

BİREYSEL EMEKLİLİK TASARRUF VE YATIRIM SİSTEMİ KANUNU'NA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

*Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ***

GİRİŞ

Emeklilik, bir kimsenin, belirli bir yaşa kadar prim veya kesenek ödeyerek çalışması ve çalışmayı bedenî bir sebep veya başka bir nedenle bırakmanın sonucu, eski kazancının bir kısmını herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın hak kazanması halidir.

Emeklilik sosyal güvenlik bağlamında ele alınan bir sigorta türüdür. Bilindiği gibi, ülkemizde sosyal güvenliğin üç ayağı vardır. Birinci ayakta, kamu sosyal güvenlik sistemi; ikinci ayakta, 506 sayılı Yasanın geçici 20 nci maddesine göre kurulmuş olan dayanışma sandıkları ile 743 sayılı Türk Medeni Kanununa dayanılarak kurulan vakıflar ve üçüncü ayakta ise, "hayat sigortası" ile "Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu"¹ ile ihdas edilen "bireysel emeklilik sistemi"dir.

Kamu sosyal güvenlik kurumları tarafından oluşturulan birinci basamak, zorunlu katılıma dayalı, asgarî bir emeklilik gelirinun sunulduğu, dağıtım esasına göre işleyen ve gelirin yeniden dağıtılması amacına yönelik bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle, birinci basamak emeklilik sistemleri sosyal bir devlet olmanın gereği olarak her bireye emeklilikte yaşayabileceği asgarî bir geliri sağlama amacına yöneliktir. İkinci basamak emeklilik sistemleri, zorunlu veya isteğe bağlı olarak asgarî emeklilik gelirinine ek, bireylerin aktif çalışma yaşamlarındaki gelirlerini korumaya yönelik ve çoğunlukla işyeri bazlı emeklilik sistemleri olup fonlu veya fonsuz olarak düzenlenebilmektedir. Üçüncü basamak emeklilik sistemleri ise bireylerin emekliliğe yönelik

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ 28.3.2001 tarih ve 4632 sayılı "Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu" (BETYSK) (R.G. 07.04.2001, S. 24366).

gönüllü katkılarından oluşan ve tamamıyla bireysel hesaplarda takip edilen fonlu sistemlerdir.

Ülkemizde SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı aracılığı ile sunulan emeklilik hizmetleri birinci ve ikinci basamağı karşılamakta; üçüncü basamak emeklilik hizmetlerinde ise kısmen hayat sigorta şirketlerince sunulan ürünler bulunmaktadır.

Bu, hayat sigortası şirketleri halinde faaliyette bulunan özel sigorta şirketleri de, belli bir zaman dilimi içerisinde toplamış olduğu primlerin birikimlerini, belli bir süre sonra, mesela on yıl sonra, sigortalıya ya defaten bir defada topluca ya da ömür boyu, aylık şeklinde ödemektedir; ancak, ne var ki geçmiş yıllardaki uygulamalarda sıkça görüldüğü gibi hayat sigortası şirketlerinden emekli olan bireylerin, toplu ya da aylık maaş şeklinde de olsa, almış oldukları ücretler beklentilerinin çok gerisinde kalmıştır. Bunun nedenlerinden biri, enflasyondaki yüksek artış ve krizler olduğu kadar, bir diğeri de hayat sigortası şirketlerinin toplamış olduğu primlerin sermaye piyasası araçlarından yararlanamamasıdır. Örneğin, 1995 yılında bu şekilde bir özel emeklilik şirketinden emekli olan bir kişinin aylık maaşı 19 milyon liradır. İşte, bu yakınmalara meydan vermemek amacıyla bireysel emeklilik şirketleri kurulmaktadır.

Türkiye’de mevcut sosyal güvenlik sistemi, hem çalışanları hem de çalışma hayatını tamamlayan kimseleri tatmin etmemektedir. Özellikle emekli aylıkları, onların insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmelerine imkan tanımamaktadır. Emeklilik sistemi, ülkemizde, 1930’da, 1683 sayılı Kanunla ele alınmış, ancak 1934’ten sonra uygulamaya konulabilmiştir. 1989’da, isteğe bağlı emeklilik sınırı kadınlar için 45, erkek emekliler için 50 yaştır. 26 Şubat 1992’de çıkarılan kanunla yaş sınırı şartı kaldırılmıştır. Kadınlarda 20, erkeklerde 25 hizmet yılı emeklilik sınırı olarak kabul edilmiştir; ancak, bu sistem de kısa zamanda iflas etmiştir. Sosyal güvenlik kuruluşları, Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur, Emekli Sandığı, sosyal yardımlar bir yana, emekli maaşlarını bile ödeyemez duruma gelmiştir.

