57; Çil, 675-676, Uşak İş Mahkemesinin sendikal tazminat ile eşit işlem yapma borcuna aykırılıktan doğan tazminatın bir arada istenemeyeceğine ilişkin 698/245 sayılı kararı, Y9HD tarafından 11.1.2005 tarihli 12988/477 sayılı karar ile onanmıştır.

447 Y9HD, 14.4.2005, 10880/13247, www.kamu-is.org.tr/pdf/2000\_2005.pdf, 652-653.

talebi için yeterli olmadığı üyelik dışında, davacının sendikal faaliyette bulunduğu bu nedenle hizmet akdinin sona erdiği iddia edilip kanıtlanmadığı anlaşıldığından davacının sendikal tazminat isteğinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Sendikal nedenle gerçekleştirildiği iddiası ile dava konusu yapılan ve sendikal tazminat veya kötü niyet tazminatının talep edildiği bir diğer fesih ile ilgili olarak Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin sendikal tazminatın reddi kötü niyet tazminatının ise kabulü yönündeki kararını gerekli incelemeler yapılmadığı gerekçesi ile bozmuştur.<sup>448</sup> Bozma kararında fesihte sendikal neden olup olmadığının belirlenebilmesi için şu hususların tespit edilmesi gerektiği açıklanmıştır; “Davacı işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek sendikal tazminat, bu olmadığı takdirde kötü niyet tazminatı isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren ise, ekonomik kriz sebebiyle fabrikadaki 8 bölümden 4’ünün tamamen kapatıldığını, bir bölümün de % 20 kapasiteye düşürüldüğünü bu nedenle aralarında davacının da bulunduğu bir kısım işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiğini savunmuştur. Mahkemece, gerekçesiz olarak sendikal tazminat isteğinin reddine, kötü niyet tazminatının ise kabulüne karar verilmiştir. ..Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava dilekçesinde sendikal nedene dayanıldığı ve kötü niyet tazminatına gerekçe olarak da başkaca bir sebep ileri sürülmediğine göre, sendikal nedenle feshin olup olmadığının üzerinde durulması gerekir. Mahkemece bu yönde yeterince araştırmaya gidilmemiştir. İşyerinde kaç işçinin çalıştığı, kaçının ve hangi tarihlerde sendikaya üye olduğu, bu üyelikten çekilenlerin olup olmadığı, işyerinden çıkarılan işçilerin sayısı ve çıkarıldıkları tarihler, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin kaçının sendikal olduğu, aynı dönemde yeni işçi alınıp alınmadığı, alınmışsa hangi iş için alındıkları ve işyerinde çalışan sendika üyesi işçi olup olmadığı hususları araştırılmalıdır. Yine davalının ekonomik neden savunması üzerinde durulmalı, gerekirse bu yönde bilirkişi incelemesine gidilmelidir. İşyerinde bazı bölümlerin kapatılıp kapatılmadığı araştırılmalı, kapatılan bölümler varsa, davacının bu bölüm işçisi olup olmadığı tespit edilmelidir.....Sendikal nedenin bulunduğu kabul

---

448 Y9HD, 3.7.2006, 207/19278 (Kazancı İçtihat Bankası); Aynı yönde Y9HD, 5.10.2004, 13246/21982, Legal İSGHD, C.2, S.5, 300-302, Tuncay, 2004 Yılı Karar Değerlendirmesi, yazar somut olayda Yargıtay’ın vardığı sonucu isabetli bulmuştur, 120-121.

edildiği takdirde, usuli kazanılmış hak gözetilmeli ve kötü niyet tazminatının kabulüne karar verilmelidir. Aksi halde kötü niyet tazminatı isteğinin reddi cihetine gidilmelidir.”

## 2. İdari Yaptırımlar

Ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverenin karşılaşılabileceği bir diğer yaptırım idari para cezasıdır. İş Kanunu'nun 99.maddesi uyarınca 5.maddeye aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası uygulanır.<sup>449</sup> İşverenin eşitlik ilkesine aykırı olarak yaptığı işlem İş Kanundaki diğer bir yükümlülüğü de ihlal ediyorsa, örneğin işçinin ücretini eşitlik ilkesine aykırı olarak eksik ödüyorsa bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 15/1.madde düzenlemesi uygulanacaktır. Anılan düzenlemeye göre “Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.” Dolayısıyla verdiğimiz örnekte, İK 102/a<sup>450</sup> uyarınca daha yüksek idari para cezası öngörülmüş olduğundan olayda sadece bu madde uygulanacak, ayrıca eşit işlem yapma borcuna aykırılıktan dolayı idari para cezasına hükmedilmeyecektir.

Kabahatler Kanunu'nun 3.maddesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararından sonra, ilgili maddede 6.12.2006 tarihli ve 5560 Sayılı Yasa ile gerekli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre; “Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.”

Bu düzenleme sonucunda İş Kanunu'nun öngördüğü idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu'nun 27.maddesi uyarınca tebliğ tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edi-

449 2010 yılı için bu ceza miktarı 100 TL'dir.

450 2010 yılı için bu ceza miktarı 114 TL'dir.

lebilecektir.<sup>451</sup>

### **3. Cezai Yaptırımlar**

#### *a. Ayrımcılık Suçu*

Cezai açıdan sorumluluk, ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122 de hükme bağlanmıştır. Ayrımcılık suçu nedeniyle sadece gerçek kişilere ceza verilebilmektedir.

Tüzel kişilerle ilişkili olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını düzenleyen 60.maddede, 122.maddeye yer verilmediğinden sistemli olarak ayrımcılık yapan, bunu bir şirket-kurum politikası haline getirmiş olan tüzel kişilere dahi herhangi bir yaptırım uygulanmamaktadır. Ancak tüzel kişinin en üst düzeyde yetkili kişi ya da organını oluşturan kişiler, ayrımcılık suçunu işledikleri zaman bu kişilere karşı kanunda yazılı ceza uygulanacaktır.<sup>452</sup>

Sistemli olarak ve kurumsal düzeyde herhangi bir nedene dayalı olarak ayrımcılığın önüne geçilmesi son derece büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'na eklenecek bir fıkra ile sistemli şekilde, adeta bunu bir politika haline getiren tüzel kişilere çok ağır para cezası yaptırımı getirilmelidir. Bunun yanı sıra anılan tüzel kişinin ayrımcı davranışlar sergilediği, bu konuda sistemli bir politika uyguladığı ilan edilerek bir yaptırım da sağlanabilir. Bu konuda yaptırımlarla ilgili genel açıklamalar kısmında değinmiş olduğumuz üzere, İtalya'da uygulandığı gibi bu şirketlerin belli bir süre ihalelere girmeleri ya da kamu kaynaklarından yardım almaları engellenebilir.

Ayrımcılık suçu, işverenin bir kişiyi TCK 122.maddede sayılan sebeplere dayalı olarak işe alması ya da almaması sonucunda ortaya çıkar. Ceza hukuku açısından yapılan bir değerlendirmede İş Kanunu'nun 5.maddesine aykırı davranışın 99.madde uyarınca idari para cezası ile yaptırıma bağlanmış olduğu, ancak işverence yapılan ayrımcılığın 122.madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu durumlarda Kabahatler Kanunu'nun 15/3.maddesindeki düzenleme gereğince faile sadece suçtan dolayı yaptırım

---

451 İş Kanunu'nun 108/2.maddesi idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesinde itiraz edilebileceğini hükme bağlamıştı. Ancak bu fıkra 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG:8.2.2008, 26781) 578/öö fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.

452 Yenidünya, 103.

uygulanabileceği, idari para cezasının ise uygulanamayacağı ifade edilmiştir.<sup>453</sup> Örneğin işveren cinsiyeti nedeniyle bir adayla iş sözleşmesi akdetmezse, bu durum hem İK 5 hem de TCK 122.madde kapsamına gireceğinden işverene Kabahatler Kanunu'nun 15/3.maddesi uyarınca sadece ceza yaptırımını uygulanacaktır.

Ayrımcılık suçunun oluşmuş sayılması için failin kasıtlı olması gerekmektedir. Dolayısıyla suçun manevi unsuru kasttır. Fail, bilerek ve isteyerek ayrımcılık yapmalıdır. Ayrımcılık suçunun taksirle (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla) ya da *olası kastla* işlenmesi mümkün değildir. Buna ek olarak failin maddede sayılan ya da bu kapsamda değerlendirilebilecek nedenlere dayalı olarak, yani belirli bir saikle hareket etmesi, ayrımcılık yapması gerekmektedir.<sup>454</sup> Bu nedenle dolaylı ayrımcılık durumlarında işveren ya da işveren vekiline ceza hukuku anlamında herhangi bir yaptırım uygulanması mümkün değildir. Bilindiği üzere, dolaylı ayrımcılık yaratan uygulamalarda ayrımcılık yapma niyeti ile hareket edilmemekte, ancak belli bir uygulama, hüküm ya da ölçüt belirli bir grup üzerinde olumsuz etkiler doğurmaktadır.

Önem taşıyan bir diğer konu ise failin birden fazla hareketle birden fazla kişiye karşı ayrımcılık suçu işlemesi durumunda mağdur sayısınınca suçun gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak fail, tek bir ayrımcı fiille birden fazla kişiye karşı ayrımcılık suçunu işlemişse bu durumda zincirleme suça ilişkin TCK 43/2.madde uygulanır ve faile artırılmış ceza verilir. Eğer ayrımcılık suçu mağdur üzerinde başka etkiler de doğurmuşsa Ceza Kanununun ilgili diğer maddeleri uyarınca da koruma mümkündür. İnceleme konumuz açısından ayrımcılık suçunun birleşebileceği bir diğer suç TCK 117.maddede düzenlenmiş olan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçudur. Böyle bir durumda TCK 44.madde uyarınca faile her iki suç için öngörülmüş olan cezalardan ağır olanı verilecektir.<sup>455</sup>

Psikolojik taciz konusunda Ceza Kanununda açık bir düzenleme bulun-

---

453 Yenidünya, 110; Kabahatler Kanunu'nun ilgili düzenlemesi şu şekildedir "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."

454 Yenidünya, 111-112.

455 Yenidünya, 112-113.

maması karşısında ceza hukuku öğretisinde psikolojik taciz durumunun Ceza Kanununun 117.maddesinde düzenlenmiş olan "...hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal..." etmek olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür.<sup>456</sup>

Ayrımcılık suçu resen kovuşturulur ve sulh ceza mahkemesinin görev alanı içine girmektedir. Ayrımcılık suçunun cezası TCK 122.maddede altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Adli para cezası ile ilgili olarak maddede alt ve üst sınırlar belirlenmediğinden bu konuda TCK 52.maddeye başvurulması gerekmektedir. Yapılan yargılama aşamasında hakim bir kez hapis cezasına hükmedince bu cezayı adli para cezasına çevirmesi mümkün değildir. Çünkü maddede bu iki ceza seçimlik olarak yer almaktadır (50/2). Suçun tekerrürü halinde hakimin adli para cezası ile hapis arasında seçim hakkı Ceza Kanununun 58.maddesi ile sınırlandırılmıştır. Anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca "Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse hapis cezasına hükümlenir".<sup>457</sup>

Ayrımcılık suçunun korumayı hedeflediği değerler dikkate alındığında, TCK 122.maddenin etkin ve caydırıcı bir düzenleme olmadığı değerlendirilmiştir.<sup>458</sup>

#### *b. Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçları*

İş hukuku anlamında ayrımcılık kapsamında değerlendirilen ancak ceza hukuku açısından ayrı suç olarak düzenlenen bazı durumlara da değinmek gerekmektedir. Cinsel taciz kavramı İş Hukuku'nda oldukça geniş bir biçimde kullanılmaktadır. Oysa ceza hukukunda cinsel içerikli suçlar kapsamında cinsel taciz ve cinsel saldırı birbirinden ayrı iki farklı suç olarak düzenlenmiştir.

Cinsel taciz suçunun oluşması için öncelikle cinsel taciz kapsamında değerlendirilecek bir fiil (söz, davranış, işaret, yazı, resim vs) olmalı (maddi unsur) ve fail cinsel taciz olarak değerlendirilen bu fiili cinsel arzularını tatmin için gerçekleştirmiş olmalıdır. Failin *cinsel amaçla hareket etmesi* suçun *manevi unsurunu* oluşturmaktadır. Ceza hukuku açısından cinsel taciz ancak

---

456 Artuk/Gökçen/Yenidünya, 176.

457 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenidünya, 114.

458 Yenidünya, 115.

özel kastla işlenebilir. Yapılan yargılama aşamasında fiilin cinsel taciz olup olmadığı değerlendirilirken failin fiili cinsel amaçla yapıp yapmadığı inceleneyecektir. Eğer fail cinsel amaç dışında başka bir amaçla hareket etmişse duruma göre hakaret, sövme veya tehdit gibi diğer suçlar oluşmuş olabilir.

459

Cinsel taciz durumunda mağdur TCK 105.maddeye başvurabilir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca cinsel taciz mağdurunun şikâyeti üzerine fail, üç aydan iki yıla kadar hapse ya da adli para cezasına çarptırılır. 5237 sayılı Ceza Kanunu, işverenin veya diğer yetkililerin nüfuzlarını kullanarak cinsel tacizde bulunmalarını, suçun nitelikli hali olarak değerlendirilmiş ve failin alacağı cezayı da yarı oranında artırmıştır. Maddenin ikinci fıkrası, “Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz” hükmünü içermektedir.

Maddenin incelenmesinden de açıkça görüldüğü üzere işyerinde gerçekleşen cinsel tacizin mağdurun işten ayrılmasına neden olması halinde faile (işverene ya da diğer bir işçiye) verilecek cezanın alt sınırı bir yıl olacaktır. Ancak cinsel taciz işyerine gelen müşteri tarafından gerçekleşiyorsa bu takdirde maddenin birinci fıkrası uygulanmalıdır. Daha açık bir ifadeyle bu durumda faile (müşteriye) üç ay ile iki yıl arası hapis ya da adli para cezası verilecektir. Müşteri tarafından gerçekleştirilen cinsel tacize ikinci fıkradaki ağırlaştırılmış cezanın uygulanamamasının nedeni ise maddenin açıkça hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılarak ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak gerçekleştirilmesini koşul olarak öngörmüş olmasıdır.

Cinsel taciz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikâyetine bağlıdır.<sup>460</sup> Mağdur şikâyet hakkını altı ay içinde kullanmalıdır.

459 Artuk, 36-39, Yargıtay Ceza Daireleri tarafından cinsel taciz kapsamında değerlendirilen bazı durumlar için bkz. 38; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 179.

460 Artuk, 41, yazar suçun nitelikli hali için (m.105/2) soruşturma ve kovuşturmanın şikâyete bağlı olmadığını belirtmektedir.

Şikayet süresi TCK'nın 73.maddesi uyarınca mağdurun fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır. Cinsel taciz suçu için TCK'nın 73.maddesinin son fıkrasında yer alan uzlaştırma hükümleri de uygulanabilir. Dava zamanaşımı süresi ise TCK 66/I,(e) uyarınca sekiz yıl, ceza zamanaşımı ise 68/I,(e) uyarınca on yıldır.

