

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi - Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği -

## I. Giriş

Ekonomik güçlük içine düşecek veya aile gelirlerini artırmak isteyecek eşlerin, kendi aralarında anlaşmak suretiyle boşanmaya razı olmaları ve bunun üzerine kadın eşe ölen eşinden veya ana-babasından ölüm aylığı bağlanması, klasikleşmiş bir ülke gerçeği halini almıştır. 5510 sayılı Yasa öncesinde önleyici nitelikte herhangi bir kuralın bulunmayışı, eşleri bu tür kötüye kullanmalara özendirmiş ve anlaşmalı boşanmalar sonunda yaşanan fiili birliktelikler, kadın eş ile kız çocuğun ölüm aylığı alması sonucunu yaratmıştır.

Ancak, bu olanak, reform niteliğindeki 5510 sayılı Yasa'nın 56 ncı maddesinin son fıkrasıyla, artık ortadan kalkmış durumdadır. Bununla birlikte, yeni düzenleme hakkında, yakın zamanda Anayasa Mahkemesi'nce verilen bir kararın<sup>1</sup>, söz konusu toplumsal gerçekliği güncel hale getirdiği de, yadsınamaz bir gerçektir.

Buna göre, 5510 sayılı Yasa'yla getirilen değişikliğin, nasıl bir toplumsal yarara yol aç-

cağını tartışmaya açmakta yarar görülmektedir. Çünkü, getirilecek yeni bir kuralın yerindeliği ve kalıcılığı; önemli ölçüde, içinde bulunulan toplumsal gerçeklere uygun düşmesine, yani toplum yararına hizmet etmesine bağlı bulunmaktadır.

Bu itibarla, aşağıda ilkin, ortaya çıkan boşanma hükmünün etkileri üzerinde durulacak ve daha sonra da, söz konusu düzenlemenin içeriği ile Anayasa hükümleri karşısındaki konumu irdelenip, sonuçta hukuki bir değerlendirilmeye gidilmeye çalışılacaktır.

## II. Boşanmanın Ölüm Aylığı Üzerindeki Etkisi

### 1. Ölüm aylığına hak kazanılması

5510 sayılı Yasa, ölüm aylığının paylaşılmasında hak sahibi yakınlar olarak, “dul eş” ile “çocuk” ve “ana-baba”yı kabul etmekte (m. 34) ve bunlara bağlanacak aylıkların, “34 üncü maddede belirtilen şartların ortadan kalktı-

## 5510 sayılı Yasa m. 34 hükmüne egemen olan düşüncenin, geliri bulunmayan dul veya bekar (evli olmayan) kadınları iktisadi yönden korumak olduğu görülmektedir.

ğı tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren” de kesilmesini görmektedir (m. 35/I tümce 2). Bu anlamda, 5510 sayılı Yasa m. 34 ise; konumuz açısından, hak sahibi olma koşulu olarak, eşin “dul” olması ve kız çocuğun da ölen sigortalının ölümü tarihinde evli olmakla birlikte sonradan “boşanması” halini aramaktadır (f. 1/bent a ve b 3).

Böylece, dul kalan eşin yeniden evlenmek suretiyle, artık “dul eş” niteliğini yitirmesi söz konusudur. Bunun gibi, yeniden evlenmek suretiyle “dul eş” niteliğini yitiren eşin, boşandığı takdirde de yeniden “dul eş” niteliğini kazanması veya bu niteliğe dönüşmesi düşünülecektir. Ancak, 5510 sayılı Yasa'nın 34 ve 35 inci maddelerinde, bunlardan söz edilmiş değildir. Diğer bir söyleyişle, dul eşin ölüm aylığının yeniden evlendiği takdirde kesileceği ve kesilen bu aylığın boşanma halinde yeniden bağlanacağı, anılan hükümlerde açıklıkla belirtilmiş değildir. Bununla birlikte, durumun özelliği ile niteliği, böyle bir sonuca ulaşmayı gerektirmekte ve nitekim, öğretide<sup>2</sup> de, evlenen eşin aylığının kesileceği sonucu kabul edilmektedir.