Emekliler için çalışma hayatı sonrasındaki bu sıkıntıların çözümlenmesi için, yeterli düzeyde olmasa da, her çevreden öneriler yapılmaktadır. Bu çözüm önerileri nihayet sonuç aşamasına gelmiş ve yasa koyucu bu konuda bir yasa hazırlamıştır. Söz konusu Yasa, emeklilerin sorunlarının çözümü için atılmış büyük bir adım olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte bu

Kanunda, göz ardı edilemeyecek bir takım aksaklıklar bulunmaktadır. Bu çalışmanın amacı, “Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu”nda bulunan bu aksaklıkların ortaya konulmasıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, sigortacılık sektörünün atılım yapabilmesi açısından hayati önem arz eden bu kanun, diğer gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde yaşanan olumlu ve olumsuz tecrübeler göz önüne alınarak, ülke şartlarına uygun, geniş toplum kesimleri tarafından benimsenen, finansal yönden kendi kendine yeterli bir özel emeklilik sistemi şeklinde dizayn edilseydi, sigorta sektörünün çağdaş prim üretim ve varlık düzeyine ulaşabileceği bir atılım gerçekleştirebilirdi. Her şeyden önce Kanun, dili itibariyle eleştiriye açıktır. Kanunda kullanılan bazı ifadeler yeterince açık değildir. Örneğin, daha ilk maddede Kanunda hüküm bulunmayan hallerde sermaye piyasası ve sigortacılık mevzuatının ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olmakla birlikte, bu ifadelerden ne kastedildiği anlaşılamamaktadır. Sigortacılık mevzuatı neyi ifade etmektedir? Denetim kanunu olan Sigorta Murakabe Kanununu mu yoksa Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta ile ilgili hükümlerini mi? Kanunun diğer maddelerinin incelenmesinden ortaya çıkan ise söz konusu göndermenin, daha ziyade Sigorta Murakabe Kanunu'na yapıldığıdır. Kanunun 9. maddesinde yer alan “fiziksel mekan” ifadesi de açık değildir. Bu ifade ile mekanın merkeziliği mi yoksa genişliği mi hedeflenmektedir? Özellikle de fiziksel mekan, teknik ve idari yapı ile insan kaynaklarının uyumu nasıl sağlanacak, bu konuda objektif kriterler nasıl konulacaktır? Böylesine sübjektif ve içi boş kavramlar, bir Kanunda bulunmamalıdır. Yine, şirketin iflasının Bakan tarafından istenmesi yerine Bakanlık tarafından istenmesi şeklindeki ifade daha yerinde olurdu.

Çalışmamızda Kanun, öncelikle amacı bakımından ele alınmıştır. Kanun, sosyal güvenliğin sağlanmasından ziyade ülke ekonomisine katkı sağlamak amacıyla çıkarılması eleştiriye açıktır. Çıkarılacak her kanunun genel ve yürürlükte bulunan hukuk sistemi ile bir uyum göstermesi gerektiği anlayışından hareket ederek, çalışmamızın ikinci kısmında Kanunun mevcut kanunlarla çelişkisi ortaya konulmuştur. Kanunun kendi içinde de aksayan ve yetersiz kalan hükümleri bulunmaktadır. Bunlar da ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Son başlıkta ise Kanunda hiç düzenlenmeyen, fakat bireysel emeklilik sisteminde mutlaka bulunması gereken hususlar gerekçeleri ile birlikte ortaya konulmuştur. Nihayet çalışmamız toplu bir değerlendirme ve “delege feranda” tekliflerden oluşan “sonuç ve öneriler”le tamamlanmak-

tadır².

I. AMACI BAKIMINDAN KANUN

Kanunun gerekçesinde “ülkemizde emekliliğe yönelik tasarrufların mali sektör içerisinde ülke ekonomisinin hizmetine sunulması amaçlanmıştır” denilmek suretiyle, emeklilik fonlarıyla bireylerin tasarruflarının yatırımlara yönlendirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir³. Böyle bir amaç, ilk hedefi

² Bu çalışmada, doğrudan atıf yapılmamakla birlikte yazarlar tarafından çalışmada yararlanılan ve okuyucuya tavsiye edilen diğer kaynaklar şu şekilde sıralanabilir: Yusuf Alper, “Sosyal Güvenlik Sisteminde Kriz ve Reform İhtiyacı, İşveren, C.34, S.5, Şubat, 1996; Kadir Arıcı, Sosyal Güvenlik, Ankara 1999; Kadir Arıcı, Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 1997; Rıdvan Budak, “Sosyal Güvenlik Reformu Tek Başına Ele Alınmaz”, Görüş, Kasım 1997; Tankut Centel, Sosyal Güvenlikte Yapısal Değişim, Avrupa/Türkiye Karşılaştırması, İstanbul 1997; Tankut Centel, “Türkiye’de Sosyal Sigortaların Standartlaştırılması Üzerine Bir Deneme”, İş Hukuku Dergisi, C. I, İstanbul 1991; Çağatay Ergenekon, “Sosyal Güvenlik Sistemleri Bağlamında Özel Emeklilik Uygulamaları: Türkiye’deki Gelişime Global Perspektifte Bir Bakış”, Sigortacılık Sektörü Bilimsel Çalışma Yarışması, 1998; H.Mahir Fisunoğlu, “Emeklilik Ekonomisi: Dünyada ve Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sistemleri: Özel Hayat Sigortacılığının Sistem İçerisindeki Konumu”, Sigortacılık Sektörü Bilimsel Çalışma Yarışması, 1998; Bayram Meral, “Sosyal Sigortalar Sırtımızdaki Ceket Kadar Bizimdir”, Yeni Yüzyıl, 14.3.1996; Jose Pinera, “Empowering Workers: The Privatization Of Social Security In Chile” Cato Journal, Vol.15, No:2-3; A.Can Tuncay, “Tüsiad’ın Sosyal Güvenlik Raporunun Ardından, Çimento İşveren, Ocak 1998; Samim Ünán, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 1998; “Mitteilung der Kommission zu einem Binnenmarkt für die zusätzliche Altersversorgung 11.5.1999 (COM(99) 134 endg.)” <http://europa.eu.int/>; TİSK, Gelişmiş Ülkelerde ve Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Yeniden Yapılandırılması, TİSK Yayın No.160, Ankara 1997; TİSK-TÜRK-İŞ-HAK-İŞ-DİSK, Sosyal Güvenlik Konulu Rapor, No.2, İşçi ve İşveren Konfederasyonları Zirve Toplantıları, 1994; TOBB, Sosyal Güvenlik, Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 1993; TÜSİAD Raporu, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul, Ekim 1997; TÜSİAD, Emekli ve Mutlu, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin Sorunları, Çözüm Önerileri, Özel Sigortacılık Girişimi, İstanbul 1996; “Untersuchung über die Altersversorgungssysteme in den Mitgliedstaaten der Europäischen, Mai, 2000” <http://europa.eu.int/>; World Bank (1994) Averting the Old Age Crisis. New York: Oxford University Press; “Zusätzliche Altersversorgung im Binnenmarkt: Grünbuch-5.6.1997”, <http://europa.eu.int/>.