Cinsel tacizin basit şeklinde faile verilecek adli para cezasının alt ve üst sınırları belirtilmediğinden bu konuda Ceza Kanununun adli para cezası başlıklı 52.maddesi uygulanır. Buna göre "Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere...." belirlenir.<sup>461</sup>

Ceza hukuku açısından cinsel taciz suçuna teşebbüs ve iştirak mümkündür.<sup>462</sup> İşyerinde gerçekleşen cinsel taciz fail tarafından değişik zamanlarda aynı kişiye karşı devam ettirilirse bu takdirde zincirleme suça ilişkin TCK 43.maddenin uygulanması gerekmektedir. Bu durumda faile verilecek ceza dörtte birden dörtte üçe kadar artırılır. Failin işyerindeki birkaç kişiye karşı aynı fiille cinsel tacizde bulunması, örneğin aynı odada çalışan bayan işçilerin yanında sürekli açık saçık resimler göstermesi ya da fıkralar anlatması durumunda da 43/2.madde uyarınca faile verilecek ceza aynı oranda artırılır. Fail uygunsuz resimler ya da ifadeler içeren e-postayı işyerinde çalışan birkaç kişiye yollarsa bu takdirde gerçek içtima hükümleri uygulanır.<sup>463</sup>

İş hukuku açısından geniş anlamda cinsel taciz kavramı içinde kalan, ancak ceza hukukunda ayrı bir suç oluşturan diğer hal ise cinsel saldırıdır. Ceza Kanununun 102.maddesinin birinci fıkrası uyarınca "Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde, yani işçi üzerinde emir ve talimat verme yetkisi bulunan biri tarafından bu suçun işlenmesi durumunda faile verilecek ceza yarısı oranında artırılacaktır. Anılan maddenin getirdiği düzenleme şu şekildedir;" Suçun,... Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle...işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır" (102/3,b). Suçun basit hali için TCK

---

461 Ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 185;Artuk, 41-42.

462 Artuk, 39.

463 Artuk/Gökçen/Yenidünya, 90, 183; Artuk, 39-40.

73/son uyarınca uzlaşma mümkündür.<sup>464</sup>

### Ş3. Zamanaşımı

Ayrımcılığa uğrayan işçi, İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu tazminat Borçlar Kanununun 126.maddesi kapsamına da dâhil olmadığından genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl içinde talep etmelidir (BK 125).

İşverenin işçi ücretlerinin ödenmesinde eşit işlem yapma borcuna ya da ayrımcılık yasağına aykırı davranması halinde, bakiye ücret alacağı talebi ise beş yıllık zamanaşımına tabidir (BK 126). Burada beş yıllık sürenin her ücret alacağı için anılan ücret alacağının doğduğu tarihten itibaren işletileceği de dikkate alınmalıdır.

**Osman Güven ÇANKAYA- Oturum Başkanı-** Evet, Sayın Hocamıza zamanını çok iyi kullandığı ve çok zor bir konuyu çok kısa zamanda detaylı şekilde açıkladığı için hem kutluyorum, hem teşekkür ediyorum.

### GENEL GÖRÜŞME

**Osman Güven ÇANKAYA- Oturum Başkanı-** Değerli katılımcılar, daha önce başkanlık yaptığım bu tür oturumlarda genellikle Daire uygulamaları konusunda sorulardan önce, yani bazı soruları önlemek için açıklama yaptım. Ancak şimdi yeni Daire Başkanımız Mustafa Bey sorulardan sonra sanıyorum bir açıklama yapmayı yeğleyecek. O nedenle şimdi öncelikle sizden sorularınızı alayım, en son olarak Daire Başkanına da bir açıklama için söz vereceğim.

**Av. Ali ŞEN -İstanbul Barosu-** Bir kere gerçi dışarıda kendisine teşekkür ettik, ama gene teşekkür ederiz sunumu için. Şimdi A işyerinde iki tane uzman, aynı konuda uzman çalışıyorlar, birisi erkek, birisi bayan. Şimdi ikisine de ödenen ücret farklı, birisine üç ödeniyorsa, diğerine beş ödeniyor, mesele erkeğe beş ödeniyor. Şimdi burada ayrımcılık mı var diyeceğiz

464 Tezcan/Erdem/Önok, 243, cinsel saldırı suçlarının uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmasına yönelik çalışmalar bulunduğunu, 7-12 yıl arası hapis cezası gerektirecek kadar ağır bir suçun uzlaşma kapsamında olmasının anlaşılmasının mümkün olmadığını, ayrıca uzlaşma için mağdurun uğradığı zararın ödenmesi veya giderilmesi koşulunun bu suç açısından nasıl gerçekleşeceğinin ciddi tartışma konusu olduğu ifade edilmiştir.

uzmanlık kadroları ikisinin de aynı olduğuna göre, burada eşit davranma ilkesine aykırı mı diyeceğiz? Eğer ayrımcılık dersek bunun edimi de var, ötekisinde genelde yok, yoksa ikisi de var mı diyeceğiz? Bunu sormak istiyorum, teşekkür ederim.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Şimdi eğer tabii kadın olana daha düşük ücret ödeniyorsa burada cinsiyete dayalı ayrımcılık diyeceğiz. Bu tespiti nasıl yapacağız? Eğer işverenin yaptığı uygulama, yani aleyhe uygulama bundan olumsuz anlamda uygulanan kişi diğerinden cinsiyet, dil, din, ırk, renk, özürllülük durumu gibi İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan ve ayrımcılık yasakları olarak nitelendirebileceğimiz bir ölçüte dayalı olarak işlem yapılıyorsa bu ayrımcılık yasağı. Eşit işlem yapma borcuna aykırılık dediğimiz şey bunlar yok temelinde aynı durumda iki kişi arasında objektif bir sebebe dayanmayan keyfi bir uygulamadır. Biz buna eşit işlem yapma borcuna aykırı uygulama diyoruz. Şimdi tabii ki ayrımcılık yasağına aykırı her durum eşitlik ilkesine aykırı, ama dar anlamda eşit işlem yapma borcuna aykırı olan her durum ayrımcılık yasağına da aykırı olacak diye bir kaide yok. İkisi tabii aynı ilkenin iki farklı boyutu, kimi zaman bunlar o kadar yakın olabiliyor, ama kimi zaman çok rahat ayrılabilir. Ancak sizin verdiğiniz örnekte bu ücret farklılığı yaratıldığı zaman cinsiyete dayalı bir ayrımcılık yapıldığını söylemek mümkün. Yaptırım konusunda da evet, haklısınız, ayrımcılıkla ilgili maddede sadece ve sadece iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayrımcılık yapıldığında ayrımcılık tazminatının alınabileceğine yöneliktir o madde. Zaten maddede eşit davranma borcu düzenlenmemişti, onu söyledik. Benim görüşümü ifade etmem gerekirse ben burada bir boşluk olduğunu düşünüyorum, yani yasada yok, Anayasa'nın 10. maddesinden getiriyoruz eşit davranma borcunu. En fazla şu yapılabilir mevcut uygulamada, burada bir yasa boşluğu olduğu, yani işverenin ayrımcılık yasağı olmasa da eşit davranma ilkesine aykırı davranışlarının sadece yoksun kalınan haklarının işçi tarafından talep edilebilmesiyle bu ihlalin yeterli şekilde müeyyideye bağlanmadığından hareket edersek kıyas yoluyla, o boşluğun 5. maddedeki tazminatın kıyas yoluyla uygulanması düşünülebilir. Ancak bu kabul ediyorum, biraz ileri ve zorlama bir çözüm. Olması gereken yapılacak bir kanun değişikliğiyle 5. maddenin hem ayrımcılık yasağına, hem eşit işlem yapma borcunu ayrıca ve açıkça düzenleyip bunların yaptırımlarını düzenlemesi.

**Av. İnciser ALPTEKİN- İstanbul Barosu-** Bu 5. maddede üç bölümde

sorularımı yöneltmeye çalışacağım, bir iş akdinin kurulması sırasında, iş ilişkisinin devamı ve işe sor verme bölümleri içerisinde. Şimdi Sayın Hocamız bu işe alırken aynı durumda olan işçiler nasıl tefrik edilecek veya neye göre değerlendirilecek konusunu açarken tabii ki erkek ve kadın işçi işe alınma esnasında ayrımcılık cinsiyet bağlamında varken eğer aynı cinsten olup durumları da aynı olan işçilerse, eğitimleri, kıdemleri, tecrübeleri ve diğer bütün unsurlarıyla işe başvuruda aynı olan kişiler arasındaki farklılık ve ayrımcılık nasıl değerlendirilecek, bu konudaki görüşü.

İş ilişkisi devam ederken, şöyle bir örnekle açıklamak istiyorum, işyerinde üretim işçisi ve büro işçisi var. Şimdi burada işveren özel sağlık sigortası yapıyor, büro işçisine yapıyor, ama üretim işçisine yapmıyor. Buradaki ayrımcılık nedir ya da özel emeklilik sistemi getirmek üzerine çalışılıyor ve özel emeklilik sistemi de yine beyaz yakalı büro işçisine yapılıyor, üretim işçisine yapılmıyor. Bu 5. madde kapsamında nasıl yorumlanabilir? Aynı durumdaki işçiler midir, farklı durum mudur? Eğer konunun şeyine baktığımız zaman bir ücretsel ilişki değil, ama işçiler açısından gerek sigorta, sağlık sigortası, gerekse özel emeklilik aynı durumda olabilir mi, bu konudaki görüşünüzü rica ediyorum. Bununla beraber iş akdi feshi kısmına geldiğimiz zaman işe son vermede ilginç bir örnekle sormak istiyorum. Sendika temsilcisinin iş akdine son veriliyor, bu aynı zamanda kadın işçi. Şimdi burada işe iade davası geçersiz fesih ve işe iadeyle sonuçlandığında ki işe başlamayla birlikte 5. maddedeki tazminat durumu ne olacak ya da fesih sonucu başlamama durumunda, işe aide sonucu başlamama durumunda ki tazminatta bir farklılık olacak mı? İşe iade edilirse tekrar bu ayrımcılıkla ilgili maddeye dayanarak tazminat davası açılabilir mi bu fesih olgusu nedeniyle? Yine fesihlerde emeklilik durumunda, yani emekli olan işçilerin olduğu, fesihte dayalı olgu olarak emekliliğe dayanan bir fesihte, ama aynı zamanda emekliliğini hak edip işe devam eden işçiler var. Hatta bu öyle bir örnek olabilir ki 25 yıllık süresini doldurmuş, iş akdi feshediliyor, 30, 35 yıllık hala kıdemli olan işçi, emekliliğini de doldurmuş doğal olarak, çalışmaya devam ediyor. Buradaki fesih olgusundaki hem objektif kriterler anlamındaki sonuç, hem de böyle bir fesihte işverenin hayır, bu işçiler benim için gerekli, emekliliği hak edildi, ama feshetmedim, gereklidir konusuyla bağlantılı olarak görüşünüzü rica edeceğim.

Yine biraz da toplu sözleşmeyle de bağlantılı belki bölümde devirden bah-

settiğiniz için o soru için de sormak istiyorum. İşyerinin devri, bu bir yasa uygulamasıyla belediyeler devroldu. A belediyesi B belediyesine devroldu. B belediyesinde toplu iş sözleşmesi ve sendika var, A belediyesinde de toplu iş sözleşmesi ve sendika var. Devrolan A belediyesine B belediyesine geçtiğinde aynı sendika, farklı değil, toplu sözleşmeler iki ayrı toplu iş sözleşmesi, toplu sözleşme süreleri devam ediyor, yenisi yapılamamış henüz, yani yapıma aşamasında, hizmet akdi olarak devam ediyor. Burada maddeler farklı, uygulama nasıl olacak? Yani A belediyesinden B belediyesine devredilen işçi aynı sendika üyesi olarak iki ayrı toplu iş sözleşmesi ve bu sözleşmelerde de maddeler farklı. Diyelim ki B belediyesindeki B toplu iş sözleşmesindeki yakacak yardımı 500 lira, A'daysa 300 lira. Burada uygulama, örnekleyerek söylüyorum, nasıl olacak veya buna benzer, tabii biraz toplu sözleşme hukukuyla da bağlantılı, devirle ilgili bağlantılı olarak da sorma açısından söylemek istedim.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Şimdi iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin veya iş görüşmelerini yürüten işveren vekilini bağlayan sadece ve sadece İş Kanunu'nun 5. maddesi ve Türk Ceza Kanunu 122. Bunlar neleri yasaklıyor? Yani diyor ki işverene, sen cinsiyet, dil, din, ırk, renk, özürlülük, sendikal neden, bunlara dayalı veya bunlar gibi diğer sebeplere dayalı olarak bir kişiyi işe alıp almama kararını veremezsin. Sizin sorduğunuz örnekte biraz önceki şeyden hareket edersek şimdi eğer bir kadın ve erkek arasında farklı işlem yapılıyorsa, yani erkek işe alınıp kadın alınmıyorsa bu mümkün değil, yani ayrımcılık yasağı çerçevesinde korunuyor. Ancak sizin sorduğunuz örnekte isterse 30 kişi olsun, aynı fakülteden hepsi erkek, hepsi kadın olabilir, aynı dereceyle mezun olsun, hepsinin yabancı dil bilgisi olsun, bu alanlarda hepsinin eşit olduğunu düşünelim, burada işverenin sözleşme özgürlüğü vardır. İşveren istediğini işe alır, istemediğini işe almaz. Yani burada 30 erkek işçiden veya 30 kadın adaydan neden bu ikisini aldın da diğer 28'ini almadın, bunların hepi aynı durumda demek mümkün değil. Eğer işçiler, adaylar aynı durumdalarsa, yani bir ayrımcılık nedeni yoksa o takdirde tabii ki sözleşme ilkesi gereğince işveren bunlardan istediği kişiyle istediği akdi kurabilecek.

İş ilişkisi devam ederken, işte üretim ve büro işçisine özel sağlık sigortası, özel emeklilik gibi durumlarda farklı işlem yapılabilir mi? Şimdi burada eşitlik ilkesini anlatırken gene söyledik, önemli olan aynı veya eşit değerde

işi yapan aynı veya benzer nitelikteki işçiler arasında eşit davranma. Eğer büro işçileriyle, büro işlerini yapan işçilerle üretim işinde çalışan işçiler arasında eğitim, kıdem, objektif esaslara dayalı bir performans değerlendirilmesi sonucu mesela büro işlerinin o işletme için daha önemli olduğu, daha büyük değer taşıdığı objektif olarak ortaya konmuşsa veya tersi olabilir. Öyle bir işyeridir ki üretim işi asli niteliktedir, üretim işi o işletme açısından bir performans değerlendirmesinde daha yüksek puan almaktadır. Yani yapılan işler, yürütülen işler bu işleri yürüten kişiler arasında farklılık varsa elbette işveren bunlar için farklı ücret de koyabilir, çalışma koşulu da koyabilir, sigortalar bu anlamda farklılaşabilir. Ancak bu tarz bir farklılık yoksa, yani bunlar eşit değerde iş olarak görülebiliyorsa işletme açısından burada tabii ki o zaman bunu eşitlik ilkesi açısından değerlendirmek mümkün. Ancak büro işçisinin daha eğitilmiş olabileceği gerçek, daha eğitilmiş işçisine işverenin daha fazla hak tanımasının ben mümkün olduğunu düşünüyorum.