Buna karşılık, 5510 sayılı Yasa m. 34/I bent b 3 hükmündeki “evli olmakla beraber sonradan boşanan” anlatımı, daha açık olup; sigortalının ölümü tarihinde evli bulunup sonraki bir tarihte eşinden boşanacak kızının, ölüm aylığına hak kazanmasına olanak verecek niteliktedir.

Bu anlamda, 5510 sayılı Yasa m. 34 hükmüne egemen olan düşüncenin, geliri bulunmayan dul veya bekar (evli olmayan) kadınları iktisadi yönden korumak olduğu görülmektedir.

### 2. Birlikteliğin ölüm aylığına etkisi

Ölen sigortalının eşi ve kız çocuğuyla ilgili olarak, ortaya çıkabilecek değişik birliktelik (beraber olma) durumları düşünülebilir. Nite-

kim, ölen sigortalının dul eşi; yeniden evlenmez ama fiilen biriyle veya birileriyle birlikte olabilir veya yeniden evlenip boşandıktan sonra boşandığı kişiden başka bir kişi veya kişilerle fiilen birlikte yaşayabilir yahut yeniden evlenip boşandıktan sonra boşandığı eşiyle birlikte beraber olmayı sürdürebilir. Bunun gibi, ölen sigortalının kız çocuğu da; evlenmeyip fiilen biriyle veya birileriyle birlikte olabilir veya ölüm tarihinde evli olmakla birlikte, sonradan boşanıp boşandığı eşinin dışındaki bir kişi veya kişilerle birlikte yaşayabilir yahut ölüm tarihinde evli ise, daha sonra boşanıp boşandığı eşiyle birlikte yaşamayı sürdürebilir.

5510 sayılı Yasa m. 56/son, gerek dul eş ve gerekse kız çocuk bakımından, yukarıdaki almanışıklardan, ilk ikisinde ölüm aylığının ödenmesine devam olunmasına olanak tanırken; boşanılan eşle boşanma sonrasında fiilen birlikte olma durumunda, ölüm aylığının kesilmesini ve ödenmiş aylıkların da geri alınmasını öngörmektedir.

Gerçekten, anılan hükme göre, “eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır”. Söz konusu hüküm, görüldüğü üzere, daha önce yukarıda belirtilen almanışıklar içinde, sadece boşanıp boşandığı eşiyle birlikte yaşayan kadın eş ile kız çocukları hedef almaktadır. Buna göre, medeni nikah yapmaksızın yaşayanlar ile boşandığı eşinin dışındaki kişilerle fiilen beraber olanlar, anılan hükmün kapsamı dışında kalmaktadır.

Diğer yandan, söz konusu hükme ilişkin madde gerekçesinde, anılan hükmün “uygulamada hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla” düzenlendiği açıklıkla belirtilmektedir. Ancak, anılan düzenleme; boşanılan eşle fiilen birlikte yaşamaya ilişkin olup, uygulama açısından önem taşıyacak bazı hususlar hakkında, herhangi bir açıklık taşımamaktadır<sup>3</sup>. Bunlardan ilk akla gelebilecek olanlar; ne kadar süreyle birlikte bulunduğu takdirde anılan hüküm kapsamına gireceği, söz konusu hükümdeki “fiilen birlikte yaşama” anlatımının cinsel ilişki içinde olunmayı da gerektirip gerektirmeyeceği

ve fiilen birlikte yaşamayı belirleme konusunda kimin yetkili olup hangi yetkiyle ve ne ölçüde özel yaşama müdahale edebileceği, biçiminde sıralanabilir.