³ Bireysel emeklilik sistemi ile getirilen düzenleme kapsamında emeklilik yatırım fonlarının kurulması ile birlikte, sadece sosyal güvenlik sistemimizi tamamlayıcı değil, aynı zamanda sermaye piyasalarımıza kaynak aktarımı sürecinde de önemli bir rol üstlenecek bir yapı oluşturulacaktır. Bireysel emeklilik sisteminin sermaye piyasalarına katkıları hakkında bkz. Doğan Cansızlar, “Bireysel Emeklilik Sistemi ve Sermaye Piyasaları”, TİSK İşveren, Aralık 2001, C. XL, S. 3, s. 11-13. Ayrıca, tasarrufların bireysel emeklilik sistemine yönelmesinin kalkınma açısından çok önemli olduğu konusunda bkz. Namık Dağalp, “Tasar-

sosyal güvenliği sağlamak olması gereken bir kanuna uygun düşmemektedir⁴. Elbette ki, emeklilik fonlarında toplanan portföy, ekonomiye bir katkı sağlayacaktır⁵. Ancak bunun asıl amaç olarak Kanun gerekçesinde zikredilmesi isabetli değildir. Fon portföyü, ancak dolaylı olarak ekonomide ivme aracı olarak kullanılmalıdır. Kanun ile öncelikle, vatandaşların emeklilikte refah düzeylerinin artırılması hedeflenmeliydi. Bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının ekonomiye uzun vadeli kaynak sağlayarak istihdamın artırılması ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunması ise ikincil bir amaç olmalıydı. Başka bir deyişle, bireyler, kendi emekliliklerine yönelik gönüllü katkılarıyla, yarınlarına güven içinde bakabilmeli, buna ek olarak, oluşturulacak fonlar, toplumun bugününü ilgilendiren istihdama ve ekonomik büyümeye katkı sağlamalıydı.

Kanun gerekçesinde daha nitelikli, daha yüksek seviyede sosyal güvenlik hizmeti vermenin amaçlandığı ifade edilmekle birlikte, aslında geri planda gizlenen esas amacın, daha çok kamu finansman açıklarını kapatmak, kamunun uzun vadeli borçlanmalarında kaynak oluşturmak, ulusal tasarruf eğilimini artırmak olduğu sezilmektedir. Amaç, sosyal güvenlik sistemindeki sorunları çözmek olduğuna göre, özel emeklilik fonlarının para ve sermaye piyasalarına fon girişi sağlamak gibi ikincil fonksiyonlarını ön plana alarak, geniş halk kitlelerinin geleceği için olumsuz sonuçlara yol açmamak gerekirdi.

rufların Bireysel Emeklilik Sistemine Yönelmesi, Kalkınma açısından çok önemlidir", TİSK İşveren, Aralık 2001, C. XL, S. 3, s.14-19; Mustafa Ali Su, "Sigortacılık Açısından Bireysel Emeklilik Sistemi", TİSK İşveren, Aralık 2001, C. XL, S. 3, s. 23. Mali çevreler bakımından kanunun yatırım ve kalkınma amacının daha öncelikli görüldüğü yönünde bilgi için bkz. Kadir Arıcı, "Sosyal Güvenlik Sistemimiz İçin Yeni Bir Tecrübe: Özel Emeklilik Fonları", TİSK, İşveren, Aralık 2001, C. XL, S. 3, s. 20-21.

4 Rayegan Kender, "Kanun Yapma Tekniği ve Mevzuat Açısından Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Taslağı", Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, İstanbul 1991, s. 15.

5 Sosyal güvenliğin ekonomik düzene etkisi konusunda bkz. A.Can Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 9. B., İstanbul 2000, s. 50-51; Ali Güzel/Alı Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 7.B., İstanbul 1999, s. 53-58.

II. KANUNUN MEVCUT KANUNLARLA ÇELİŞKİLERİ

A. Türk Ticaret Kanunu ile Çelişkileri

1. Kuruluş İzni Bakımından

Kanunda emeklilik fonu işletebilecek şirketlerin şirket türü belirtilmiştir (BETYSK m. 8/a). Buna göre emeklilik şirketleri, ancak anonim şirket şeklinde kurulabilirler. Anonim Şirketin kuruluşuna dair şartlar ise Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen şartların yerine getirilmesi halinde anonim şirket tüzel kişilik kazanmaktadır. Anonim şirketin kuruluşu Türk Ticaret Kanunu'nun 276-311. maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Öyle ki, bu maddeler arasında kuruluşun çeşitleri, şartları, kuruluştan doğan sorumluluk ve kuruluş işlemleri dolayısıyla gerçekleştirilen kanuna karşı hile işlemleri yer almıştır.