İş ilişkisinin sona ermesi konusunda işte sendikalı ve bir kadın işçinin atılmasını söylediniz. Şimdi biraz önce, yani araya çıkmadan önce söylediğim bir çoklu ayrımcılık durumudur bu aslında, ama Türk hukuku açısından hiçbir farkı yoktur. Yani bir sebebe dayalı ayrımcılık yapsanız da, aynı kişide 10 tane ayrımcılık sebebi birleşip yapsa da bugün için bir fark yok. Ancak sendikal nedenle yapılan bütün ayrımlar tabii ki Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesini 5. madde ayrık tuttuğu için sadece oraya gidecek. Şimdi şeyi soruyorsanız, sendikal nedenle kadın işçiyi işten çıkarttı, geçersiz fesih, işe iade kararını da işveren uyguladı, işe başlattı. Ancak o iş ilişkisinin devamında gene kadın olduğu için bu kişiye ayrımcılık yapılıyorsa o takdirde tabii 5. madde iş ilişkisinde yapılan ayrımcılığı koruduğu için tazminat alabilir, ama fesih durumu sendikal neden varsa sadece 31. maddeye gitmesi gerekiyor yürürlükteki mevzuat açısından. Şimdi emeklilik hakkını kazanıp devam eden işçilerden işte 30, 35 yıl kıdemi olanı çalıştırıp, 20, 25 yıllık olanı işten çıkarabilir mi dediniz? Çıkarır, çünkü kıdemli işçisini koruyor işveren, bence gayet eşit işlem yapma borcuna uygun. Çünkü daha kıdemli işçisini koruyor. Eğer bir toplu işçi çıkarma varsa kıdemi daha düşük olanların seçilmesi hukuka uygun, ama tabii şunu yapamaz. Yani o 20, 25 yıllık işçileri işten çıkarırken sen belli yaşa geldin, ben seni işten çıkarıyorum, tek başına yeterli bir sebep değil. Yargıtay da zaten bu uygulamalarda işte hem emeklilik hakkının kazanılması, hem belli yaşa

gelmiş olma, artı bunun işyeri veya işletmede genel ve objektif bir biçimde uygulanıyor olmasını arıyor. O anlamda çok sorun olduğunu düşünmüyorum, ama kıdemli işçiyi tutması, daha az kıdemli işçiyi çıkarmasını eşitlik ilkesi açısından değerlendirdiğimde ben uygun olduğunu düşünüyorum.

İşyeri devrini sordunuz, şimdi işyeri devirlerinde tabii eğer bir toplu iş sözleşmesi varsa burada artık işyeri devrinden ziyade Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanununun ilgili hükümlerine bakmak lazım. Bilindiği üzere işyeri devirleri yürürlükte olan toplu iş sözleşmelerini etkilemiyor, aynı sendikanın farklı toplu iş sözleşmesi yapması da mümkün. Olması gereken şey şu, işte iki farklı toplu iş sözleşmesi, süre sonuna kadar farklı şekilde uygulanacak. Çünkü yasa bunu böyle öngörüyor. Biri bitip iş akdi hükmü haline geldikten sonra öbürünü beklemesi gerekiyor, öbüründeki düzenlemeyi aynen buraya uygulamak mümkün değil. Tabii o aşamada işveren iş akdi hükmü haline gelenleri aynen uygulamak zorunda, istisnası nedir? 22. maddeye dayalı olarak işçilerle değişiklik yaparsa çalışma koşullarında bu her zaman mümkün. Ancak sadece iki belediyenin bir araya getirilmesi, yani o devir işlemine dayalı olarak her ikisinde de aynı şeyi uygulayacak demek mümkün değil sizin sorunuzda. Çünkü orada artık toplu iş sözleşmesi var ve toplu iş sözleşmelerinin kendi süreleri içerisinde uygulanması gerekiyor. Yapacak bir şey yok, çünkü orada toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içerisinde uygulanması esastır. İsterse 10 belediyeyi bir araya getirin, 10'unda da aynı sendika olsun, 10 tane farklı sözleşme olsun, bunu toplu iş hukuku kuralları düzenlediği için. Toplu iş sözleşmelerinde eşitlik ilkesi dersiniz orada kanun zaten nelerin konulamayacağını hükme bağlamış. Tabii ki toplu iş sözleşmesine şu konulamaz, erkeklere kadınlardan yüzde 10 daha fazla zam, toplu iş sözleşmesinin kendi kuralları eşitlik ilkesine uygun olmalı. Ancak işveren bağlı olduğu toplu iş sözleşmesini uyguladığı için eşitliğe aykırı işlem yapmakla itham edilemez. Çünkü o toplu iş hukukunun kendi kuralları Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu uyarınca bunu yapmakta. Yani orada kendi iradesi yok, zaten bağlı.

**Efe YAMAKOĞLU** - Zonguldak Kara Elmas Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü- Benim sorum işe alım süreciyle ilgili, burada işverenin sorduğu ve ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilecek sorularda işçinin yalan beyanda bulunması ve iş ilişkisinin kurulması halinde daha sonradan bunun ortaya çıkması durumunda işverene İş

Kanunu'nun madde 25/2 kapsamında haklı fesih hakkı tanır mı bu durum? Bu konu hakkındaki değerlendirmenizi almak istiyorum. Çok teşekkür ederim.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Şimdi ayrımcılık kapsamında değerlendirilen sorular, yani işte sendika üyesi misin, hamile misin gibi, bunlar tebliğde de belirttiğim üzere eğer yapılacak işle objektif olarak bağlantılıysa, gerekliyse, işte radyasyonla çalışılacaktır, hamile işçinin çalışmaması gerekir, bu ayrık durumlar yoksa işveren zaten bunları soramaz, işçi de bunlara doğru yanıt vermek zorunda değildir. Daha sonra böyle bir şey çıkarsa da haklı nedenle fesih hakkını kullanamaz.

**Eda KARAÇÖP -** Dokuz Eylül Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü)- Benim Hocama sorum aslında dava konusu olan bir duruma ilişkin olacak. Bir kozmetik firmasında çalışan iki işçi mevcut, iki işçinin de kıdemi ve diğer yönlerden, verimlilik ve performans değerlendirmeleri bakımından durumlarının eşit olduğu bir durum söz konusu. Ancak bir işçinin kilo alması, obezite sınırına gelecek şekilde kilo alması iş sözleşmesinin feshini doğurmuş. Böyle bir durumun Türk Hukuku'nda söz konusu olduğunu düşündüğümüzde acaba burada eşitlik ilkesine aykırı davrandığını mı söyleyeceğiz, yoksa verimlilik nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedebileceğini mi söyleyeceğiz?

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Verimini nasıl düşürüyor?

**Eda KARAÇÖP-** Hayır, verimini düşürmüyor, hiçbir şekilde etkilemiyor. Yani mevcut durumda ona göre düşündüğümüzde hani işin niteliği bakımından değerlendirilebilir mi ya da işverenin yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirebilir miyiz durumu diye düşünme bakımından soruyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Şimdi verim düşüklüğü dediğimiz zaman verim düşüklüğünün, Yargıtay da bunu bu şekilde arıyor, objektif açıdan değerlendirilebilecek ölçütlerle ortaya konması. Yoksa bir kişinin saçını boyatması, kilo alması, kilo vermesi, bu gibi şeylere işverenin değil yönetim hakkı, hiçbir kaynak, hiçbir hukuk kaynağı bunlara müdahale edemez. Dolayısıyla burada eşitlik ilkesi açısından değerlendirilebilecek bir durum değil, burada kişilik haklarına bir saldırı söz konusu. O maddeler çerçevesinde korunması gerektiğini düşünüyorum.

**Av. Turan HANÇERLİ - İstanbul Barosu-** Aslında sorum tam da bu arkadaşımızın sorduğu soruyla bağlantılı, ama verilen cevap beni şöyle şaşırt-

tı. Şöyle ki, ayrımcılıkla ilgili ayrımcılığın tanımının Türk mevzuatında ben olmadığını düşünüyorum, yok diye biliyorum. Biz de ayrımcılığı konuşurken ayrımcılığın tanımını yapmadık, yapılamadı ve ayrımcılık özellikle eşit muamele ya da eşit davranmama üzerinden sürekli konuşuldu. Fakat ayrımcılık sadece eşit davranmamayı içermiyor, ayrımcılık bu kadar sınırlı olmamalı, kabul etmemeliyiz diye düşünüyorum. Ayrımcılık çoğu zaman farklı davranmayı ve hatta uluslararası mevzuatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde makul uyumlaştırmama yapmamak suretiyle ayrımcılık suçunu ya da ayrımcılık yapılması durumunu kabul ediyor diye düşünüyorum. Bu konuyu biraz açabilir misiniz, yani bunun aslında temel sorunlarından biri olduğunu düşünüyorum. Bu konudaki görüşlerinizi merak ediyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Ben ayrımcılıkla ilgili bir tanım verdiğimi düşünüyorum tebliğde, çünkü şöyle söyledim ben. Biyolojik sebeplerle işçiden değiştiremeyeceği şeylerdir, işte yaşı, cinsiyeti veya temel hak ve özgürlükler kapsamında korunan, dolayısıyla işçiden, yani baktığınızda siyasi görüşünü değiştirebilir aslında kişi dersiniz, ama değiştirmesini bekleyemezsiniz kendi iradesi hilafına. Bu gibi şeylerdir ayrımcılık yasağı, dolayısıyla ben bu tanıma verdiğimi düşünüyorum. Eşit işlem yapma borcu üstünde bu kadar durmamın sebebi bunun ayrımcılık yasaklarına göre tespitinin çok daha zor olduğunu düşünmemdir. Çünkü ayrımcılık yasaklarında iş daha kolaydır yargı açısından da, işçi açısından da, siz gider dersiniz ki ben hamile kaldım, işten atıldım, ben sendikaya üye oldum, işten atıldım. Bunlarda ispat da, iddiayı dile getirmek de daha kolaydır, ama şunun ispatı daha zordur. Ben işyerinde aynı verimle aynı işi yapıyorum, ama bana daha farklı davranılıyor. Benim yıllık ücretli izin taleplerim dikkate alınmıyor veya fesihlerde verdiğimiz örneklerde, ben onun için eşit işlem yapma borcu üstünde çok durdum. Ancak ayrımcılığın da tanımını verdiğimi düşünüyorum.

**Stj. Av. Esra ÇİFTÇİ-** Şimdi bir işyerinde iki yıllık kıdemi olan tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi var, bir de dört yıllık kıdemi olan, ama kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi var, 9 ve 12 saatleri arasında çalışıyor bu işçi. Şimdi bu yıllık ücretli izin ve yakacak yardımı konusunda yıllık ücretli izin konusunda iki yıl kıdemi olan, tam gün süreli çalışan işçiye 14 gün yıllık ücretli izin hakkı veriliyor, dört yıl kıdemi olan işçiye de yedi gün ücretli izin hakkı veriliyor. İş Kanunu'nun 13. ve 5. maddesine göre ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'ne göre işverenin yaptığı bu işlem bir ayrımcılık teş-

kil ediyor. Çünkü zaten kanunda bu açıkça belirtilmiş. Aynı şekilde iki yıllık çalışan işçiye yılda 100 lira yakacak yardımı veriliyor, dört yıllık çalışan işçiye de 50 liralık yakacak yardımı veriliyor. Burada da bir ayrımcılık yasasının olduğunu düşünmüyorum, çünkü çalışma sürelerine orantılı olarak bu bölünebilir haklar ve ücretler ödeniyor. Ancak ben öğle yemeğinde bir ayrımcılık görüyorum. Çünkü iki yıllık çalışan kişiye tam gün çalıştığı için öğle yemeği veriliyor, ama 9-12 saatleri arasında çalışan işçiye öğle yemeği verilmiyor. Şimdi sözleşme özgürlüğü kapsamında sadece bir gün içerisinde 9-12 saatleri arasında bu işçi çalışamaz, yani öğleden sonra da başka bir işyerinde çalışabilir. Yani bu 9-12 saatleri arasında çalıştığı işveren mi ona öğle yemeği vermeli, yoksa öğleden sonra çalışmaya başladığı yerdeki işveren mi ona öğle yemeği vermeli, yoksa ikisi de vermemeli mi?

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Bu sizi çok üzmüş tabii işçinin hangi işveren tarafından karnının doyurulması gerektiği, ama şimdi burada şuna bakmak lazım benzer bir şey servis uygulamalarından yola çıkarak. Şimdi işveren tabii servis sağlıyor olabilir, sabah alıp akşam bırakıyor, ama işyerinde düşünün ki saat 1'de gelip 3'te çıkan bir işçi varsa çalışma saatleri itibarıyla servisten yararlanması mümkün değil. Burada da aynı durum var, yani işveren bütün gün çalışan işçilere öğle yemeği verip kısmi süreli çalışan işçiye vermiyorsa, yani bunlar arasında bir farklılık yoksa, yani kısmi süreli çalışanların kendi aralarında, 9-12 çalışan üç kişiye verip beş kişiye vermiyorsa bu tabii ki bir sorun. Ancak işveren bunun koşullarını belirlemişse, bunlara uygun davranıyorsa, yasada açık para ve paraya ilişkin menfaatlerin bölünebilir şekilde kıdemle, çalışma süresiyle orantılı olarak ödeneceğini. Dolayısıyla burada insani açıdan tabii düşünülmesi gereken bir şey, hani kim verecek bu işçinin yemeğini şeklinde sordunuz, ama hani iş hukuku kuralları açısından ben bu sorunuza ancak böyle cevap verebilirim. Yani bir zorunluluk yok illa öğle yemeği verilecek diye.