Böylesine önemli konularda hukuken belirsizlikler taşıyan ve uygulama esaslarını bir alt düzenlemeye bıraktığını dahi belirtmeyen söz konusu yasal düzenlemenin, herhangi bir yasa da genel olarak bulunması gereken nesnel ve belirginlik (açıklık) özelliklerinden uzak olduğu ve bu yüzden de, ölen sigortalının hak sahiplerinin hukuk güvenliğini tehdit edebilecek idari uygulamalara açık bulunduğu, hemen belirtilmelidir. Büyük olasılıkla, bu yüzdendir ki; bir anda bir değil tam üç iş mahkemesi, anılan hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak, geçtiğimiz üç yıl içinde, ortaya çıkan sorunu Anayasa Mahkemesi önüne taşıma gereksinimini duymuşlardır.

Bunun gibi, anayasa yargısının süzgecine duyulan gereksinimin yoğunluğu; aynı zamanda, "kağıt üzerinde boşanmak" (yani, gerçekte boşanmadan sonra da birlikte yaşamayı sürdürmek) suretiyle ölüm aylığı alma uygulamasının, ülkemizde artık toplumsal gerçeklik haline geldiğini de gösterir niteliktedir.

### III. Anayasa Karşısında Aylığın Kesilmesi Düzenlemesi

5510 sayılı Yasa m. 56/son, yeni bir düzenleme getirerek, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşayanların aylıklarının kesilmesini ve ödenmiş olanların da geri istenmesini öngörmüştür. Böyle bir düzenlemenin varlığı, Türk hukuku bakımından, yeni bir dönemin başlangıcını ülkemizde başlatılmak istendiğini göstermektedir. Ancak, yeni düzenleme; aynı zamanda, hemen Anayasa'ya aykırılık itirazlarının yükseltilmesini<sup>4</sup> de, beraberinde getirmiş bulunmaktadır.

#### 1. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı

##### a. ) Anayasa'ya aykırılık başvuruları

Uygulamada boşanılan eşle birlikte yaşamaya devam olunması halinde ölüm aylığının kesilmesi, değişik iş mahkemeleri tarafından, buna ilişkin düzenlemeye karşı Anayasa'ya ay-

kırılık itirazlarında bulunulması sonucunu yaratmıştır.

Nitekim, bu konuda ilkin, Diyarbakır İkinci İş Mahkemesi'nce 2009 yılında yapılan itiraz başvurusunda, söz konusu düzenlemenin eşitlik ilkesi (Ay. m. 10) ile sosyal güvenlik hakkına (Ay. m. 60) ters düştüğü ileri sürülmüştür.

Yine, aynı konuda, Zonguldak Birinci İş Mahkemesi tarafından 2010 yılında yapılan itiraz başvurusunda da; sosyal devlet ilkesi (Ay. m. 2) ile eşitlik ilkesi (Ay. m. 10) temel alınmak suretiyle, anılan düzenlemenin devletin temel amaç ve görevleriyle (Ay. m. 5), temel hak ve özgürlüklerin niteliğiyle (Ay. m. 12), kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla (Ay. m. 17), özel yaşamın gizliliği ilkesiyle (Ay. m. 20) ve mahkeme kararlarına uyma zorunluğu esasıyla (Ay. m. 138/IV) bağdaşmaz nitelikte olduğu belirtilmiştir.

Nihayet, Malatya İş Mahkemesi'nin 2010 yılındaki itiraz başvurusu gerekçeleri arasında; söz konusu hükmün, eşitlik ilkesi (Ay. m. 10) ile mülkiyet ve miras haklarına (Ay. m. 35) ve sosyal güvenlik hakkına (Ay. m. 60) aykırı olduğu hususları yer almış ve anılan düzenleme yoluyla, yasaların anayasaya aykırı olamaması esası (Ay. m. 11/II) ile mahkeme kararlarına uyma zorunluğu ilkesinin (Ay. m. 138) ortadan kalkacağı görüşü ileri sürülmüştür.

##### b. ) Anayasa Mahkemesi'nin kararı

Anayasa Mahkemesi [AyM.], daha önce belirtilen kararında<sup>5</sup>, 5510 sayılı Yasa m. 56/son hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşüyle, yapılan itiraz başvurularının reddini oy çokluğuyla kabul etmiştir.