Anonim şirketlerin kuruluşu ani ve tedrici kuruluş olmak üzere ikiye ayrılmakla birlikte uygulamada ani kuruluş çeşidi yaygındır. Anonim şirketler belirtilen şartların yerine getirilmesi ile kendiliğinden tüzel kişilik kazanamazlar. Türk hukukunda halen hakim olan "izin sistemi" ilkesine göre tüzel kişiliğin kazanılabilmesi için Ticaret Bakanlığından bir iznin alınması gereklidir. Emeklilik fonu işletmek için kurulacak bir anonim şirket için ise ayrı bir kuruluş izninin de alınması gerekmektedir (BETYSK m. 8). Bu durumda emeklilik şirketi, iki ayrı yerden izin almak zorundadır. Buna göre Ticaret Bakanlığı'ndan izin alan bir emeklilik anonim şirketi, ayrıca bir de Hazine Müsteşarlığı'ndan izin almak zorundadır.

Müsteşarlık ile Ticaret Bakanlığı'nın yapacağı inceleme farklı esaslara dayanacağından, "kuruluş izni"nin söz konusu her iki aşamada da alınmaması ihtimali ortaya çıkabilir. Şayet Ticaret Bakanlığı tarafından izin verilmemiş ise, şirket tüzel kişilik kazanamayacaktır. Eğer Ticaret Bakanlığından izin alınmış, fakat Müsteşarlıktan izin alınmamış ise, bu durumda Ticaret Bakanlığı'ndan izin alan şirket, Türk Ticaret Kanunu'na göre tüzel kişilik kazanacak; ancak Hazine Müsteşarlığı'ndan "kuruluş izni" alamadığı için, şirket ya ana sözleşmesini değiştirecek ya da kendiliğinden sona ererek tasfiye aşamasına girecektir. Çünkü emeklilik şirketinin esas sözleşmesinde faaliyet alanı olarak ancak emeklilik fonu işletimi, ferdi kaza ve hayat sigortacılığı gösterilebilmektedir. Kuruluş iznini alamayan emeklilik şirketi, Türk Ticaret Kanunu'nun 434. maddesine göre "amacına ulaşması imkansız ola-

cağından" infisah edecektir. İnfisah durumunun ortaya çıkması halinde tüzel kişiliğin devamı tasfiye amacına yönelecek ve şirketin ehliyeti sınırlanacaktır⁶.

Devletin modern hukuk sistemlerinde özel teşebbüslere müdahalesi iki safhada olabilir. Kuruluştaki ve çalışma hayatları boyunca devlet söz konusu şirketleri denetime tabi tutabilmektedir. Modern sistemde devlet, özel alanlarda faaliyet gösterecek şirket türünü belirlemekte ve bu şirketlerin faaliyetlerine başlamadan önce bazı şartların yerine getirilmesini isteyebilmektedir. Ancak şirketlerin kuruluşu, tamamen özel kanunlarına bırakılmaktadır. Yani anonim şirket Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmakta, ancak faaliyetlerine başlayabilmesi için ayrı bir çalışma izni (ruhsat) almaktadırlar. Bu durum hukuki birliğin ve istikrarın da temel şartını oluşturmaktadır⁷.

Kanun, bu açıdan incelendiği zaman hukuki birliğin sağlanamadığı görülmektedir. Çünkü Kanun hükümleri anonim şirketlerle ilgili düzenlemelerin yapıldığı Ticaret Kanunu'nun kuruluş hükümlerini değiştirmekte ve adeta tasfiye amacına yönelik şirketlerin doğumuna sebep olabilmektedir.

2. Sermaye Miktarı Açısından

Türk Ticaret Kanunu'nda bulunan ve anonim şirketlerin esas sermayesini tespit eden hüküm, bu Kanunla değiştirilmiş bulunmaktadır. Özellikle rakamların Türkiye'de yaşanan enflasyonist ortamda hızla eskidiği düşünüldüğünde Kanunda kuruluş sermayesi için aranan sermaye tutarı olan 20 trilyon yararlı görülebilir (BETYSK m. 8 c).

Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde özel kanunlarda aksine hüküm konulabileceği öngörülmüş ise de burada belirlenen 20 trilyonluk rakamın çok yüksek olduğu belirtilmelidir. Emeklilik fonları için sermayeden ziyade teşkil edilecek olan portföy önemlidir⁸. Yüksek miktarda

⁶ Krş. Yalçın Çakır/Mehmet Somer, "Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Şirketler Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi", Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, İstanbul 1991, s. 59-60.

⁷ Kender, s. 12.

⁸ Aynı yönde eleştiri için bkz. Haşim Ekener, "Kanun Taslağının Tatbikatçı Açısından Değerlendirilmesi", Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, İstanbul 1992, s. 81, 82; Rayegan

sermayenin öngörülmesi büyük holdingler ve bankalar bakımından sakınca teşkil etmemekle birlikte rakip sigorta şirketleri için ağır şartlar ortaya çıkarmaktadır. Bu durum ise sektörde kartelleşmeye sebep olabilecek ve yeni emeklilik şirketlerinin kurulmasını zorlaştıracaktır⁹.