**Av. Mahmut BELAM -Adana Barosu-** Yanlış anlamadıysam sunumunuzda şöyle bir şey dediniz. Toplu iş sözleşmesiyle getirilen farklı düzenlemeler eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez parasal haklara ilişkin. Şimdi karşılaştığımız birtakım olaylar var, örnek, bir işyeri var, bu belirli sezonlarda mevsimlik işçi almak ihtiyacını duyuyor ve mevsimlik işçi alıyor. Toplu sözleşmelere de şöyle bir hüküm konuyor, mevsimlik işçiler de sendika üyesi, sezonluk çalışanlar, işbu toplu iş sözleşmesinin ücret zam-

mından mevsimlik işçiler faydalanamaz diye. Şimdi 2822 Sayılı Yasa'nın 5. maddesine baktığımız zaman, tahmin ediyorum 4857 Sayılı Yasa'nın 5. maddesi emredici ve mutlak emredici bir hüküm, bundan dolayı Kanun'un emredici mutlak hükümlerine aykırı olarak toplu iş sözleşmelerine hüküm konulamaz hükmünden hareketle biz burada eşit davranma borcuna aykırılık vardır mı diyeceğiz, yoksa toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde taraf sendikayla işverenin bağtladığı bu sözleşmede eşit davranma borcuna aykırılık yoktur mu diyeceğiz? Bunu öğrenmek istiyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Şimdi ben toplu iş sözleşmesiyle ilgili olarak yaptığım açıklamalarda da değindim, tabii ki toplu iş sözleşmesinin kurallarının ayrımcılık yasağına ve eşit işlem yapma borcuna uygun olması gerekiyor, yani dediğiniz tabii ki doğru. Yani toplu iş sözleşmesi özerkliği demek işverenle işçi sendikasının oturup her konuyu istediği gibi düzenlemesi demek değil. Elbette ki İş Kanunu'nun 5. maddesi, Anayasa'nın 10. maddesi, Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddeleri mutlak emredici düzenlemeler. Yaptırımlar ilgili olarak geçersizlik kısmına da değindim, böyle bir düzenleme hukuken geçersizdir. Dolayısıyla geçersiz olduğu için, yani iş sözleşmesinin çalışma ilişkisinin şekline dayalı olarak bir ayırım yapılması mümkün değil. İşte ücret zammından da tabii ki mevsimlik işçiler de yararlanacak, burada toplu iş sözleşmesi özerkliği değil, burada İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırı bir düzenleme olduğunu söyleyip geçersiz sayıp onlara da aynı zam oranının uygulanması gerekecek, tabii toplu iş sözleşmesiyle ilgili diğer koşullar varsa.

**Av. Abdülhalim EKE- Ankara Barosu-** Benim sorum Hocama özürlü çalıştırma ya da özürlü çalışanlarla ilgili. Özürlü çalışanlar için ayrımcılıkta diğer çalışanlarla arasındaki kıstaslar ne olacak? Böyle bir ayırım olacaksa aynı işyerinde iş kazası geçirip 30. maddenin 2. fıkrasına göre işyerinin işçisiyken sakatlananlara öncelik tanınır hükmüne göre özürlü kadrosuna geçen kişilerin durumları ne olacak? Onlar eski işçi gibi eski işçilere tanınan haklarla mı, yoksa özürlülere tanınan haklarla mı bir ayrımcılığa tabi tutulacaklar, kurallar ne olmalıdır?

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Şimdi özürlülerle ilgili, yani Özürlüler Kanununa baktığımızda özürlülük durumuna dayalı olarak farklı işlem yapılamayacağını söylemek gerekir, tabii İş Kanunu 5 ve Ceza Kanunu 122 de aynı şeyi söylüyor. Yani şunu yapamayız, aynı işi yapacak bir kişiye özür-

l olduğu için asgari ücret verip zrl olmayan bir kişiye asgari ücretin beş katı ücret tabii ki belirleyemezsiniz. Ancak zrllerin korunması, yani özürleri oranında korunması gerektiği de bir gerçek. Ancak bu koruyucu tedbirler dolayısıyla işte bunların aleyhine uygulama yapılamayacak, ücret aşağı çekilemeyecek, vesaire. Somut rnek üzerinden gidersek örneğin iki tane muhasebeciniz var, bir tanesi zrl, diğeri değil, biri tekerlekli sandalyede. Şimdi bunlarla ilgili bir performans değerlendirmesi yaparken tabii ki bunların ikisini aynı gruba koymayacaksınız. Yani o kişinin zrl olduğu gerçeğini siz göz önünde tutmak zorundasınız. Ona göre bir değerlendirme yapmanız gerekiyor. Dolayısıyla hem özürlüleri koruyacaksınız, ama koruduğunuz için de bunlar aleyhine olumsuz bir uygulama yapmayacaksınız veya iş koşullarını oluştururken daha aşağı bir ücret belirleyeceksiniz veya iş sözleşmesi feshedilecekse senin verimin düşük, sen zaten zrlsn deyip bu kişiye işten atmanız da ayrımcılık olarak nitelendirilecek. Şimdi sorduğunuz soruya gelince, İş Kanunu'nun 30. maddesine, yani oranın işçisiyken sakatlanıp tekrar geri gelenlerde, Şimdi bu iş akdi kurma zorunluluklarını ikiye ayırmak lazım.

**Av. Abdülhalim EKE-** İşyerinin işçisiyken sakatlananlar, yani hizmet akdi feshedilmemiş, devam ediyor.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Tamam, onu açıklayacağım zaten. İşyerinin işçisiyken sakatlanıp geri geldiyse ve arada fesih olmadıysa o zaman zaten tedavi gördüğü sürede iş akdi askıdadır, herhangi bir hak kaybının da olmaması gerekir. Yani çalıştığı süre tamam, iş görme borcunu yerine getirmiyor, ama iş akdi devam ediyor, tedavi görüyorsa iş akdi askıda olur, döndüğü zaman da eski koşulları neyse ona göre çalışmaya devam edecektir. Yani orada ben nasıl bir sorun çıkabileceğini çok algılayamadım, çünkü iş akdi sona ermemiş dediniz. Ben sanki sona erip de tekrardan iş akdi kuruluyor gibi algıladım.

**Av. Abdülhalim EKE-** Her ikisini de ayrı ayrı değerlendirebilirsiniz, ama diyelim ki eski çalışmasına göre 1000 lira alıyordu, yeni zrl kadrosuna geçtiği zaman diyelim ki vergi indirimi yahut diğer nedenlerle 100 lira daha alacak. Yani işveren dönüp bu kişiye sen 100 lira daha alıyorsun.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Ama onu söyledim, özürlüleri koruyucu hükümler nedeniyle farklı işlem yapılamaz, yani o konuda bir tartışma yok.

**Av. Abbas BİLGİLİ- Adana Barosu-** Ben de Hocama teşekkür ediyorum. Benim kısa iki sorum olacak, birincisi eşit işlem yapma borcunda işçi sadece yoksun kaldığı hakları isteyebiliyor, ancak ayrımcılığa uğraması halinde hem mahrum kaldığı haklarını, hem de dört aya kadar tazminat isteme hakkı var. Aslında eşit davranmaya maruz kalan bir işçi de ayrımcılığa uğramış değil midir? Ayrımcılık daha ağır, diğeri de ayrımcılığın daha hafif bir hali değil midir? Örneğin bir bankada 30 kişi çalışıyorsa ve burada 29 kişiye prim verildiğini, bir tanesine de verilmediğini düşündüğümüzde 30'unun da erkek olduğunu düşünelim, prim verilmeyen kişi de erkek, burada sadece bu işçi yoksun kaldığı primi isteyebilecek. Ancak 29 tanesinin erkek birisinin kadın olduğunu düşündüğümüzde prim alamayan kişiyi o zaman hem yoksun kaldığı primi isteyecek, hem de dört aya kadar tazminat isteyebilecek, sizce bir tuhaflık yok mu? Yani birisinde daha ayrımcılığın ağır hali, birisinde daha hafif hali diye bir değerlendirme yapmak gerekmez mi?

Cinsel tacize uğrayan kişi aynı zamanda kişilik hakları ihlal edilen bir kişidir. Bu durumda kişilik haklarının ihlal edilmiş olmasından dolayı manevi tazminat isteyebilir. Bu konuda Yargıtayın az da olsa kararları var. Bu kişinin aynı zamanda ayrımcılık tazminatı isteyip isteyemeyeceği konusunda, gerçi doktora tezinizde sizin görüşünüzü ben biliyorum, ama farklı görüşler de var, bu konuyu açarsanız memnun olurum.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Şimdi önce cinsel tacizden başlayalım. Şimdi cinsel taciz tabii ki ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durum. Neden? Çünkü siz orada kadın erkek fark etmez, çünkü kadınların da erkeklere cinsel taciz uygulayabileceği bir gerçek, hatta bu konuda bir Yargıtay kararı da var. Şimdi cinsel tacizde olay aslında nedir? Bir kişinin dediğiniz gibi kişilik haklarına saldıran, alçaltıcı, küçültücü, saygınlığına, onuruna karşı bir müdahalede bulunuluyor cinsel tacizde. Şimdi modern hukuk sistemlerinde, yani günümüzde eşitlik ilkesi zaten işçinin işyerinde kişiliğini, onurunu, saygınlığını koruyan bir ilke olarak ele alınıyor ve ILO'nun bu insana yaraşır iş, decent work kavramıyla da oldukça yakın ilişkili. Dolayısıyla tabii ki cinsel taciz durumları da eşitlik ilkesi kapsamında değerlendirilip buna göre de tazminat talep edilebilecek durumlar. Diğer görüşler ne diyor? Cinsel tacizin gözetme borcuna aykırılık olduğunu ileri sürenler var, ona göre yaptırıma bağlı olabileceğini söyleyenler var. Tabii ki şimdi gözetme borcu öyle bir borç ki şunu söylüyor işverene, işçiye zarar

verici her türlü davranıştan kaçınmak zorundasın. Bunun içine tabii ki cinsel tacize karşı koruma yükümlülüğü de giriyor, o görüşün de kendine göre haklı gerekçeleri var, ama eşitlik ilkesi varken ben korumanın ona göre yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Diğer sorunuzda da ben kendi görüşümü ifade ettim. Evet, eşit davranma borcuyla ilgili olarak yürürlükteki mevzuatta ayrıca bir yaptırım yok, ama burada bir kanun boşluğundan hareket edilerek ben o dört aylık ücret tutarındaki tazminata hükmedilebileceğini düşünüyorum ve olması gereken hukuk açısından da her ikisinin maddede tanımlanıp, düzenlenip yaptırımının belli olması gerektiğini söylüyorum. Şimdi eşit işlem yapma borcuna aykırı her durum ayrımcı mıdır? Bence değildir. Çünkü yabancı hukuka veya uluslararası sözleşmelere de baktığımızda ayrımcılık kavramının, ama her zaman işte dil, din, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, özürlülük durumu, cinsel tercih gibi işte biraz önce çeşitli kereler değindik, yani ya bir biyolojik özellik, ya değiştirilmesi beklenemeyecek bir temel hak ve özgürlükler kapsamında korunan bir şey olduğunu görüyoruz. Ancak diğer anlamda eşit işlem yapma borcunda da akli bir sebep olmaksızın yapılan keyfi ayrımlar var. Bunların ikisinin farklı olması gerekiyor ve ayrımcılığın daha ağır bir yaptırıma tabii olması gerekiyor. Çünkü burada işçinin kişilik değerlerine, daha doğrusu insan olması dolayısıyla aslında sahip olması gereken, işte o görmesi gereken saygıya, onuruna aykırı şeyler olduğunu görüyoruz. Eşit işlem yapma borcuna aykırılıklar bu kadar ağır ihlaller içermez. Yani o anlamda evet, yaptırıma bağlanmalı, ama ayrımcılıkla ilgili durumlarda mutlaka daha ağır yaptırıma gidilmesi gerektiğini düşünüyorum.

**Av. Hasan GÜNÜÇ -İstanbul Barosu-** Hocam, 5. madde okunduğunda 5. maddenin 6.fikrasında iş ilişkisinde veya sona ermesinde diyor. Yani oradaki veya bağlacı iki ihtimali düzenliyor. İş ilişkisi devam ederken maddede sayılan aykırılıklar varsa iş akdinin sona ermesini beklemeksizin bu maddedeki tazminatların istenebileceği, öbür durumda bu nedenlere bağlı olarak sona erme varsa, sona erme hali varsa ben burada işverenin sona erdirmesini anlıyorum, sona erme hali varsa buradaki tazminatlar istenebilir. Sizin sunumunuzda ifade ettiğiniz örnekte analık iznini kullanırken müdür olan ve daha sonra yardımcı hale getirilen ve örneğini verdiniz Yargıtay kararında, eğer müdür olarak istihdam edilen bir bayan ayrımcılığa tabi tutularak analık izni nedeniyle müdür yardımcısı yapılması pozisyonunda

çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik var. Eğer o çalışma koşullarını kabul etmiyorsa 24/f son bendine göre çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle iş akdini feshedebilme ihtimali var. Bu durumda kıdem tazminatına hak kazanır, ama ayrıca ayrımcılık yasağına da uyulmadığı için, işveren buna bu yasağı ihlal ettiği için hem kıdem tazminatı, hem de dört aya kadar olan tazminatın talep edilmesi mümkün diye düşünüyorum. Sizin fikrinizi öğrenmek isterim.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Kesinlikle öyle, ama şunu belirteyim. Şimdi iş ilişkisinde veya sona ermesinde, o sona ermesi kavramında sadece işverence yapılan fesihleri anlamamak gerekiyor. Örneğin işçi cinsel tacize uğramış veya cinsiyet nedeniyle kendisine az ücret ödeniyor, işte pozisyonu daha alt bir pozisyona getiriliyor. Bunlara dayalı olarak işçi haklı nedenle fesih hakkını kullanır, dava açar, yani kendi kullanmıştır fesih hakkını, ama hem varsa ödenmemiş işçilik alacaklarını, hem de ayrımcılık tazminatını talep edebilir. Yani sadece işverence yapılan ve ayrımcı nitelik taşıyan fesihlerde istenir gibi bir şey söz konusu değil. İşçi tarafından uğradığı ayrımcılık sonucunda yapılan fesihlerde de bu tazminat istenebilir. Maddede bu anlamda bir sınırlayıcı anlatım söz konusu değil.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Evet, bizim çalışma konularımız biraz keşiştiği için, benim gerek doçentlik tezim iş ilişkisinde temel haklar, profesörlük tezim de Avrupa Birliği direktifleri ışığında kadın erkek eşitliğine ilişkin tez, bu konuların tamamını çalıştım. Çalıştıktan sonra gerek uygulamada, gerek yargı kararlarında yaşanan gelişmeler ışığında bazı sorular kafama takıldı, o sorulara birlikte cevap bulmak amacıyla birkaç tane soru hazırladım.

**Osman Güven ÇANKAYA- Oturum Başkanı-** Biz de zaten hocalarımızı onun için sona bırakıyoruz, biraz toleranslı davranıyoruz, biraz tebliğ gibi oluyor, yararlanmak için bu şekilde davranıyoruz daha önceki seminerlerde olduğu gibi.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Şu an için önümüze gelen böyle bir dava yok, ama ben gelebileceği düşüncesiyle gündeme getiriyorum, sizlerin de bu konudaki fikrinizi merak ediyorum. Şimdi asıl işveren, alt işveren ilişkisinde bugün gündeme işe iade davaları sonucunda işe iade davası açıldığında genellikle muvazaa iddiası gündeme geliyor ve muvazaa iddiasının kanıtlanması durumunda alt işveren işçisinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması gerektiği kabul ediliyor, artık bu Yargıtayın yerleşmiş bir kararı.