Bu bağlamda, çoğunluk görüşü; sorunu Anayasa'nın 2, 10, 60 ve 65 inci maddeleri açısından ele almak suretiyle, boşandığı eşle birlikte yaşayanın aylığının kesilmesine ilişkin düzenlemenin (5510 sK. m. 56/son) Anayasa'ya aykırı düşmediği yönündedir. Yine, konuyla bağlantılı olarak çoğunluk görüşü, itiraz konusu kuralın Ay. m. 5, 11, 12, 17, 20, 35 ve 138'le ilgisinin olmadığını belirtmektedir. Söz konusu karara ekli karşıoy gerekçelerinde ortaya çıkan azınlık görüşü ise; soruna Ay. m. 2, 10, 17, 20 ve 60 açısından yaklaşmakta ve anılan Anayasa

hükümleri bakımından aykırılığın varlığını ileri sürmektedir.

## 2. Değişik yaklaşımların eleştirisi

Kanımca, AyM üyelerinin çoğunluğunca varılan sonuç daha doğru ve yerinde görünmekle birlikte, konuya ilişkin değişik yaklaşımların hem göz önünde bulundurulması gereken ve hem de yerinde görünmeyen yanları söz konusudur.

### a.) Eşitlik ilkesi açısından

İlkin, söz konusu hükme karşı eşitlik ilkesinin (Ay. m. 10) korunması konusunda yapılan itirazlar, görmezlikten gelinemez. Bu anlamda, AyM'nin eşitlik anlayışının çok geniş olmadığı söylenmelidir. Nitekim, söz konusu kararda yerinde olarak, “.. Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez ..” denilmişken; eşitlik karşılaştırmasının, “resmi evliliği olmadan birlikte yaşayanlar ile ölüm aylığı alabilmek için hakkını kötüye kullanarak resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamaya devam edenler” arasında yapılması, çok isabetli görünmemektedir.

Çünkü, ayrı hukuki duruma sahip bulunanlar, “medeni nikahı olanlar” (AyM'nin deyişiyle, “resmi evliliği bulunanlar”) ile “medeni nikahsızlar”dır. Nitekim, ayırım bu biçimde yapılmadığı takdirde, resmen evlenmeyip birlikte yaşayanlar ile boşandıktan sonra boşandığı eşin dışındaki kişilerle yaşayanlar görmezlikten gelinmiş olur.

Buna göre, resmen evlenmeyip birlikteliğini sürdürenler ile boşandıktan sonra boşandığı eşinin dışındaki kişilerle birlikte yaşayanlar, boşandığı eşiyle birlikte yaşayanlar karşısında ayrıcalıklı (avantajlı) duruma geçmektedir. Bunun ise, sosyal gerçekler açısından, memnuniyet verici bir durum olmadığı gözardı edilmelidir.

Diğer yandan, boşanma hakkını kötüye kul-

lanmanın, eşitlik ilkesiyle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Bunun gibi, ölüm aylığı almak üzere boşanılması olgusu da, söz konusu AyM kararındaki çoğunluk görüşünce isabetle kabul edildiği üzere hukuken “hakkın kötüye kullanılması” olup; karşıoy gerekçelerinde ifade edildiğinin aksine, ne “muvazaa” ve ne de “kanuna karşı hile” niteliğindedir.

### b.) Özel yaşamın gizliliği açısından

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında, karşıoy gerekçelerinin önemli bir hukuki dayanağını oluşturan “özel yaşamın gizliliği” (Ay. m. 20) açısından sorun irdelenmemiş ve aksine, itiraz konusu kuralın söz konusu Anayasa kuralıyla (Ay. m. 20) bir ilgisinin görülmediği belirtilmiştir.