Kanunun 8. maddesinin son fıkrasında Müsteşarlığa kuruluş izninde gerekli olan sermaye tutarının Devlet İstatistik Enstitüsü Toptan Eşya Fiyat Endeksinin iki katının gerektirdiği miktar ve sınırları aşmamak şartıyla artırabilme yetkisi de verilmiştir. Bu hüküm de enflasyonun çok yüksek seyrettiği ve krizler ülkesi olan ülkemiz bakımından faydalı olarak görülebilir. Ancak anonim şirket olarak kurulan emeklilik şirketleri de kar amaçlı kurulmuşlardır. Dolayısıyla elde edilen karın sürekli sermaye artırımına yönlendirilmesi şirketin faaliyet ve amacı ile bağdaşmaz ve bu sektöre girmek isteyenleri olumsuz etkiler¹⁰.

3. Ruhsatname Alma Açısından

Kanunun 9. maddesi ile, kuruluş izni alan şirketin faaliyete geçebilmesi için emeklilik branşında faaliyet ruhsatı alma zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla emeklilik şirketinin kuruluş izni alması onun faaliyete geçebilmesi için yeterli olmamakta, aynı zamanda ruhsatname almak zorunda da kalmaktadır. İkili bir izin sisteminin alınmasının şirket işleyişini güçleştirdiği ve bürokrasiyi artırdığı ortadadır. Bu sebeple kuruluş izni almak için gerekli şartlar ruhsatname almak için getirilmelidir.

Kanunda getirilen düzenlemeye göre emeklilik branşında ruhsatname alan bir şirketin ruhsatın verilmiş tarihinden itibaren en geç üç ay içinde fon kurmak amacıyla Kurul'a başvurması gerekmektedir. Bu başvurunun zamanında yapılmaması veya başvurunun reddedilmesi halinde verilmiş olan kuruluş izni ve faaliyet ruhsatı kendiliğinden geçersiz olacaktır (BETYSK m. 9). Burada usulî bir işlem olan başvurunun yapılmaması veya fon kurma

Kender, "Tartışmalar". Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, İstanbul 1992, s. 103.

⁹ Krş. M.Kemal Omağ/Mehmet Somer, "7397 Sayılı Murakabe Kanunu'nun Kanun Hükümünde Kararnamenin Anonim Şirketler Hukukuna İlişkin Olmak Üzere Bazı Yönlere Değerlendirilmesi", Sigorta Murakabe Kanunu'nda Değişiklik Yapan 539 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 23 Aralık 1994, Sigorta Hukuku Dergisi, S. 1, İstanbul 1996, s. 27.

¹⁰ Krş. Omağ/Somer, s. 27.

başvurusunun reddedilmesi halinde hem kuruluş izni hem de ruhsatnamenin iptali son derece ağır bir sonuçtur. Yüksek bir sermaye ve ağırlaştırılmış koşulları yerine getiren bir emeklilik şirketinin ruhsatnamesinin elinden alınması ve bir defada kurulmamış sayılması isabetli değildir. Böyle bir durumda şirkete yeni bir süre tanınması ve bu sürede eksikliklerini tamamlayan şirketin faaliyetine devam edebilmesi öngörülmesi idi.

4. Yönetim Kurulu Değişikliği Açısından

Kanunun 14. maddesine göre mali bünyenin güçlendirilmesi için Bakan'ın alabileceği tedbirler arasında yönetim kurulu üyelerinin tamamını veya bir kısmını görevden alarak veya üye sayısını artırarak yönetim kurulu-na üye atama da sayılmıştır. Oysa Türk Ticaret Kanunu'na göre, anonim şirketlerin üye sayılarının şirket esas sözleşmesinde gösterilmesi gereklidir (m.279/II). Yönetim kurulu ilk kuruluşta esas sözleşme ile ve daha sonra da genel kurul kararı ile değiştirilebilmektedir. Öğretide kabul edildiği üzere yönetim kurulunu seçme ve azletme yetkileri genel kurulun münhasır yetkilerindedir. Anonim şirketlerde esas sözleşmenin nasıl değiştirileceği ise Türk Ticaret Kanunu'nun 385. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Kanunda, Türk Ticaret Kanununun bu hükümlerini değiştiren bir hüküm yer almadığına göre emeklilik şirketleri de TTK.m.385 ve devamı hükümlerine tabi olacaktır. Kanun kendi içerisinde de bir uyumu sağlayamamıştır. Çünkü, Kanuna göre, emeklilik şirketinin esas sözleşmelerinin değiştirilebilmesi için Müsteşarlığın uygun görüşünün alınması gerektiği belirtilmiştir (BETYSK m. 13). Bu takdirde Bakan, tek başına işlemi nasıl gerçekleştirecektir? Kanunun hem Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile hem de kendi içerisindeki diğer hükümlerle çelişkiye düştüğü görülmektedir¹¹.

B. Sigorta Denetleme Kanunu Açısından

Sigorta Murakabe Kanunu'na göre sigorta şirketleri münhasıran sigortacılık faaliyetinde bulunmak üzere kurulabilmektedirler (m.2/a). Buna göre sigorta şirketlerinin sigortacılık dışında başka faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır. Ayrıca Sigorta Murakabe Kanunu'nun 7. maddesine göre "sigorta şirketleri, hayat sigortaları ve hayat dışı ana gruplarından sadece birinde faaliyet gösterebilirler". Fakat Kanun ile bir taraftan emeklilik şirketlerinin

¹¹ Krş. Çakalır/Somer, s. 71 vd.

hayat ve ferdi kaza sigortalarında faaliyet gösterebileceği hükme bağlanmışken (BETYSK m.8) diğer taraftan da geçici bir madde konularak emeklilik şirketlerinin kuruluşunda aranacak şartların belirlendiği 8. maddenin gereği yerine getirilmek kaydıyla hayat sigortası şirketlerinin emeklilik sigortası şirketlerine geçişi sağlanmıştır (BETYSK Geçici Madde 1). Sigorta şirketlerine mahsus bir alan olan hayat sigortacılığında, yatırım fon işletmeciliği yapan ve tamamen farklı bir sistem üzerine kurulmuş emeklilik şirketinin faaliyet göstermesi doğru değildir. Sigorta Murakabe Kanunu, sigortacılık temelinde işleyen hayat dışı sigortaların bile hayat sigortalarından ayrı olarak işletilmesini öngörmüş iken¹², Kanunun fon sistemi üzerine kurulu emeklilik şirketinin hayat sigortacılığı yapmasına izin vermesi son derece hatalıdır.