Ancak 5. maddedeki biraz önce avukat arkadaşımız dile getirdi, 5. maddenin 6. fıkrasındaki yaptırım iş ilişkisi devam ederken de ayrımcılığı yasakladığı için, iş ilişkisi devam ediyor, işçi taşeronun yanında çalışıyor ve bu bizim ders kitaplarında verdiğimiz klasik örneği düşünelim. Bir bant var, maden işyerinde çalışıyorlar, ayıklıyorlar madenleri. Bir tarafından kadrolu işçiler var devlete tabi, bir tarafta taşeron işçiler var, aynı işi yapıyorlar, bandın iki tarafından. Birisi 600 lira ücret alıyor, birisi 1800 lira ücret alıyor ve bunlar çalışırken bir dava açıp asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunu iddia edip baştan itibaren asıl işverenle ilişki kurulmasını ve bu şekilde çalıştırmanın bir ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürerek acaba 5. maddede mahrum edildikleri hakları, yani baştan itibaren o seviyeye çekmek suretiyle ücretlerini ve ayrımcılık tazminatlarını isteyebilirler mi, bu birinci sorum.

İkinci sorum, Yargıtayın bir kararından söz ettiniz, Avrupa Birliği direktiflerine atıf yaptığından söz ettik bu kararın, çok uygun bir karar. Çünkü Avrupa Birliği direktifinde ayrımcılıkla ilgili direktifinde kadın işçilerin doğumdan sonra işyerine dönmeleri durumunda eski işlerine veya eski işlerine uygun bir işe dönmeleri konusunda açık bir düzenleme var. Bu düzenleme Türk hukukuna aktarılmamış. Ancak anladığımız kadarıyla Yargıtay bunu Avrupa Birliğini referans göstermek suretiyle kabul etmiş. Aynı yorum tarzıyla şimdi kısmi çalışmalarda, part time çalışmalarda biliyorsunuz bir yönetmeliğimiz var, bu yönetmelik uyarınca fazla çalışma yapılması mümkün değil. Yine bu konuda Avrupa Birliğinin direktifleri var, yine bunun bir ayrımcılık teşkil ettiği ileri sürülerek acaba bunun aşılması mümkün mü, yani yönetmelikteki bu yasağın aşılması mümkün mü ve ayrımcılık tazminatının talep edilmesi mümkün mü? Mahrum edildiği, ben şu kadar fazla çalışma yapabiliyordum, ama işveren engelledi, bu sebeple mahrum olduğum haklarımı talep ediyorum diyebilir mi? Evet, bu ikinci sorum.

Üçüncü sorum, kadınlara ilişkin 14. maddede sözleşmenin feshedilmesi, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde feshedilmesi durumunda kıdem tazminatı isteyebileceğine ilişkin kuralı nasıl değerlendiriyorsunuz? Çünkü ben o konuda herkesten çok farklı düşünüyorum, sizin görüşünüzü öğrenmek istiyorum. Son şey de bu 5. maddedeki ayrımcılık ve eşit davranma borcuna aykırılık hususlarına ilişkin düzenleme, ona ilişkin soruları sordular ve örnekleri verdiler. O örnekten hareket edelim, acaba 30 tane erkek

işçi var, hepsine aynı ücret veriliyor, birisine farklı ücret veriliyor. Bunun ayrımcılık teşkil etmeyeceğini, bu sebeple 5. maddedeki tazminatın istenebileceğini söyledik. Siz kıyas yoluyla bir uygulamayı önerdiniz, ama oraya gitmeden acaba genel hükümlere gitmek suretiyle, genel hükümler uyarınca tazminat istenmesi mümkün olmaz mı? Son olarak şöyle bir örnek, bir tekstil atölyesi var, bayan işçi başlangıçta başı açık çalışıyor. Sonradan başını kapatmaya karar veriyor, başını kapatıyor, bir hafta bu şekilde çalışıyor. Bir hafta sonra sözleşmesi işveren tarafından feshediliyor ve kadın işçi başını örttüğüm için sözleşmem feshedildi gerekçesiyle dava açıyor. Bu bir ayrımcılık mı teşkil edecek, yoksa kişilik haklarına aykırılık mı söz konusu?

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Şimdi öncelikle muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçisi olarak görünen işçilerin her zaman için bir tespit davası açıp muvazaayı ispat edip asıl işverenin işçisi sayılması mümkün. Bu yapıldığı zaman zaten ne olacak? Başlangıçtan beri o işverenin işçisi olduğu için işveren onlara da aynı şekilde o ücret zammını, varsa yan ödemeleri yapmak zorunda kalacak. İş Kanunu'nun 5. maddesi gereğince ayrımcılık tazminatı ister mi? Bu da muvazaa olduğu için muvazaanın hukuki yaptırımı sonucunda zaten aynı duruma geliyorlar. Burada artık 5. madde kapsamında ayrıca bir talep hakkının ayrımcılık yasağı olarak bir şey talep edebileceklerini düşünmüyorum ben.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Daha düşük ücret ödemek üzere bunu yapıyor.

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Ama onun yaptırımı muvazaalı işlemin hukuken geçersiz sayılıp işçilerin asıl işverenin işçisi olarak sayılması ve yoksun kaldıkları hakların da başlangıçtan itibaren kendilerine verilmesiyle ben o hukuka aykırılığın ortadan kaldırıldığını düşünüyorum. Yönetmelikteki kısmi süreli iş akdiyle çalışanların fazla çalışma yapamayacağına dair düzenlemenin İş Kanunu'nun 13. maddesinde böyle bir düzenleme olmadığı için ve yönetmelikle daha daraltıcı bir düzenleme getirilmesinin isabetli olmadığı geçerlilik açısından değerlendirildiğinde bunun yasayı aşan bir hüküm olduğu için geçersiz sayılması gerektiğini, tabii ki kısmi süreli çalışan işçilere de fazla çalışma yaptırılabilceğini düşünüyorum. Oradaki mantık muhtemelen şey, yani kısmi süreli işçi istihdam edip aslında ihtiyacı olmamasına rağmen, yani işletme veya iş organizasyonuna bakıldığında orası full time'la yürütülmesi gereken bir yer. Ancak işveren birtakım yasal

yükümlülüklerden kaçmak, ücretin daha alt seviyelerde tutulması için kısmi süreli iş akdi yapıp arkasından bunlara fazla çalışma yaptırarak o full time'ı tamamlamayı engellemek olduğunu düşünüyorum yönetmeliğin bu hükmünün. Ancak kısmi süreli çalışanlar fazla çalışma yaptırılmadı bana diye iş akdinin türüne dayalı olarak bir hak talep edebilirler mi? Yönetmeliğin geçerli olup olmadığına göre bu soruya cevap vermek lazım. Eğer yönetmelik geçerlidir dersek, yani yasal bir düzenleme, bu sefer onun eşitlik ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekiyor böyle bir şey getirilebilir mi, ama başta dediğim gibi yasada olmayan bir hükmün yönetmelikle getirilmesinin mümkün olmadığından hareketle ben bunun geçersiz sayılması gerektiğini ve işçi de kabul ediyorsa fazla çalışma yaptırılabilirliğini düşünüyorum.

Şimdi kadının evlenmesinden sonra bir yıllık süre içerisinde kıdem tazminatı alması yönündeki hüküm bence kaldırılmalı. Neden kaldırılmalı? Çünkü bir taraftan çıkıp kadının işgücüne katılımı düşük, gittikçe de düşüyor deyip arkasından da böyle bir şey koyarsak bu birbiriyle örtüşmüyor. Şimdi kadın açısından mevzuata baktığımızda Anayasa'da da düzeltilmesi gereken bir sürü hüküm var. Siz bir tarafta eşittir diyorsunuz, arkasından geliyorsunuz Anayasa'nın bir maddesine diyorsunuz ki devlet kadınlara, küçükleri, özürllüleri, yani bunlarla bir arada korur diyorsunuz. Şimdi eşitlik ilkesi açısından bakıldığında, hani bütün ileri hukuk düzenlerinde de bakıldığında kadının korunduğu tek bir durum var, hamilelik ve doğum. Bunun haricinde kadın işgücünü ikincil nitelikte her zaman korunmaya muhtaç bir işgücü olarak görülmesini ben isabetli bulmuyorum, karşı çıkıyorum. Sadece doğum ve gebelik durumuna indirilmeli bu, hatta bazı ülkeler ILO'nun yeraltında çalıştırmaya ilişkin maddesinden bu maddeyi feshettiler, bu maddeden çıktılar. Yani kadın isterse yeraltında da çalışabilir bazı ülkelerde, Avrupa ülkelerinde. Şimdi burada kadını kadına rağmen koruma düşüncesi var. Yani sen kadınsın, aslında çalışmaman gerekir, ama biz işte böyle koruyacağız. Ben bunu çok yanlış buluyorum, o hüküm kaldırılmalı, yani o ve Anayasa'daki hüküm kaldırılmalı.

Şimdi İş Kanunu'nun 5. maddesiyle ilgili olarak, ona geçmeden önce Hocam, başörtüsüyle ilgili şeyi söyleyeyim. Şimdi burada Ali Nazım Hocanın da bir makalesi var, ondan tezimde de yararlandım. Şimdi burada yapılan işin niteliğine bakmak lazım. Şimdi öyle bir işyeri olabilir ki işveren orada başı örtülü şekilde işçi çalıştırmak istemeyebilir. Bu nasıl olur? Bu öyle bir iştir

ki hitap ettiği kitle, şirketin yürüttüğü iş, o işletmenin işveren tarafından nasıl yürütülmesi gerektiği, yani buna dair başörtülü yapılmaması gereken bir iş olabilir bu, öyle bir durum söz konusuysa, yani işletmenin sahip olduğu imajı toplumda değiştirecek bir durum söz konusuysa bunu işletmenin menfaatini gözeterek isteyebilir. Ancak sizin verdiğiniz örnekte bir tekstil atölyesinde bunun kişilik haklarına da aykırılık olduğu, hem de dini özgürlük anlamında, yani İş Kanunu'nun 5. maddesine baktığımızda ayrımcılık yarattığı söylenebilir. Ancak aynı örneği mesela bir özel okul olarak alsak özel okulun işte kendini konumlandığı yere dayalı olarak tabii ki türbanlı öğretmen çalıştırmamak isteyebilir. Türbanla ilgili Avrupa Birliğinde de birçok karar var, onlar eğitim kurumlarında ve genel olarak şu söyleniyor, bir kişinin dini inancıyla ilgili olarak herhangi bir işaret taşımaksızın, laiklik ilkesi gereği taşımaksızın bu görevini yapması gerektiği. Dolayısıyla böyle bir nitelik varsa, yani işyerinin, işletmenin toplumdaki imajı, yeri böyle bir durum, bu durum gereği başörtüsü takılmaması veya sırf başörtüsü değil, yani hani Yahudi olup o şapkayı takmak, Hıristiyan olup veya işte belli bir sakal tarzı bırakmak gibi şeyler eğer işletmenin imajını, işyerinin imajını sarsıyorsa ciddi anlamda böyle bir şey yapılabilir. Ancak bunlar dışında tabii dini özgürlüğün korunması anlamında ele alınması gerekiyor.

İş Kanunu'nun 5. maddesiyle ilgili Hocam, genel hüküm olmasıyla ilgili sorunuzu zahmet olmazsa bir daha alabilir miyim, buraya tam not alamadım.

**Prof. Dr. Şükran ERTÜRK-** Siz dar anlamda eşit davranma borcu olarak kabul ettiğiniz için 5. maddeyi sadece ayrımcılık durumunda, yani 1. fıkraya aykırılık varsa isteyebilir tazminatı, düzenlenen tazminatı. Dolayısıyla arkadaki avukat arkadaşımızın verdiği örnekte 30 tane işçi aynı ücreti alıyor, ama bir tanesine farklı ücret veriyor işveren, hepsi de erkek. Burada ayrımcılık tazminatını 5. maddeye göre isteyebilecek sizin fikriniz uyarınca. Siz kıyasen uygulamayı önerdiniz, ben de dedim ki kıyasen uygulamaya gitmeden acaba genel hükümlere göre eşit davranma borcuna da aykırı davrandığı için tazminat isteyebilir mi?

**Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ-** Genel hükümlere göre tazminat talep edebilmesi için maddi bir zarara uğradığını, yani ödenmeyen ücret dışında bir maddi zarara uğradığını ispat etmesi gerektiğinden böyle bir zarar yoksa Borçlar Kanunu uyarınca maddi tazminatın alınamaması söz konusu. Ma-

nevi tazminatta da zaten manevi açıdan bir zarara uğradığının ortaya konması gerekiyor. Dolayısıyla burada genel hükümlere dayalı, tabii, işçi her zaman genel hükümlere dayalı hak talep edebilir, ama genel hüküm dediğimiz zaman borçlar hukuku sistematüğinde işte zararı, o zarara uğradığını, bunları ispat etmese gerekiyor. 5. maddedeki tazminatla ilgili olarak ben maddede sadece ayrımcılık sebepleri ve o duruma dayalı olarak ayrımcılık tazminatı düzenlendiği için bu şekilde uygulandığını söyledim. Ancak benim görüşüm burada bir boşluk vardır denip yorum yoluyla, kıyas yoluyla bu konabilir. Yani eşit işlem yapma borcuna aykırılık durumlarında da tazminat talep edilebilir, ama dediğim gibi yasanın mevcut haline bakıldığında sadece ayrımcılık durumunda talep edilecek şu anda, yasaya baktığımızda mevcut durum bu.

**Doç. Dr. Murat ENGİN -Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi-**

Bu ayrımcılık yasağına ilişkin 5. maddeyle genel eşit davranma ilkesi ya da işverenin eşit işlem yapma borcu konusunda Gaye Hanım ve biraz önce Şükran Hanımla olan konuşmalarında şu tartışma geçiyor. Eşit işlem yapma borcuna aykırılık var, böylece işçi eşit işlem yapma borcuna aykırılık nedeniyle zarara uğrayan işçi ayrımcılık yasağına değil, sadece eşit işlem yapma borcuna. Buna dayanarak kıyasen 5. maddedeki tazminatı da isteyebilir görüşünü savunda. Şimdi bu görüşe çok katılamıyorum, şundan katılamıyorum, mutlak ayırım yasakları kanunda ayrıca ve açıkça düzenlenmiş bir hüküm. Şöyle bir örnek vereyim, diyelim ki 30 işçinin hepsi aynı kıdemde, aynı nitelikte beş işçi var, bunlardan dördü üç lira alıyor, bir tanesi iki lira alıyor. İki lira alan işçi ücret farkını dava yoluyla talep edebilir eşit işlem yapma borcuna aykırılıktan. Buna ayrıca 5. madde tazminatı uygulanacak mı? Kişisel kanaatime göre bunun uygulanabilmesi için, 5. maddedeki tazminatın ayrıca uygulanabilmesi için işçinin 5. maddede sayılan durumları ve benzerlerini, yani kadın olduğum için, hamile kadın olduğum için, cinsel tercihim farklı olduğu için, etnik kökenim bilmem şu olduğu için diyerek ayrıca ve açıkça iddia etmesi ve bunu 5. maddedeki ispat kurallarına göre ayrıca ve açıkça ispat etmesi gerekiyor diye düşünüyorum. Eğer böyle bir iddia ve ispat yoksa sadece nispi eşitlik ilkesine aykırılıktan, yani eşit davranma borcunun ihlalden doğan ücret farkını talep eder. Bu ücret farkı talebinin bir de 5. maddenin kapsamındaki hallerden birine dayandığını ayrıca ispat edebiliyorsa bunu da ayrıca isteyebilir diye düşünüyorum.