Oysa, Ay. m. 20, herkese özel yaşamına ve aile yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkını tanımakta; özel yaşamın ve aile yaşamının gizliliğine dokunulamamasını öngörmektedir (f. 1). Bu noktada, boşandığı eşiyle birlikte yaşayacak kadın eşin veya kız çocuğun, ölüm aylığından yoksun bırakılmak suretiyle, kendisinin özel yaşam tercihine dokunulmuş olup olmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bunun gibi, boşanılan eşle fiilen birlikte yaşamının belirlenmesinden söz eden 5510 sayılı Yasa m. 56/son hükmü karşısında, Kurum görevlisince “yoklama” esasına (5510 sayılı Yasa m. 55/son) göre gerçekleştirilecek söz konusu belirlemenin, özel yaşamın gizliliğine müdahale niteliğini taşıyıp taşımayacağı sorusu da, ayrıca irdelenmesi ve yanıtlanması zorunlu bir husus olarak belirlemektedir.

Aslında, tüm bu sorular ve başvuru gerekçelerinin buna ilişkin hukuki dayanakları, itiraz konusu hükmün (5510 sayılı Yasa m. 56/son) yeterince açıklık (ayrıntı) taşımasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, yapılacak anayasaya uygunluk tartışmasında, sorunun kestirip atılması yerine, itiraz konusu yasa hükmünde eksik olan hususların irdelenip ele alınması daha yerinde olurdu, ki; AyM, söz konusu kararında, bunu yapmamıştır.

Oysa, itiraz konusu düzenleme açısından sorun, özel yaşamın gizliliği değil; hakkın kötüye kullanılmasının, yasa tarafından korunup

korunmadığıdır. Ancak, “yoklama” işleminin de, anayasal güvence (Ay. m. 20/D) altındaki özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı ve özel yaşamın gizliliği esası sınırları içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, itiraz konusu yapılan hükmün, bu anlamda hukuka uygun olmayacak bir müdahaleci “yoklama”yı onayladığı da, rahatlıkla söylene-memektedir.

### c. ) Devletin mali olanakları açısından

Boşandığı eşle birlikte yaşamak suretiyle ölüm aylığına hak kazanmak isteyen kişilerin, kötüye kullanmalar yoluyla, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun aktüaryal yapısı için tehlike oluşturacağı ve bu yolla Kurum mali olanaklarına zarar verileceği açıktır. Ancak, bu duruma, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” anlatımını taşıyan Ay. m. 65 hükmüyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Tam aksine; fiili birliktelik içinde olan veya boşandığı eşinin dışındaki kişilerle birlikte yaşayan kişilerin yanısıra boşandığı eşiyile birlikte yaşayanların da, hukuken korunması istenmiş olsaydı, belki buna karşı Ay. m. 65 hükmü dayanak yapılabilirdi. Bu bağlamda, AyM'nin, itiraz konusu hükümle Ay. m. 65 hükmü arasında nasıl bir ilgi görmüş olduğunu anlamak, güç görünmektedir.

### d. ) Anayasa'nın diğer bazı hükümleri açısından

İtiraz başvurusunda bulunan iş mahkemele-rinin dayanak yaptıkları Anayasa hükümleri olarak, Ay. m. 5, 11, 12, 17, 35 ve 138'in ortaya çıktığı görülmektedir. Bunların, doğrudan olmasa bile, dolaylı olarak itiraz konusu hükmü ilgilendirdikleri görülmektedir. Bu nedenle, hukuki dayanak yapılmak istenen Anayasa hükümlerinin itiraz konusu kuralı ilgilendirmediğinden söz edilmesi yerine, hangi noktalar açısından söz konusu hükümlere aykırılık görülmediğini irdelemek, sanırım daha yerinde ve yararlı olacaktır, ki; AyM'nin, anılan kararında, nedense bunu yapmaktan kaçındığı görülmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki; söz konusu hükümler içinde yer alan Ay. 5, 11, 12 ve 17'deki düzenlemelere aykırılık iddiaları için, boşanma hakkının açıkça kötüye kullanılması olgusu karşısında anılan hükümlerin herhangi bir hukuki koruma (himaye) sağlayamayacağı (MK. m. 2/II) yanıtı verilebilir. Nitekim, hakkın kötüye kullanılmasını korumak, ne devletin temel amaç ve görevleri arasında yer almakta ve ne de kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine hizmet etmektedir.