Kanunda hayat sigorta şirketlerinin emeklilik şirketlerine dönüşebilmesine ve emeklilik şirketlerinin hayat sigortası branşında ruhsat alabileceğine dair düzenlemeler bulunmaktadır (BETYSK m. 8 ve Geçici Madde 1). Hayat sigortalarında faaliyet gösteren emeklilik şirketleri, bir taraftan fon tesis edecek ve bunu işletecekler; diğer yandan da hayat sigortası sözleşmeleri yapabileceklerdir. Bu durumda şirketin hayat sigortalarına ait teminat tesis etme yükümlülüğü ve ayrıca fon işletme görevi de bulunacaktır. Kanun bu hususu, "şirketin emeklilik branşı dışında başka bir branşta da faaliyet göstermesi halinde her bir branşa ait hesaplar ayrı tutulur" şeklinde ifade etmiştir.

Emeklilik şirketlerinin bünyelerinde hayat ve ferdi kaza sigortaları ile emeklilik fonunun bulunmasına izin verilmesi doğru değildir. Emeklilik şirketi, fon işletmek üzere kurulmuş, teknik ve idari yapısı bu sisteme göre ayarlanmıştır. Oysa hayat ve ferdi kaza sigortaları sigorta esaslarına göre kurulmuştur ve emeklilik fon yönetimi esasından tamamen farklıdır. Birbiri ile uyumlu olmayan bu iki sistemin bir şirket bünyesinde toplanması sigortacılığın mahiyetine ters düşmektedir. Yatırım fonu tesisi, sigortacılık faaliyeti olarak görülmemelidir.

Emeklilik şirketlerinin hayat sigorta şirketlerine göre yüksek sermaye öngörmeleri, emeklilik şirketlerinin hayat ve ferdi kaza sigortası alanında faaliyetlerine izin verilmesi, buna karşın hayat sigorta şirketlerinin ancak

¹² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Rayegan Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I, İstanbul 1999, s. 39 vd.

emeklilik şirketi statüsüne geçmek kaydıyla emeklilik fonları oluşturabilmesi fırsat eşitliğine aykırıdır. Yüksek sermayeli ve mahiyeti itibariyle özel sigortacılıktan tamamen ayrılan emeklilik şirketlerinin, hayat sigortası poliçesi de satarak sundukları ürün çeşidini genişletmeleri, buna karşın mahiyetleri icabı hayat sigortası poliçesi satmak için kurulmuş şirketlerin faaliyet alanının kısıtlanması rekabetin kanun tarafından hayat sigorta şirketleri aleyhine bozulmasına bir örnek teşkil edecektir. Kanunun bu hükmü, yakın bir gelecekte sadece hayat sigortası poliçesi satan sigorta şirketlerinin sigorta pazarından çekilmesine neden olacaktır. Bu da rekabetin sigorta şirketleri aleyhine açıkça bozulmasıdır.

III. KANUNUN AKSAYAN YÖNLERİ

A. EMEKLİLİK SİSTEMİNE KATILMA

Kanunun 4 üncü maddesi, emeklilik sistemine katılma ve emeklilik sözleşmesini düzenlemektedir. Söz konusu maddede, emeklilik sözleşmesinde bulunacak hususların açık, net ve anlaşılabilir olması yönünde herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Sözleşmelerde kullanılacak genel işlem şartlarının açık ve anlaşılabilir bir dille yazılması hususu belirtilmeliydi.

Genel işlem şartları açık ve kolay anlaşılır bir biçimde ifade edilmeli, önemli hususların altı çizilmeli ve yalın bir anlatım seçilmelidir. Hatta gereksiz ayrıntı ve tekrarlardan kaçınarak genel şartların sayısı da azaltılmalıdır. Özel sigorta poliçelerinde olduğu gibi, ancak bütçeyle okunabilen küçüklükte olmamasına azamî dikkat edilmelidir. Böylece daha büyük puntolarla ve okunaklı bir biçimde basılması sağlanmalıdır. Sözleşme açık olmayan ve birden çok anlama gelen hükümler içermemelidir¹³.

Genel işlem şartlarının sadece idari makamlar tarafından onaylanması ve onlar tarafından kontrolü, katılımcıları yeteri kadar koruyamaz. Aynı husus sigorta sözleşmeleri genel işlem şartları için de geçerlidir. Bilindiği gibi sigorta genel işlem şartları da denetim organları tarafından kontrol edilmekle birlikte halen söz konusu sözleşme şartlarında sigorta ettirenleri mağdur eden bir çok hüküm bulunabilmektedir. Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'na emredici hükümler koymak suretiyle sigorta ettirenlerin yeterince

¹³ Bkz. Mehmet Bahtiyar, "Sigorta Poliçesi Genel İşlem Koşulları", *Batider*, 1997, Sayı 2, s. 87 vd.

korunmasını sağlamayı amaçlamıştır. Bilindiği gibi Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesinde emredici hükümler ayrıntılı olarak sayılmıştır. Bunun gibi bir düzenlemenin Emeklilik Yasası'nda da bulunması gerekirdi.