Bir konuda da feshe ilişkin olarak acaba iş güvencesi tazminatıyla 5. maddedeki tazminat aynı davada birlikte istenebilir mi? Bu konuda da kişisel kanaatim istenebileceği yönünde. Şöyle bir örnek vereyim, işletme, işletme gerekleri nedeniyle fesih yapacak, fesih hakkı doğmuş, gerçekten işletme gerekleri var, tutarlılık ve gereklilik denetimlerinden de geçecek şekilde işletme gerekleri nedeniyle fesih hakkı doğmuş. 20 işçiden dördünün sözleşmesi feshedilecek, aynı durumdaki 20 işçiden dördünün sözleşmesi, feshe muhatap olacak işçinin seçimi konusu. Burada işveren bu seçimi nasıl yapacak? Şimdi sosyal seçim kriterleri vardır Alman hukukunda, Yargıtay da bir dönem uyguladı, sonra zannediyorum bıraktı. Bizim hukukumuzda bu işçilerin nasıl seçileceğine dair açık bir düzenleme yok, bizim hukukumuzda işveren bu işçileri hakkın kötüye kullanılması yasağı ve 5. maddeyi ihlal etmemek kaydıyla serbestçe seçebilir, 20 işçiden dördünü. Diyebilir ki kıdemi şöyle olanlar veya emekliliği gelmiş olanlar, yani ayırım yasağı kapsamına girmeyecek şekilde. Ancak işveren şöyle bir seçim yaparsa, fırsat bu fırsat, işletme gerekleri nedeniyle dört kişinin sözleşmesini feshedebilirim. Şu kadının işçi hamile, bu kadın işçi de yeni evlendi, iki gün sonra bu da hamile kalır, bu da başıma dert olur, bu sendikalı, bunun da tipini pek beğenmiyorum, bunun cinsel tercihlerinde bir sorun var dedi, dördünü bir paket yaptı, iş sözleşmesini feshetti.

Şimdi burada mahkemenin önüne geldi, işçiler de iddia ettiler, dediler ki işletme gerekleri nedeniyle fesih geçersizdir, haklı fesih geçersizdir, iki, bize ayrımcılık yapıldı. Burada şu sorun ortaya çıkıyor, mahkeme öncelikle neyi denetleyecek, işletme gerekleriyle feshin geçerli olup olmadığını. Burada da üç ihtimal var, fesih geçersizdir, mahkeme o sonuca vardı, işletme gerekleri nedeniyle fesih geçersizdir, tutarlılık denetimi, gereklilik denetimi, ayrıca ayırım yapma yasağı ihlal edilmiştir. Bence burada iş güvencesi tazminatıyla 5. maddeye ilişkin tazminat ayrı ayrı talep edilebilir ve mahkeme buna hükmedebilir. Buna nereden varıyorum? Bir de şuradan varıyorum, mesela sendikal tazminat, 31. maddedeki tazminat İş Kanunu madde 5'de 31'e atıf yaparak 31. madde hükümleri saklıdır diyor. 31. maddeye gidildiğinde de sendikal nedenle fesih varsa orada da açıkça diyor ki 31. maddedeki en az bir yıllık ücret tutarında tazminat aynı zamanda iş güvencesi tazminatını da kapsar. Yani en az bir yıllık tazminata hükmedilir, bu aynı zamanda iş güvencesi tazminatını da kapsar diyor. Aksiyle kavram yönteminden, yani

mefhumu muhalifinden hareketle şunu diyebilirim, sendikal nedenle fesih de aslında 5. madde kapsamına giren bir durumdur, ama özel olarak kanun bunu 31. maddede düzenliyor ve özel bir hükümlerle de tazminatın nasıl verileceğini hükme bağlıyor. Ayrımcılık teşkil eden diğer hallerdeyse böyle bir özel düzenleme olmadığı için ve iki ayrı ihlal olduğu için, bir, işe iade, iş güvencesi sisteminin ihlalinin tazminatı, iş güvencesi tazminatı, iki, yasanın ayrı bir menfaat olarak koruduğu ayrımcılık yasağının ihlali nedeniyle bir ikinci tazminat da, en az dört aylık ücret tutarındaki tazminat da ayrıca istenebilir kanısındayım.

Burada tabii şu sorun da çıkıyor, iş güvencesi tazminatı dörtle sekiz aylık, orada takdir hakkı var. Acaba hâkim şunu diyebilir mi, der mi, iş güvencesi tazminatını kıdemine göre baktı, dört aylık ücret tutarı. Bir de ayrımcılığa uğramış, bunu sekiz aydan hükmedelim mi diyecek, yoksa ikisinin kıstaslarını tamamen birbirinden bağımsız tutup işçinin kıdemine baktı, dedi ki altı aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı, artı ayrımcılığa uğradığı için dört aylık ayrımcılık tazminatı mı diyecek? Bence herhalde ikisinin kıstaslarını ayrı tutup ayrı ayrı hükmetmek gerekiyor. Kanun'un tabii bu yapısı biraz karışık, mesela 18. maddede de açıkça sayıyor, şu şu haller, tabii onlar neyin denetiminin konusu? Tutarlılık denetiminde yapılacak, yani işçi şikâyet yollarına başvurdu mu? Eski kötü niyet tazminatında hükmedilen halleri 18. madde saymış, bu durumda zaten işe iade kararı çıkacak. 5. maddeyle kötü niyet tazminatı birbirine çok karışıyor, eski 1475 Sayılı Kanun döneminde şimdi ayrımcılık yasağı kapsamına giren hallerde kötü niyet tazminatına hükmediliyordu. 5. maddenin kapsamınıysa bugün ayırmak gerekiyor. Mesela şikâyet yollarına başvurduğu için işçi eğer sözleşmesi feshedilirse bu eski kötü niyet tazminatı konusuna giren bir şey, şikâyet yollarına başvurmak. Anacak ayrımcılık yasağı belirli bazı kategorileri düzenliyor, kişi hallerini. Gaye Hanımın dediği gibi kişinin kendisinin değiştiremeyeceği, değiştirmesi beklenemeyecek olan, istenemeyecek olan veya doğal haller, dini, rengi, etnik kökeni, ırkı, kadın veya erkek oluşu, cinsel tercihinin şöyle veya böyle olması gibi halleri düzenliyor. Dolayısıyla bazen gerçekten kafa karışıklığına yol açmakla birlikte ayırım yasağıyla kötü niyet birbirinden ayrılıp kötü niyet tazminatına giren haller, ayrımcılık yasağı kapsamına giren haller iş güvencesi tazminatının konusudur, aslında birbirinden ayrılabilir durumdadır şu anda diye düşünüyorum. Teşekkür

ederim.

**Osman Güven ÇANKAYA- Oturum Başkanı-** Şimdi son sözü 9. Hukuk Dairesi'nin Sayın Başkanı Kılıçoğlu'na veriyorum. Buyurun Kılıçoğlu.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı-** Sayın Başkan, değerli konuklar, tekrar sizi saygıyla selamlıyorum. Değerli Hocamız güzel tebliği, bir kere tebliğin sınırları son derece geniş, biraz da tartışma çok gerektiren bir alan. Yalnız yurtiçi değil, yurtdışında da tartışılabilen konuları ve hala sınırları ve unsurları üzerinde birliktelik olmayan bir konuyu çok güzel, anlamlı ve gerekli derinlikte değerlendirdi. Kendisine teşekkür ediyorum.

Şimdi son konuşmacıyım, ama biraz sabrınıza sığınacağım, kendime özgü bazı düşüncelerimi ve Dairenin uygulamasına ilişkin düşüncelerimi aktarmaya çalışacağım. Şimdi tebliğin başı ayrım yasağı, ayrım yasağı olduğuna göre bir ayrım yasağından biraz söz edeyim. Yani Dairemizin ve benim anlayışım ve doktrinin anlayışı konusunda biraz söz etmek istiyorum. Ayrım yasağının temelinde nedir, fark gözetme, ikincisi farklı davranma. Her ikisini özetleyecek olursak fark gözetmenin, yani fark göstermenin sübjektifliği. Tersî yorumla ne diyeceğiz burada? Sübjektif davranılmasın, objektif davranılсын. O halde nerede objektiflik var, orada ayrımcılıktan söz etmek biraz zorlaşacak. Tarihsel süreç içerisinde Sayın Hocamızın da kitabında ve tebliğinde var oluşu üzerine ayrımcılık önce antik dönemde son derece yoğun şekilde yapılmaktadır. Nedir? Kölelere efendilerle eşit haklar vermemekte. Süreç içerisinde Roma hukukuna gelindiğinde Romalılar biraz da ilahi, yani tanrısal bir şeyle dini bir yaklaşımda bulunmuşlar, ama bir türlü kölelerinden vazgeçmemişler. Biraz Jüntisyanus döneminde bazı somut adımlar atılmış, gele gele 1789 Fransız İhtilalinde özgürlük, eşitlik, kardeşlik kavramı altında bir düzenlemeye tabî tutulmuş. Süreç içerisinde işte Marks'ın yaklaşımı, sosyoekonomik yaklaşımı esas alınmış ve nihayet günümüzde kanun önünde eşitlik kavramıyla ayrımcılık bir sonuca varmıştır. Şimdi asıl ayrımcılığın hukuki, yasal dayanağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi. Bu maddede şu ifadeler yer alıyor, bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma özellikle cinsiyet, ırk, renk, din, siyasal veya diğer konjonktürel ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlığa mensupluluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrım yapılamaz. Şimdi bu 14. madde bizim için bağlayıcı, çünkü imzaladık. Ancak

12 nolu protokolü henüz bizim için bağlayıcı değil. Onu okuduğumuz zaman ayrımcılık yasağının son derece genişleyeceğini, süreç içerisinde önümüzdeki günlerde son derece genişleyeceği düşüncesindeyim.

Şimdi Avrupa İnsan Hakları ayrımcılıkla ilgili bir olay geldiğinde şikâyet konusu bir hakkın kapsamına girip girmediğini olayın, birinci derecede ona bakacak. İkinci derecede şikâyet konusu benzer durumlarda bireyler arasında hak ve özgürlüklerden yararlanmada fark gözetilip gözetilmediği. Üçüncü olarak da fark varsa meşru bir amaç gözetilip gözetilmediği. Dördüncü olarak muameledeki farklı egemen devletin takdir yetkisini aşp aşmadığı şeklinde bir kriter koymuştur. Burada tabii ölçülülük kriteri ki bizim uygulamamızda var, önemli bir kriter. Şimdi buradan, ayrımcılıktan eşitliğe gelelim. Gerçi tartışmalı bu, ayrımcılık mı daha geniştir, yoksa eşitlik mi, ama genel olarak doktrinde kabul edilen şey ayrımcılık eşitliğin bir enstrümanıdır. Yani ayrımcılıktan hareket ederek eşitliğe varılacak. Burada eşitlik hangi eşitlik? Burada iki türlü eşitlik var, birincisi hukuk eşitlik, yani hukuki muamelelerde benzer olaylarda benzer davranacaksınız. İkinciysiyse gerçek eşitlik, farklı işlemlerde de farklı davranacaksınız. Anayasa'nın 10. maddesi aslında bunun Sayın Hocamızın ifade ettiği gibi değerlendirmiş ve mükemmel Anayasa Mahkemesi kararları bulunmaktadır. Yani diyor ki, farklı olaylarda farklı davranacaksınız. Yani eşitler arasında eşitliği gözeteceksin diyor.

Şimdi Dairemizin uygulamalarına gelince, örneğin bir dosyada, bir davada, bunlar hep kesinleşmiş ve sonuçlanmış, işçilerin bir bölümü sendikadan istifa ediyorlar, dolayısıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklar. Fakat işveren diyelim 10 kişimi sendikadan ayrıldı, bunların bazılarını toplu iş sözleşmesindeki kıdem tazminatı süresi 45 günse 45 günden yararlandırıyor, bazılarıymısa siz nasılsa sendikadan çıktınız, size 30 gün veriyorum diyerek bir farklı uygulama gitti. Biz eşit işlem borcuna aykırılık nedeniyle tüm işçilerin işte 45 gün üzerinden, yani bu ayırım yapılışı nedeniyle 30 gün üzerinden yapılanlara 45 gün üzerinden hesap edilsin dedik ve Hukuk Genel Kurulu kararı da bizim bu düşüncemizi benimsedi. Yine ilkesel olarak aynı statüde olmayan işçiler arasında farklı muamele yapılabileceği. Yani statüleri farklı, biri mühendis, diğeri vasıfsız işçi, bunlar arasında artık eşitlikten söz edemeyiz veya bir ayrımcılık yapıldığından söz edemeyiz. Bu arada buna geçmeden önce 5. madde hakkında kısa da bir

bilgi vereyim. Şimdi 5. madde bizdeki normatif temel düzenleme. Temel düzenleme aslında işe girerken bir, çalışırken iki, fesihte eşitliği düzenlemiştir. Bu eşitlik yapılırken işte bu 14. madde ve Avrupa yönergelerindeki temel farklılıkları, yani farklı davranamazsın şeklinde cinsiyet, ırk, din, dil, bu farklılıklar yapılamaz şeklinde bir ifadesi var. Bizim için sorun işe alınmada acaba eşitlik ilkesine aykırılıkta Hocamızın belirttiği gibi culpa in contrahendo ilkesinden yararlanarak 5. madde işletilebilir mi problemiyle karşılaşırız. Biz bu yılki kararlarımızın bir bölümünde culpa in contrahendo ilkesini bazı içtihatlarla uyguladık. Ancak daha henüz işe alınmada bu farklı, yani işe alınmada eşitlik ilkesine aykırı davranış konusunda bir kararımız somut olarak bulunmamaktadır. Biz culpa in contrahendo'yu başka, sözleşmenin görüşmeleri nedeniyle, görüşme sırasında yapılan uyuşmazlıklar nedeniyle Dairemizin görevine soktuk. Çünkü bir görev sıkıntısı vardı, o görevi sessizce, yumuşak bir şekilde halletmeye uğraştık ve hallettik.