Bunun dışında, mülkiyet ve miras hakkını güvence altına alan Ay. m. 35'in de, boşanma hakkı çerçevesinde konuyla bir ilgisinin bulunduğu söylenememektedir. Nitekim, eş, boşanma hakkı çerçevesinde, boşandığı eşinin kendisine mirasçı olmasını engelleyebilmektedir. Burada korunmak istenen kişi ise, ölüm aylığı almak için boşanıp boşandığı eşiyile birlikte yaşamaya devam edendir. Boşanma sonucunda da, bir anlamda, ölüm aylığı alacak olan eşin değil, diğerinin mülkiyet hakkı koruma altında bulunmakta; ölüm aylığı almak isteyen eşin ise miras hakkı varolmayacağı için, bunun da miras hakkının korunması gereğinden söz edilememektedir. Kaldı ki, 5510 sayılı Yasa m. 34; ölüm aylığı isteme hakkını, evli bulunan kız çocuğa veya yeniden evlenen dul eşe değil, boşanıp miras hakkı ortadan kalkan kız çocuğa ve eşe tanımaktadır.

Bu bağlamda, evlilik birliği içinde birlikte sahip olunan evde eşlerin boşanmadan sonra birlikte yaşıyor sayılmamak için ev paylarını elerinden çıkarmak durumunda olmaları, Ay. m. 35'deki miras hakkına ters düşeceği ileri sürülmektedir. Burada da, boşanan eşin ev payını elinden çıkarmak zorunda olmayıp, mülkiyet hakkına yönelik herhangi bir hukuki aykırılığın bulunmadığı; ancak, boşanan eşlerin, uygulamada fiilen birlikte olmak istemeyeceklerini ve birlikte yaşamayı isteyecek olduklarında da, 5510 sayılı Yasa m. 56/son hükmünün kapsamına gireceklerini, söylemek gerekecektir.

Mahkeme kararlarına uyma zorunluğu esasını içeren Ay. m. 138'e gelince; birlikte yaşama halinin belirlenmesi halinde, mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş bulunan boşanma kararına rağmen ilgilinin boşanmış sayılmayıp ölüm

aylığının bağlanmayışı olgusu, ister istemez akla hemen, söz konusu durumun mahkeme kararlarına uyma zorunluğu esasının gereğinin yerine getirilmeyişi olarak mı kabul edileceği sorusunu çağrıştırmaktadır.

Ancak, belirtilen durumda, Ay. m. 138 hükmüne aykırılıktan söz etme olanağı bulunmamaktadır. Çünkü, boşanma hükmü; evlilik birliğinin sona erdirilmesine yönelik olup, boşanma sonrasında boşanmış eşin ölüm aylığına hak kazandırılmasına yönelik değildir. Nitekim, boşanmaya ilişkin mahkeme kararı; ilgilinin ölüm aylığına hak kazanacağı göz önünde bulundurularak verilmiş değildir. Bu bağlamda, birlikte yaşama ve ölüm aylığı başvurusu olguları, ancak boşanma kararının verilmesinden sonra gelişen durumlardır.

Buna göre, boşanmadan sonra birlikte yaşandığının belirlenmesi üzerine Kurumca aylığın kesilmesi ve geri alınması, boşanma hükmüne uyulmaması anlamına gelmemektedir. Gerçekten, burada söz konusu olan; Kurumun ölüm aylığını boşanma hükmüne rağmen bağlamazlık etmesi değil, boşanılan eşle fiilen birlikte yaşamaya devam edilmek suretiyle hakkın kötüye kullanılması üzerine ölüm aylığının kesilmesidir.

## IV. Aylık Kesme Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

### 1. Kötüye kullanmaları önleme ve özendirme

Eşinden boşandığı halde boşandığı eşle fiilen birlikte yaşayanların ölüm aylığının kesilmesini öngören düzenleme (5510 sayılı Yasa m. 56/son), uygulamadaki olası kötüye kullanmaların önüne geçmek amacıyla kabul edilmiştir. Bu anlamda, söz konusu amacın AyM tarafından da göz önünde bulundurularak dikkate değer bulunmuş (önemsenmiş) olması, kanımca yerindedir.