Kanunun 4. maddesindeki "bireysel emeklilik sistemine, medenî hakları kullanma ehliyetini haiz kişiler katılabilir. Sisteme katılacak kişiler, şirketle emeklilik sözleşmesi imzalamak zorundadırlar" ibaresi yer almaktadır. Bu, sistemin sağlıklı işleyişi açısından uygun bir düzenlemedir; ancak, burada, kanunî ehliyeti haiz olmayan, 18 yaşından büyük, ailesinin bakımına muhtaç kişilerin de bu sisteme katılımları sağlanabilmeliydi. Bu kişilerin primleri aileleri tarafından yatırılmak suretiyle emeklilikleri sağlanacak, ailelerin yükü kısmen azaltılmış ve ailelerin bu kişilerle ilgili gelecek kaygıları giderilmiş olacaktır.

B. EMEKLİLİK YAŞ SINIRI

Kanuna göre, katılımcı, en az 10 yıl prim ödemek şartıyla, 56 yaşını tamamladıktan sonra emekli olmaya hak kazanmaktadır (BETYSK m. 6). Emekliliğe hak kazanan katılımcı, birikimlerinin tamamını alabilmekte veya şirketle yapacağı anlaşmayla, yıllık gelir sözleşmesi şeklinde kendisine maaş bağlanabilmektedir.

Kanun, gönüllülük esasına dayandığı ve çalışanlara ikinci bir emeklilik sunduğu için emeklilik yaşının yüksek tutulması kendi içerisinde tutarlı görülmektedir. Zira bu sistemde emeklilik, kamu emekliliğine ilaveten kişilerin tasarruf amaçlı yatırımlarının emeklilik şirketine yatırılmasından ibarettir. Şayet bireysel emeklilik sistemi, kamu emeklilik sistemine alternatif olarak kurulmuş olsaydı, Kanunda söz konusu olan yaş sınırı makul görülebilirdi.

Emeklilik için yüksek bir yaş sınırının getirilmesi, bu sisteme rağbeti engelleyen bir faktör olarak görülebilir. Zira, 18 yaşında sisteme katılan bir kişi, 38 sene prim ödedikten sonra emeklilik hakkı kazanacaktır. Bu da onun bu sisteme katılmamayı tercih etmesi anlamına gelir ki, fona veya sisteme katılan sayısı istenilenden az olacak demektir.

Bu sistemde, diğer sosyal güvenlik sistemlerinde olduğu gibi, devlet katkısı yoktur. Biriken paranın tamamı katılımcıya aittir. Sistemde yaş sınırı getirilmesi, sistemin cazibesini azaltmaktadır. Kanaatimizce, yaş sınırı olmaksızın en az 25 yıl prim ödeyenlere emeklilik hakkı tanınmalı idi. Bununla birlikte 10 yıl prim ödeyenlere 56 yaşında emekli olabilmeleri bir imkan

olarak sunulmalıydı. Bu durumda, 20-25 yaşındaki bir kişi, 25 yıl prim ödeyerek, 45-50 yaşında emekli olma imkanına kavuşabilir. Bu tür cazip imkânlar sağlanmadığı için, kişiler, bu sisteme girmek yerine, birikimlerini kendileri değerlendirmeyi tercih etme alternatifini düşünebileceklerdir. Kişinin sistemde 10 yıl kalıp da emeklilik hakkı kazanması yerine, genç jenerasyonun 15-18 yaşından itibaren bu sisteme katılmasını sağlamak ve 25 yıl prim ödeme şartıyla emekli olabilmesine imkân tanımak daha isabetli olacaktır. Böylece, fonda çok daha büyük miktarda para birikimi sağlanacak ve ülke ekonomisi de kazançlı çıkacaktır.

Bilindiği üzere, dünyada, standart sosyal güvenlik yerine, kademeli ve nimet külfet dengesine dayalı bir sisteme doğru gidilmektedir. Prim ödemeye başlama yaşıyla ilgili bir sınırlama mümkün olsa bile, emeklilik için 56 yaş gibi bir sınırın getirilmesi, kademeli emeklilik prensibine aykırıdır. Aslında, kim hangi oranda ve ne kadar süreyle prim ödemiş ise onun karşılığını ya defaten ya da ömür boyu belirli oranlar dahilinde almalıdır¹⁴.

C. DENETİM

1. Denetimi Yapacak Organ

Kanunun 3. maddesine göre bireysel emeklilik politikalarını belirlemek ve bunların gerçekleştirilmesi için alınması gerekli önlemler konusunda önerilerde bulunmak üzere Bireysel Emeklilik Danışma Kurulu kurulacaktır. Bu kurul, Hazine Müsteşarının başkanlığında Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından görevlendirilecek en az genel müdür düzeyinde birer temsilciden oluşacak ve en az üç ayda bir Müsteşarlıkça önerilen tarih ve gündemle toplanacaktır. Kanunun 20.maddesine göre şirketin, fonların ve portföy yöneticileri ile saklayıcıların bu kanun kapsamındaki faaliyetleri en az yılda bir kez Müsteşarlık ve Kurul tarafından denetlenecektir.