Elbette ki iş sözleşmesinin devamı sırasında 5. maddeye aykırılıkta orada bir sorun yok. Fesihte bazı sorunlar olmakta, fesihte nasıl sorun, Sayın Hocamız bazı içtihatlardan söz etti, bir kavga olayı var, bu kavga olayında iki işçi kavga ediyor, kusurlu olmasına rağmen birini çıkarıyor. Yani asıl kusurlu olanı çıkarmıyor, az kusurlu olanı çıkarıyor. Böyle hallerde diyoruz ki sen diğerini de çıkardın mı, yani dosyadan ona bakıyoruz, eğer çıkarmamışsa eşit işlem borcuna aykırılık nedeniyle işe iade davalarında eğer işe iade davası varsa işe iade ediyoruz, değilse kıdem, ihbar tazminatı isteklerini kabul ediyoruz. Bir problemlili, üzerinde durulması gereken konu, şimdi yeni davalar açılıyor toplu iş sözleşmesinde 5. maddeye aykırılıklar var şeklinde. Sayın Hocamız ifade de etti, yalnız 5. maddeyi son derece geniş uyguladığımız takdirde toplu iş sözleşmesi düzeni alt üst olur. Bir tarafta sendika, bir tarafta işveren veya işveren sendikası, bunlar özgür iradeleriyle bir toplu iş sözleşmesine imza atıyorlar ve genelde bize şu ana kadar gelenler o 5. maddenin spesifik uygulaması değil de, efendim şu şu kişiler bizden fazla toplu iş sözleşmesinde ücret belirlenmiş şekliyle geliyor. Fakat toplu iş sözleşmesini incelediğimizde bir tarafta, o ücret skalasının bir tarafından artılar var, diğer tarafta eksiler var, bir denkleştirmeye gidildiği görülüyor. Ancak 5. maddenin sınırlarına dediğim gibi içerisindeki unsurlar üzerinde yoğunlaşarak karar vermek gerekir. Aksi halde 5. maddenin çok geniş ele alınması halinde bizim yargıç olarak, Daire olarak amacımız bir dengeyi gözetmek.

Bir tarafın ekonomik mahvına sebep olacak bir uygulama, özellikle toplu iş sözleşmesinden doğan faizler dikkate alındığında bir tarafın mahvına neden olacak olumsuz sonuçları da düşünmek zorundayız. Hak evet, verilecek, ama denge gözetilecek. Sabahki Değerli Hocamız çok güzel tespitlerde bulundu, diyor ki, bir tarafta hukuk sosyolojisi, bir tarafta ekonomi, bir tarafta da hukukçu. Hukukçu bunların üçüncü birden düşünmek zorunda, aksi halde kabul edilemez sonuçlarla karşılaşırız ki bu özlenen bir sonuç olmaz diye düşünüyorum.

Hemen sırası gelmişken onu söyleyeyim, yani 5. maddenin unsurlarının bir olayda spesifik olarak olması halinde elbette ki 5. maddenin sonuçlarına göre tazminata hükmetmek gerekir. Ancak biz bunu bir soruda geldi, sendikal işten çıkarma var, bunun içerisine nasıl giderilebilir şeklinde. Biz tazminatları arttırmak şekliyle bir çözüm bulduk, ama doğru çözüm kanımca, ama bu kişisel, bunun hukuki unsurlarının ve gerekçelerinin farklı oluşu nedeniyle ayrı ayrı gösterilmesinde kanımca daha uygun bir çözüm olur diye düşünüyorum. Bu konuda da arkadaşlarımızla sık sık görüşüyoruz. Hamilelik nedeniyle fesihleri biz bu yasa olmadan önce de bir ayrımcılık olarak, yani 4857 Sayılı Yasa'da 5. madde olmadan önce de biz ayrımcılık olarak kabul ediyorduk ve içtihatlarımız Avrupa yönergeleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde işlediğimiz gibi somut olarak mezhep farklılıkları, cinsiyet farklılıkları gibi tüm farklılıklar karşısında 5. maddeyi işletmekteyiz. Asıl işveren alt işverenle ilgili bizde çok sayıda seri dosyalar gelmekte. Biz önce muvazaa kavramını öne çıkardık. Ancak diyelim ki bir hastane, hastanede temizlik işçileri var, fakat bir bölümüne diyelim ki hastabakıcılık yaptırıyorlar. Biz burada alt işveren sözleşmesinin unsurları yoktur diyerek unsurları yoktur kavramına da işlerlik kazandırdık. Şimdi bunun yanında bir de ayrıca ayrımcılık yasağıyla ilgili 5. maddeyi uyguladığımız takdirde ki kanımca bunun yeri yok, zaten biz muvazaa kabul ettiğimiz zaman asıl işverenin toplu iş sözleşmesinden yararlandırıyoruz. Ayrıca bu işlem yapılırken aslında teknik olarak 5. maddenin unsurlarına aykırı hareket etmek amacıyla işveren hareket etmiyor. Burada birtakım ekonomik saikler var. Çünkü 5. madde çok ciddi bir olay, insani açıdan, felsefi açıdan, dünyaya bakış açısından bir farklılık getiriyor. Dolayısıyla ayrıca 5. maddenin uygulanması düşüncesinde değilim.

Şimdi biz fazla çalışma açısından, part time çalışsa dahi fazla çalış-

manın koşulları varsa biz veriyoruz bu konuda bir şey. İşveren yaptır-  
mıyorsa, o da onun yönetim hakkı. Burada sanki 5. maddenin koşulları  
yoktur diye düşünüyorum. Kıdem tazminatı olayında evli kadının bir yıl  
içerisinde feshetmesi halinde kıdem verilir mi, verilmez mi? Kadın işçi,  
hangi işçi? Türk kadını. Türk kadını genel olarak, yani dediğim gibi hu-  
kuk sosyolojisini eğer gözden veya sosyolojik olarak da iş hukukuna yak-  
laşmadığı takdirde bazı sıkıntılar sanki doğar. Türk kadını fabrikada ça-  
lıştır, bekârsa eve geldiğinde annesi babası der ki, bu bana para getiriyor,  
bizi rahatlatıyor, canım kızım diyor, önüne yemeğini, her türlü rahatlığını  
sağlıyor. Evlendi mi, yandı. Fabrikadan döner, eş akşama kadar genelde  
kahvede kâğıt oynasa dahi hani yemek. Şimdi burada katlamalı bir sıkıntı  
var. Önce kadın işçi Türk toplumunun gözü önünde kadındır, ev işleriyle  
ilgilenecek, ondan sonra çalışıyorsa çalışsın. Şimdi bizim bu olaya yakla-  
şımımız şöyle, hatta evlendikten sonra iş sözleşmesini feshedip başka bir  
işe girmesi durumunda dahi biz kıdem tazminatını veriyoruz. Çünkü belki  
daha rahat ortama gelmek istiyor, bazı erkekler de diyor ki, eşimin ça-  
lışmasını istemiyorum. Böyle durumlarda kadını düşünmek zorundayız.  
Avrupa'daki kadın modeli başka, Türkiye'deki sosyal gerçekler, realite-  
ler başka, dolayısıyla biz bu realiteleri gözümüzün önünde bulundurmak  
zorundayız. Burada kadın erkek eşitliğine gidiyoruz diye bu haktan onu  
yasal yolla engellemek bana göre doğru değildir. Bu kişisel düşüncemdir.  
Evet, konular çok, fakat saat de gecikti.

**Osman Güven ÇANKAYA- Oturum Başkanı-** Burada bir konuda ben  
eski bir Daire mensubu olarak ve şu anda da Daire aynı görüşü sürdürdüğü  
için görüşümü bildirmek istiyorum. Şimdi özellikle 5. maddedeki tazminat,  
21. maddedeki tazminat ve bir de kötü niyet tazminatı, aynı eyleme dayanan  
bir fiil varsa bizim Hukuk Genel Kurulu'ndan da geçen hep kararlarımızda  
bir benzetmemiz vardır. Aynı fiil aynı şeye dayanıyorsa aynı koyundan iki  
post, üç post çıkmaz deriz. Yargıtayın uygulaması budur, Sayın yeni Başkan  
farklı düşünüyor, onu da yumuşak şekilde de açıkladı, ama Daire çoğunlu-  
ğu farklı düşünüyor. Yakın zamanda da ben şahsen görüşünü değiştirmesi  
gerektiği kanısında değilim.

Şimdi sizlerle iki gün beraber olduk, hakikaten ben emeklilikten sonra  
bir daha beraber olmayız diye düşünmüştüm, hatta veda da etmiştim, ama  
sizlerden ayrılmak mümkün olmuyor. Hakikaten bizim için de büyük deği-

şiklik oluyor. Yani ben çok mutlu oldum, hepinize çok teşekkür ediyorum. Şimdi adet olduğu vecihle kapanış konuşmasını yapmak üzere İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanını kürsüye davet ediyorum.

**Av. Ahmet Şükrü EYMİRLİOĞLU-** Yüce Yargıtay'ımızın Değerli Başkanları, Sayın Yargıtay Üyelerimiz, sayın yargıçlarımız, sayın meslektaşlarım, değerli katılımcılar; bu yıl 14.'sünü gerçekleştirdiğimiz Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu'nun ortak çalışması olan İş Hukuku'nda Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri toplantımızın sonuna geldik. Başarıyla gerçekleştirdiğimiz düşünüyorum, özellikle hava koşullarının çok da elverişli olmadığı bu ortamda bu salonda toplanarak iş hukukuna verdiğiniz gönül bağını gösterdiğiniz için de hepinize teşekkür ve minnet borçlarımı sunmak istiyorum. Bir sonraki sempozyumda görüşebilmek umut ve dileğiyle hepinize tekrar teşekkür ediyorum. Sağ olun, var olun.

## **KAYNAKLAR (Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN)**

*Akın, Levent*, “Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Tek Çatı Uygulaması Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türk-İş D.*, Temmuz-Ağustos 2004, s. 61-66.

*Akın, Levent*, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, *Çalışma ve Toplum D.*, Sayı: 2006/1, s. 26-49.

*Akın, Levent*, Tek Çatı Öncesi ve Sonrasında İsteğe Bağlı Sigortalılık, *Mercek*, Temmuz 2006, s.165-182.

*Alper, Yusuf, İptal*, Bir Fırsata Dönüştürülmelidir, *Çimento İşveren Mart 2007*, Sayı:2, Cilt:21, s. 4-19.

*Alper, Yusuf*, “Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform: Temel esaslar ve tartışmalar”, *İşveren D.*, Kasım 2005, s.54-59.

*Alper, Yusuf*, “Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları”, *Türk-İş d.*, Temmuz-Ağustos 2004, s.33-45.

*Alper, Yusuf*, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform: Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve Kurumsal Değerlendirme Analizi, *Mercek*, Temmuz 2006, s.40-55.

**Araslı**, Utkan, Anayasa Mahkemesi İptal Kararı ve Sosyal Güvenlikte Gelişen Son Durum, *Sicil Dergisi 2007*, Sayı:5, s. 130-139.

**Arıcı**, Kadir, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, *TİSK Akademi 2207/1*, Cilt:2, Sayı:3, s. 6-25.

*Başterzi, Fatma*, Türk Emeklilik Sisteminde Reform, *Mercek*, Temmuz 2006, s.183-197.

*Başterzi, Fatma*, Yaşlılık Sigortası, *TİSK Yayınları*, Yayın No:275, Ankara 2006.

*Caniklioğlu, Nurşen*, “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hak ve Yükümlülükleri”, *Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu Sempozyumu, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul 2006 (Sosyal Sigorta Hak ve Yükümlülükleri)*.

*Caniklioğlu, Nurşen*, 5510 SAYILI KANUN'A Göre Malullük Aylığı, *Sicil D.*, Eylül 2006, s. 145-161.

*Caniklioğlu, Nurşen*, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, *Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri 7-8 Aralık 2006*, Ankara, *TİSK Yayın No: 284*, s.191-226.

*Dalbay, Özkan*, Sosyal Sigortalar Kurumu'na (SSK) Tabi Çalışanlar Açısından Yeni Sosyal Güvenlik Sisteminin Değerlendirilmesi, *Mercek*, Temmuz 2006, 56-62.

*Ekmekçi, Ömer*, “Emeklilik Sigortası Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine”, *Toprak İşveren D.*, Mart 2005, s.9-14.

*Erbaş, Coşkun*, Sosyal Güvenlik Kavramının Tarihi Gelişimi ve 5510 Sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesi'nce İptali Karşısında Yeniden Yapılanma Fırsatı Üzerine Düşünceler, *Sicil Dergisi Mart 2007*, Sayı:5, s. 125-129.

*Ergin, Hediye*, İptalle Gelen Sorun: Reformdan Geriye Ne Kaldı? Anayasa

Mahkemesi'nin 15.12.2006 Tarihli Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, TİSK Akademi 2007/I, Cilt:2, Sayı:3, s. 27-65.

*Ergin*, Hediye, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme, Legal İSGHD 2007 Sayı: 13, s. 222-280.

*Ergin*, Hediye, Yeni Sistemde Yaşlılık Aylığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, s.178-190.

*Gerek*, Nüvit, Sosyal Güvenlik Uygulamalarında Ölüm Sigortasından Bağlanan Aylıklar Açısından SSK, Bağ-Kur ve T.C. Emekli Sandığı Arasındaki Farklı Yaklaşım, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, s. 141- 150.

*Gönencan*, Zahit, "Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları", İşveren D., Kasım 2005, s.38-41.

*Güzel*, Ali, 4447 Sayılı Kanun İle 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, NuriÇelik'e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2001, s. 1833- 1862.

*Güzel*, Ali, Türk Sosyal Güvenlik sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm mü?, Çalışma ve Toplum, 2005/4, s. 61-76.

*Güzel*, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008.

*Işıklı*, Alpaslan, "Sosyal Güvenliğin Sonu mu?", Türk-İş D., Temmuz-Ağustos, 2004, s.46-52.

*Kılıçdaroğlu*, Kemal, "Sosyal Güvenlik Sisteminin Yeniden Yapılanması", Türk-İş D., Temmuz-Ağustos 2004, s.26-32.

*Kuruca*, Mustafa, Tüm Yönleriyle Emeklilik, Ankara 2004.

*Okur*, Ali Rıza, "Çok Çatı, tek Çatı, Yok Çatı", Türk-İş Dergisi, Ağustos 2004, Sayı 362.

*Okur*, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Önerisi Konusundaki Görüşlerimiz, 9-10 Eylül 2004, Türk-İş'e sunulan rapor.

*Okur*, Ali Rıza, "Sosyal Güvenlikte Neler Oluyor", Güncel Hukuk, Şubat 2005, Sayı 14.

*Okur*, Ali Rıza, "Çatıdan Temele Sosyal Güvenlik Reformu", İşveren, Şubat 2005.

*Okur*, Ali Rıza, "Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları", Çalışma ve Toplum, 2006/1, s.106-146.

*Okur*, Ali Rıza, Sorunları ile Gelen Reform, Mercek, Temmuz 2006, s.17-30.

*Okur*, Ali Rıza, Genel Sağlık Sigortası, 11 Haziran 2005, Galatasaray Üniversitesinde Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma Seminerine sunulan tebliğ.

*Okur*, Ali Rıza/*Ergin*, Hediye, Tek Çatı Tek Yasadan, Tek Çatı Çok Yasaya, İşveren D., Aralık 2006, s. 32-39.