Gerçekten, ölüm aylığı almak üzere boşanıp boşanılan eşle fiilen birlikte yaşamaya kişiyi sürükleyen etkenin niteliği ve türü, hukuk düzeni açısından önem taşımamaktadır. Çünkü, hakkın kötüye kullanılması; hangi dürtüyle

(saikle) ortaya çıkarsa çıksın, sonuçta hukuk bakımından sadece ve sadece “kötüye kullanma” olup, hukuk düzeni tarafından korunmaktadır (MK. m. 2/II). Nitekim, eşler boşanma ve birlikte yaşama yoluna, gerçekte erkek eşin ekonomik gelirinin yeterli olmaması veya işsiz kalması, yani ekonomik güçlükler (baskılar) yüzünden, başvurmuş olabilir. Diğer bir söyleyişle; eşler, mutlaka bu yolu salt ekonomik gelirlerini artırmak düşüncesiyle denemiş olmayabilirler. Ancak, hukuk düzeni; hakkın kötüye kullanılması olgusunu, ne denli masumane görüşle ortaya çıkmış bulunursa bulunsun, korumamaktadır.

Boşanıp birlikte yaşamak suretiyle Kurumdan aylık alma yoluna gidenlerin sayısının açıklığa kavuşturulması konusunda kesin (istatistikî) bilgiler elimizde bulunmamakla birlikte, toplumsal gerçeklik olarak bu tür kötüye kullanma olaylarının ülkemizdeki yaygınlığı, herkesçe bilinmektedir. Ancak, buna ilişkin sayıların; Kurumun diğer “karadelik”lerinin yanında, aktüaryal dengeleri sarsacak ölçüye ulaştığını sanmıyoruz. Buna karşın, bu tür kötüye kullanmaların, herhalükarda Kurumun mali kaynaklarına zarar vereceği açık olup, sosyal güvenlik hakkıyla da (Ay. m. 60) bağdaşmayacağı ortadadır. Nitekim, bireyin sosyal güvenlik hakkı; sosyal hukuk devletinde, hakkın açıkça kötüye kullanılması yoluyla sağlanacak değildir. Bu anlamda, hakkı kötüye kullanma, sosyal hukuk devletinde bir sosyal güvence sağlama tekniği ya da aracı olarak onay görememektedir.

### 2. Hukuk güvenliğini sağlama

5510 sayılı Yasa'nın boşandığı eşle birlikte yaşamayı sürdürme halinde ölüm aylığının kesilmesi ve geri alınmasına ilişkin düzenlemesi (m. 56/son), toplumda hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından, yeterli bir belirginliğe sahip değildir. Gerçekten, birlikte yaşamının ne kadar süreyle devam etmesinin aranacağı ya da birlikte yaşamadan neyin anlaşılması gerektiği hususları, yeterince belirlenmemiştir. Bunun gibi, fiilen birlikte yaşamının belirlenmesi işi, Kurumun denetim memurlarına bırakılmış; ancak, bunlara ne ölçüde yetki verileceği ve bunların hangi yetkileri kullanacağı da, söz ko-

nusu yasa hükmünde veya alt düzeydeki kuralarda gösterilmemiştir.

Bu bağlamda, “gelir ve aylık bağlama şartlarının devam edip etmediğine yönelik yoklama işlemlerine ilişkin usul ve esaslar”ın çıkarılacak bir yönetmelik tarafından düzenlenmesi öngörülmüş; anılan usul ve esaslar da, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 73 ve devamındaki maddelerde yer almıştır. Buna göre, “eş ve kız çocuklarından eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamadığı” hususlarının tespiti, söz konusu yoklama işlemlerinin kapsamı içinde kalmaktadır (SSİY. m. 74/I ç 8). Ayrıca, Kurumun denetimle görevli memurlarına “mahallinde inceleme yapma yetkisi” tanındığı (SSİY. m. 77/I) ve söz konusu incelemenin, boşandığı halde boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamayı sürdüren eş ve kız çocuklarının tespitini de kapsayacağı (SSİY. m. 77/II) belirtilmektedir. Böylece, yoklama memuru, olay mahalline, yani boşanıp birlikte yaşayanların oturma yerine gelecek ve burada bunların “fiilen birlikte yaşadıklarının belirlendiğini” tutanak altına alacaktır.