Kanunda, her ne kadar sisteme güveni sağlamak için Hazine müsteşarı başkanlığında Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müsteşarları ile SPK başkanından oluşacak Koordinasyon Kurulu teşkil edilmesi düşünülmüşse de, kanaatimizce, bu kurul siyasi baskılardan uzak kalamayacaktır.

¹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Güzel/Okur, s. 58-61, 278-280; Tuncay, 52-53, 268-274.

Özel emeklilik fonlarının, yapılacak düzenlemelere uyup uymadığını kontrol edecek ve uzman kişilerden oluşan, siyasi otoritenin baskısı altında olmayan özerk yapıya sahip bir denetim mekanizması olan “Bireysel Emeklilik Sistemi Denetleme Kurulu” da ihdas edilmeli idi¹⁵.

2. Denetimin Esası

Kanunun 20. maddesine göre şirketin bu kanun çerçevesinde yürütülen emeklilik faaliyetleri ile sigortacılık faaliyetleri Müsteşarlığın denetimine tâbidir. Şirketin fonlarına, portföy yöneticilerine ve saklayıcılara ilişkin hesap ve işlemleri ise Kurulun denetimine tâbi tutulmuştur. Denetimlere ilişkin raporlar, konularına göre Müsteşarlık veya Kurul tarafından değerlendirilir ve sonuçlandırılır.

Bilindiği üzere, bireysel emeklilik sisteminin yapacağı faaliyetler kural olarak tek bir amaca yönelmiştir. Şirket yönetimi ve mali bünyesiyle şirket fonları ve portföy yönetimi birbirinden kesin hatlarla ayrılamaz unsurlardır. Bu açıdan denetimin Kanundaki şekliyle emeklilik şirketi ve şirket fonları olarak ikili bir ayırımın yapılması ve iki ayrı denetim organı tarafından denetlenmesi isabetli bir düzenleme değildir.

D. VERGİ POLİTİKASI

Sadece Kanundaki bu düzenlemeler, özel emeklilik fonlarının tercih edilen bir sistem olmasını sağlayamayacaktır. Sisteme istenilen düzeyde katılımın sağlanabilmesi için bireysel katılımcıların ve işverenlerin vergi düzenlemeleriyle teşvik edilmesi gerekir¹⁶. Aksi halde sisteme katılım az olur. Ayrıca, daha çok katılımcının sistemden yararlanabilmesi için ülkemizdeki gelir dağılımının mümkün olduğu kadar dengeli olması gerekmektedir. Bu sebeple, yürürlükte bulunan vergi kanunlarında da değişiklik yapan bir Kanun da kabul edilmiştir¹⁷. Buna göre, oluşturulacak bireysel emeklilik sistemine katılımcı tarafından ödenecek katkı paylarının vergi matrahlarının tes-

¹⁵ Bkz. Murat Şen/Tekin Memiş, “Özel Emeklilik ve Türkiye İçin Sistem Önerisi” TÜGİAD Ekonomi Ödülleri 2000, s. 99.

¹⁶ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Cansızlar, s. 12-13.

¹⁷ 28.06.2001 tarih ve 4697 sayılı “Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”.

pitinin belirli sınırlar içerisinde indirim konusu yapılması sağlanmıştır¹⁸. Aynı zamanda emeklilik döneminde elde edilecek gelirler, belli bir tutara kadar gelir vergisinden istisna edilecektir¹⁹. Ayrıca bireysel emeklilik siste-

18 4697 sayılı kanunun 4. maddesi şu şekildedir: "193 sayılı Kanunun 40 nci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki (9) numaralı bent eklenmiş, 63 üncü maddesinin (2) ve değişik (3) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. 9. İşverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları. (Gerek işverenler gerekse ücretliler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen ve vergi matrahının tespitinde dikkate alınan katkı paylarının toplamı bu Kanunun 63 üncü maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde belirlenen oran ve haddi aşamaz.) ... 3. Sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması şartıyla; ücretlinin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, işsizlik, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta poliçeleri için hizmet erbabı tarafından ödenen primler ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları, İndirim konusu yapılacak prim, aidat ve katkıların toplamı, ödendiği ayda elde edilen ücretin % 10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için ödenen primlerde, ödendiği ayda elde edilen ücretin % 5'ini) ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Bakanlar Kurulu bu oranı % 20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için % 10 oranına kadar) artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir".

19 4697 sayılı kanunun 1. ve 7. maddeleri şu şekildedir: Madde 1-"31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun değişik 21 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki mükerrer 21 inci madde eklenmiştir. Mükerrer madde 21.- Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 25'i, Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan diğer sigorta şirketlerinden on yıl süreyle prim ödeyenler ile vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 10'u ve tek primli yıllık gelir sigortalarından yapılan ödemeler gelir vergisinden müstesnadır". Madde 7- 193 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin değişik (1) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. 1. Beyan edilen gelirin % 10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta primleri için, beyan edilen gelirin % 5'ini) ve asgari ücretin yıllık tutarını aşmamak şartıyla, mükellefin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta primleri ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları (Sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması, prim ve katkı tutarlarının gelirin elde edildiği yılda ödenmiş olması ve ücret geliri elde edenlerin ücretlerinin safi tutarının hesaplanması sırasında indirilmemiş bulunması şartıyla; eşlerin veya çocukların ayrı beyanname vermeleri halinde, bunlara ait prim ve katkı payları kendi gelirlerinden indirilir.), Bakanlar Kurulu bu bentte yer alan % 10 oranını % 20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için % 10 oranına kadar) artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.