*Okur*, Ali Rıza/*Ergin*, Hediye, 5510 Sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, 2007, Sayı:16, s. 1441-1470.

*Serdaroğlu*, Adnan, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı, Sosyal Güvenlik ve Siyasal Rejim Sorunu, Mercek Ocak 2007, s.49-55.

Sözer, Ali Nazım, “Genel Sağlık ve Emeklilik Sigortası Sistemleri ile Sosyal Yardım ve Hizmetler Kanun Tasarı Taslakları Hakkında”, Türk-İş D., Temmuz-Ağustos, 2004, s.56-60.

Sözer, Ali Nazım, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun Sosyal Sigortalar İlişkin Hükümleri Üzerine (506 SK. Bakımından Kısa Bir Değerlendirme), Mercek, Temmuz 2006,s.127-143.

Şakar, Müjdat, SSK’lıların Adı “4/a’lı” Oldu, Mercek, Temmuz 2006, s.86-100.

Şakar, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 8. Bası, İstanbul 2006.

Tozan, Celal, “Sosyal Güvenlik Reformu Adı Altında Yapılan Düzenlemeler Sistemin Sorunlarını Çözecek mi?”, İşveren D., Kasım 2005, s.35-37.

Tuncay, Can, “Türk Emeklilik Sisteminde Reform Projesinin Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren, Mart 2005, s.4-17.

Tuncay, Can, Yeni Sistemde Fiili Çalışma İlişkinine Dayanmayan Sigortalılık, Mercek, Temmuz 2006, s.68-75.

**Tuncay**, Can/**Ekmekçi**, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku’nun Esasları, İstanbul 2008.

**Tunçomağ**, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. Bası, İstanbul 1990.

**Yorgun**, Sayım, 5510 Sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı ve Çatırdayan Norm ve Standart Birliği, TİSK Akademi 2007/II, Cilt:2, Sayı:4, s. 126-145.

## KAYNAKÇA (Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu Yıldız)

*AKI, Erol:* İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, 283-321.

*AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut:* Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmüleri Kişiler Hukuku, C.1, B.5, İstanbul 2004.

*ALP, Mustafa:* Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir?, Legal YKİ, C.1, S.2, 2006, 141-158.

*ALP, Mustafa:* Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi, Legal YKİ, C.2, S.4, 2007, 171-189. (Yaş Sınırı)

*ALPAGUT, Gülsevil:* İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, (İş Güvencesi), III. Yılında İş Yasası Semineri, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, 200-251. (Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını)

*ALPAGUT, Gülsevil:* İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, (Haklı-Geçerli Neden Ayrımı), Sicil, Mart 2006, S.1, 71-83.

*ALPAGUT, Gülsevil:* İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 75-121. (2005 Yılı Karar Değerlendirmesi)

*ARTUK, Mehmet Emin:* Cinsel Taciz Suçu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, 29-43.

*ARTUK, Mehmet Emin /GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner:* 5237 SAYILI KANUN'A Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.B, Ankara 2006.

*AYDIN, Ufuk:* İş Hukuku'nda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002.

*BAKIRCI, Kadriye:* İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000.

*BAKIRCI, Kadriye:* İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötü niyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil, Haziran 2006, S.2, 114-121.(Ayrımcılık Tazminatı).

*BAKIRCI, Kadriye:* İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, Sicil, S.8, Aralık 2007, 22-41. (Cinsiyetler Arası Eşitlik)

*BARNARD, Catherine:* EC Employment Law, 3 rd ed., 2006 USA

*BAŞTERZİ, Süleyman:* Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi İşığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, 119-190.

*BAYRAM, Fuat:* Sendikal Fesih Karinesi, (Sendikal Fesih), Legal İSGHD, 2006, C.3, S.12, 1221-1249.

*BAYRAM, Fuat:* AB İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekliliği Değişiklikler, (AB İlerleme Raporları), Legal İSGHD, 2007, C.4, S.13, 51-96.

*BAYRAM, Fuat:* İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), (Karar incelemesi), Le-

gal YKİ, 2007, C.2, S.3, 95-106.

BLANPAIN, Roger: European Labour Law, B.9, Hollanda 2003.

CENTEL, Tankut: İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1992.

ÇANKAYA, Osman Güven/ GÜNAY, Cevdet İlhan/ GÖKTAŞ, Seracettin: Türk İş Hukuku'nda İşe İade Davaları, Ankara 2005.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.19, İstanbul 2006.

ÇELİK, Nuri: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, (Eşit Davranma), Sicil, Aralık 2006, S.4, 5-12.

ÇELİK, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, C.4, S.14, 485-496. (Tazminatlar)

ÇİL, Şahin: Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat, Legal İSGHD, C.2, S.6, 665-678.

ÇİL, Şahin: Geçerli Nedene Dayanan Fesihle İşverenin Eşit Davranma Borcu, Legal YKİ, S.5, 2007, 293-311. (Fesihle Eşit Davranma Borcu).

DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, B.4, İzmir 2005. (İş Hukuku)

DEMİR, Fevzi: Emekliliğe Hak Kazanmış ve 55 Yaşını Doldurmuş İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi Uyarınca İş Sözleşmelerinin Feshedilmesi, Sicil, S.8, 2007, 110-127. (Yaş).

EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B.4, Ankara 1993.

EKMEKÇİ, Ömer: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara 2005, 11-57. (2003 Yılı Karar Değerlendirmesi).

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1984.

EKONOMİ, Münir: Grevde Geçen Sürenin Kıdemden Sayılmaması, İHU, İşK.14 (No.17).

EKONOMİ, Münir: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Emsal Kararları, Kamu-İş Yayını, Ankara 2000.

EKONOMİ, Münir: Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Legal YKİ, C.1, S.2, 2006, 125-140. (Yaş Sınırı ve Emeklilik)

ENGİN, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.7, İstanbul 2001

ERGİN, Hediye: Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İSGHD, 2007, C.4, S.14, 635-664.

ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002.

ERTÜRK, Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008. (Kadın Erkek Eşitliği)

EUROPEAN COMMISSION: Equality And Non-Discrimination, Annual Report 2005 Belçika 2005. (Annual Report 2005)

EUROPEAN COMMISSION: Combating Discrimination, A Training Manual, İtaya 2006. (Combating Discrimination)

*European Anti-Discrimination Law Review*, S.5, Temmuz 2007.

EYRENCİ, Öner: İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı, 239-262, İstanbul 1991.

EYRENCİ, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, (Yeni Düzenlemeler) Legal İSGHD, C.1, S.1, 15-56.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006.

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2005.

GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, B.4, Ankara 1996.

GÜZEL, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, 15-145.

GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987. (İşyeri Devri)

GÜZEL, Ali: İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1, S.4, 159-182. (Keyfilik Denetimi)

GÜZEL, Ali: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 11-71. (2005 Yılı Karar Değerlendirmesi)

HERNU, Rémy: Principe D'Égalité et Principe de Non-Discrimination Dans La Jurisprudence De La Cour De Justice Des Communautés Européennes, 2003 Paris.

HIRSCH, Ernst E.: Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, Ankara 1972, 1-13.

İNCEOĞLU, Sibel: Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, 45-61.

KAPLAN, Emine Tuncay Senyen: Kadın İşçinin İş İlişkisinde Doğan Hakları ve Korunması, Hukukta Kadın Sempozyumu, 30 Eylül-1 Ekim 1999, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü yayını, Ankara 2000, 98-123.

KAYA, Pir Ali: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Ankara-2007.

KAYA, Pir Ali: Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukuku'ndaki YeriMercek, Nisan 2005, 144-152. (Makale)

KESEK, Hakan: 4857 Sayılı İş Kanun'un Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004.37-73.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, B.2, Ankara 2005.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku C.I, B.3, İzmir 1998.

*NARMANLIOĞLU, Ünal:* Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000*, Ankara 2002, 29-89. (2000 Yılı Karar Değerlendirmesi)

*NARMANLIOĞLU, Ünal:* İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikâl Tazminat Talebi, (Sendikâl Tazminat), *Legal İSGHD, C.2, S.5, 239-251.*

*NIORT, Jean-François, Personne et discrimination: approche historique et théorique, Personne et Discrimination: perspectives historiques et comparées, 15-50, 2006 Paris.*

*OĞUZMAN, Kemal- ÖZ, Turgut:* Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995.

*OKUR, Zeki:* İş Sözleşmesinin Sendikâl Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü, Prof.Dr.A.Can Tuncay'a Armağan, 743-768.

*ÖDEN, Merih:* Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.

*ÖZDEMİR, Erdem:* Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet, *Legal İSGHD, 2005, C.2, S.5, 252-263.*

*ÖZDEMİR, Erdem:* İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006. (İspat Yükü)

*ÖZDEMİR, Erdem:* İşyerinde Cinsel Taciz, Sicil, Haziran 2006, S.2, 147-159. (Cinsel Taciz)

*ÖZEKES, Muhammet:* Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 131-170.*

*ÖZVERİ, Murat:* Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, Sendikâl Tazminat ve Yargı Kararları, *Legal İSGHD, C.2, S. 8, 1521-1544.*

*PÉLISSIER, Jean / LYON-CAEN, Antoine/ JEAMMAUD, Antoine / DOCKÈS, Emmanuel:* Les Grands Arrêts du Droit du Travail, 3e éd., 2004 Paris.

*PÉLISSIER, Jean / SUPIOT, Alain/ JEAMMAUD, Antoine:* Droit du Travail, 22e éd. 2004 Paris.

*RANFTL, Edeltraud:* Equal Pay for Equal Work and Work of Equal Value, Guide to Legal Provisions Governing Equal Pay and Non-Discriminatory Job Evaluation, Revised Version May 2006, ([http://www.bmgf.gv.at/cms/site/attachments/0/4/7/CH0331/CMS1149154836800/equal\\_pay\\_for\\_equal\\_work\\_and\\_work\\_of\\_equal\\_value.pdf](http://www.bmgf.gv.at/cms/site/attachments/0/4/7/CH0331/CMS1149154836800/equal_pay_for_equal_work_and_work_of_equal_value.pdf))

*SARIBAY, Gizem:* Türk İş Hukuku'nda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.

*SELWYN, Norman:* Law of Employment, 13th ed., İngiltere 2004.

*SEROZAN, Rona:* Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004.

*SEVİMLİ, K.Ahmet:* İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, (Özel Yaşam), İstanbul 2006.

*SOYER, Polat:* Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 27-69.*

*SOYER, Polat:* Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, Ankara 1999, 11-55. (1997 Yılı Karar Değerlendirmesi)

SÖZER, Ali Nazım: AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Yönergesi Işığında Türk İş Hukuku'nda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğitime İlişkin Düzenlemeler, Sicil, Haziran 2006, s.2, 184-208.

SULLIVAN, Charles A./ ZIMMER, Michael J./ WHITE, Rebecca Hanner: Employment Discrimination, Law and Practice, 3rd ed. V.1&V.2, 2002 USA.

SUR, Melda: Toplu İş İlişkileri, Ankara 2006.

SÜRAL, Nurhan: Avrupa Topluluğunun Çalışma Yaşamında Kadın - Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye, Ankara 2002.

SÜRAL, Nurhan: AB Uyum Sürecinde İş Mevzuatımızın Değerlendirilmesi, İşveren Dergisi, C.44, S.7, Nisan 2006, 52-55. (Değerlendirme)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005.

SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, (Fesih Hakkı), Ankara 1976.

SÜZEK, Sarper: İşyeri Uygulamaları, Prof.Dr.Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 151-155. (İşyeri Uygulamaları)

SÜZEK, Sarper: İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof.Dr.Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, 225-232. (Yönetim Hakkı)

ŞAHLANAN, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986.

ŞAHLANAN, Fevzi: Yeni İş Kanunu'nun Genel Hükümleri, (Genel Hükümler), Yeni İş Yasası Semineri, 20-35, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, (Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını)

ŞAHLANAN, Fevzi: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2003 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2005, 87-123. (2003 Yılı Karar Değerlendirmesi)

ŞENEL, Alaaddin: Eski Yunan'da Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne, A.Ü. S.B.F Yayınları No: 307, Ankara 1970.

TANÖR, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978.

TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981.

TAŞKENT, Savaş: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002. (İş Güvencesi)

TAŞKENT, Savaş: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2004 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, 47-85. (2004 Yılı Karar Değerlendirmesi)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi - AKMAN, Sermet - BURCUOĞLU, Haluk - ALTOP, Atilla : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, R.Murat: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006.

TOBLER, Christa: Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law, Belçika, 2005.

Türk Hukuk Lügati

TUNCAY, A.Can: İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.

TUNCAY, A. Can: İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007, 21-53. (Sempozyum),

*TUNCAY, A.Can:* Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2004 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, 113-145. (2004 Yılı Karar Değerlendirmesi)

*TUNÇOMAĞ, Kenan:* İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.

*TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut:* İş Hukukunun Esasları, B.3, İstanbul 2003.

*ULUCAN, Devrim:* Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof.Dr.Turhan ESENER'e Armağan, 191-202, Ankara 2000.

*ULUCAN, Devrim:* 4857 SAYILI KANUN'A Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası Semineri, 35-65, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını. (İş Sözleşmesi Türleri)

*ULUCAN, Devrim:* İş Güvencesi, (İş Güvencesi), İstanbul 2003.

*ULUCAN, Devrim:* Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2003 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2005, 157-185. (2003 Yılı Karar Değerlendirmesi)

*ULUCAN, Devrim:* İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, (Sosyal Seçim), Legal İSGHD, 2007, C.4, S.14, 497-508.

*UŞAN, Fatih:* İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? Legal İSGHD, C.2, S.8, 2005, 1623-1632.

*VERDIER, Jean-Maurice/CCEURET, Alain/SOURIAC, Marie-Armelle:* Droit du travail, V.II, Rapports individuels, 13e éd. 2005 Paris.

*YENİDÜNYA, Caner:* 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, 97-127.

*YENİSEY, Kübra Doğan:* Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002 (Yargıç Dr.Aydın ÖZKUL'a Armağan), 31-72.

*YENİSEY, Kübra Doğan:* Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD, 2005, C.2, S.7, 974-1003. (Metodoloji).

*YENİSEY, Kübra Doğan:* İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Haziran 2006, S.2, 60-65. (Fesihte Eşit Davranma)

*YENİSEY, Kübra Doğan:* İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, 63-81. (Ayrımcılık Yasası)

*YENİSEY, Kübra Doğan:* İş Hukuku'nda İşyeri ve İşletme, (İşyeri ve İşletme), İstanbul 2007.

*YILDIZ, Gaye Burcu:* İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

*YILDIZ, Gaye Burcu Seratlı:* AB Sosyal Güvenlik Tüzükleri Açısından Bağımsız Çalışanların Hastalık ve Analık Sigortası, Prof.Dr.A.Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005, 922-928. (Hastalık ve Analık Sigortası)

*YILMAZ, Ejder:* Hukuk Sözlüğü, B.4, Ankara 1992.

*YÜKSEL, Melek Onaran:* Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Türk İş Hukuku'nda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.