Ancak, bu belirleme yapılırken yoklama memurunun, nasıl davranacağı ve hangi kapsamda yetki kullanacağı, sözgelimi Anayasa (Ay. m. 20) güvencesi altındaki özel yaşamın gizliliğinin ne ölçüde korunacağı, gösterilmiş değildir. Bütün bu hususların, hukuk güvenliğini tehlikeye soktuğu ve bireyleri yeterli hukuki güvenceden yoksun bırakacağı, açıktır.

### 3. Yargı yolunun açıklığı

5510 sayılı Yasa m. 56/son hükmü uyarınca yapılan belirleme sonucunda Kurum, ölüm aylığının kesilmesine karar verir ve ödenmiş olanların da geri verilmesini isterse; bu takdirde, ilgilinin, Kurum işleminin iptaline karar verilmesi talebiyle, yargı yoluna gitmesi gerekecektir. Bu durumda, Kurum işleminin iptali isteğiyle iş mahkemesinde dava açılacaktır (5510 sayılı Yasa m. 101).

Söz konusu davada kanıt yükü; ister istemez, davayı açacak olan kadın eşe/kız çocuğa düşecek ve bunlar, ölüm aylığına hak kazanmak amacıyla boşanmış olmadıklarını değil, Kurumca iddia edilenin aksine olayda, “fiilen

birlikte yaşama”nın söz konusu bulunmadığını kanıtlamak durumunda kalacaklardır.

## V. Sonsöz

Boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşayanın aylığının kesilmesi konusu, daha önceki sosyal sigorta mevzuatı tarafından ele alınmış değildir. Bu anlamda, 5510 sayılı m. 56/son, ilk kez böyle bir kötüye kullanmanın önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Önümüzdeki dönemde ortaya çıkacak sayısal veriler, bunun ne ölçüde gerçekleştirilebildiğini bizlere gösterecektir.

Diğer yandan, Kurum belirlemeleri üzerine açılacak itiraz davalarında verilecek yargı kararları, bu konuda denetim (yoklama) memurlarının ne ölçüde hukuka uygun biçimde hareket etmiş oldukları hakkında, belli bir fikir verebilecektir. Yine, bu konuda yargı kararları, Kurum memurlarının belirleme yaparken dikkat etmeleri gereken noktalar konusunda da, gerekli ölçütleri geliştirmeye yardımcı olabilecektir.

Gelecek dönemde Kurum ile yoklama görevlilerinden beklenen, yapacakları belirlemelerde “ev basma” biçiminde nitelendirilebilecek olan uygulamaların önüne geçmeleri ve özel yaşama müdahale niteliğindeki yatak odası gözetlemeleri ile özel yaşam tercihi sorgulamalarından da uzak durmalarıdır. Çünkü, böylesi bir görev, sosyal hukuk devletinin (Ay. m. 2) temel amaç ve görevleri (Ay. m. 5) arasında yer almış değildir.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. AyM., 28.4.2011-2009-86/70-RG. 15.12.2011, No. 28143.
- 2 Bkz. A. Güzel/A. R. Okur/N. Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 2010 İstanbul, 576.
- 3 Ayrıca bkz. E. Turan, “5510 Sayılı Yasa’nın 56/son Madde-sindeki Düzenlemenin, Anayasal Eşitlik ve Özel Yaşama Saygı İlkeleri Yönünden Değerlendirilmesi”, Sicil V, 19 (Eylül 2010), 130.
- 4 Bkz. Turan, 128 vd.
- 5 Bkz. yukarıda I ve dn. 1’deki karar.