

TÜRK SOYLU YABANCILARIN TÜRKİYE'DE SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

Hüseyin SADULEŞRAFI

D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Öğr. Üyesi

Sunuş

Uzun uygarlık tarihinde insanoğlunun «Sosyal Güvenlik»ten etkin bir temel hak¹ olarak doyurucu, koruyucu ve güvenilir sürekli bir biçimde yararlanması dünya siyasal tarihinde devletin mülk, polis (jandarma), feodal ve liberalden son iki yüzyılda sosyal ve sosyalist hukuk devletine doğru düşünsel ve yönetsel gelişip kabuk değiştirmesiyle ancak gerçekleşebilmiştir. Bu siyasal, toplumsal ve felsefi gelişimde humanist kozmopolitan sosyal politika ve düşünceler² önemli rol oynamış, evrensel korunma³ kaygısı ve akımlar da onu körükleyerek yaygınlaştırmıştır⁴. Bundan dolayı dünyada genel olarak sosyal güvenlik kavramının kurumsallaşması gecikerek ancak son zamanlarda mümkün olmuştur⁵.

¹ Temel hak genel teorisi, türleri, fonksiyonları, sahipliği, yükümlülüğü, garantisi ve sınırlamaları için geniş bilgi için bak. **Gören**, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, 2. Bası, İzmir 1993.

² Dünyada sosyal politika ve düşüncelerin doğuşu ve gelişimi hakkında geniş bilgi için bak. **Talas**, Cahit, Toplumsal Politika, Ankara 1990, s.51 vd., 190 vd.

³ İnsan haklarının evrensel korunması gereği için bak. **Çelik**, Edip, Milletlerarası Hukuk, C.1, İst. 1980, s.464-469.

⁴ Devletin sosyo-politik, felsefesi ve yönetsel gelişmesi hakkında geniş bilgiler için bak. **Göze**, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 3. bası İst. 1986; **Öktem**, Niyazi, Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları, İst. 1993. Ayrıca mülk ve polis devlet idare tipileri hakkında kısa bilgi için bak. **Giritli**, İsmet / **Akgüner**, Tayfun, İdare Hukuku Dersleri (Giriş), İst. 1985, s.24 vd.

⁵ Sosyal güvenlik kavramı, tanımı, teknikleri, riskleri, sistemleri ve tarihi gelişimi için bak. **Tuncay**, Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. bası, İst. 1984, s.1 vd.; **Tunçomağ**, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. bası, İst. 1990, s.1 vd.; **Güzel**, Ali / **Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. bası, İst. 1992, s.1 vd.

Belirtilen bu tarihsel evrimde devletin bağımsızlığı kadar, bağımlı ülke, sömürge, esir ve köle olması da etkili olmuştur. Son zamanlarda Avrupa'da başlayan sosyal refah devletine doğru ileri cereyanlar⁶, bu hakkı kökünden kamçılıyıp pekiştirdiğine tanık olmaktadır.

1- Giriş

Araştırmamızın somut konusu «Türk Soylu Yabancıların Sosyal Güvenlik Hakkı» olmakla birlikte, öncelikle «sosyal güvenlik» kavramının genel olarak temel ulusal - uluslararası kaynaklarda yer almasına, bu arada özellikle Yabancılar Hukukumuza girişine, kısaca ana hatlarıyla değinerek incelememize başladık. Aşağıda belirtilen tema içerisinde genelden özele doğru çalışmamızı üç ana bölümde topladık.

İncelemeye başlamadan önce bilimsel ve biçimsel olarak araştırmanın kapsamını kavram kargaşasına yol açmadan yeterince iyi açıklamak zorundayız.

2- Kavram ve Kapsam

Değişik sosyal risk ve tehlikelerle karşılaşan her bireye sosyal koruma şemsiyesi sağlamak, Sosyal Güvenlik Hukukunun başlangıçtan beri ana amaç ve gairesini oluşturmuştur. Ancak biz burada bireyin yaşamını olumsuz yönde etkileyen tüm riskleri değil, dar anlamda fizyolojik, sosyo-ekonomik bilhassa çalışma ilişkisi⁷ karşılığı mesleki nitelikli sosyal güvenliğini, o da tüm bireyler ve yabancılar açısından değil, sadece «Türk soylu/asıllı yabancılar» bakımından irdeleyeceğiz. Bundan dolayı araştırmanın kapsamı, hem konu, hem nitelik hem de kişi yönünden çok dar bir alanı kapsamaktadır.

Konu teknik anlamda Türk soylu yabancıların belirten nitelikte sosyal güvenliğine ilişkin olduğundan, Yabancılar Hukukunda belirli statüde bulunan yabancı grubu ile ilgilidir⁸. Pek tabii Türk soylu tüzel kişi bulunamayacağından,

⁶ Toplumsal refah hizmetleri için bak. **Talas**, Cahit Toplumsal Politika, s.180.

⁷ Çalışma ilişkisi için bak. **Sözer**, Ali Nazım, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, s.130 vd. Ayrıca çalışma ilişkisiyle hizmet ilişkisinin hukuki niteliği hakkında bak. age, s.197-203.

⁸ Yabancılar Hukukunda yabancı kavramı ve yabancı grup ya da kitleleri için bak. **Nomer**, Ergin, Teb'a İle Yabancıların Hukuki Müsavatı, İst. 1962, s.48-50; **Tekinalp**, Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, 5. bası, İst. 1996, s.6-7; **Çelikel**, Aysel, Yabancılar Hukuku 7. bası, İst. 1997, s.16-26; **Göger**, Erdoğan, Yabancılar Hukuku, 2. bası, Ankara 1976, s.3-7.

yalnızca gerçek şahısları içermekte olup tüzel kişileri kapsamamaktadır. Daha açık söylemek gerekirse, makalenin temelini Türk soylu veya asıllı yabancıların çalışmasına dair 1981 tarihli 2527 sayılı Kanunun 2 ve 5. maddelerinde düzenlenerek tanınan mesleki çalışmadan doğan sosyal güvenlik teşkil etmektedir.

Yerindelik veya yeterlik açısından konuya sağlam bir giriş yapabilmek, gerek iyice ışık tutabilmek, gerekse doğru aydınlatabilmek amacı ile genel olarak sosyal güvenliğin tarihsel perspektifte uluslararası belgelerdeki durumunu özellikle Türk iç hukuku ve bu arada Yabancılar Hukukundaki gelişmesi hakkında özet bilgilerin verilmesi gerekli, hatta zorunlu bulunmaktadır.

Gecikmeden önemle işaret edelim ki; 2527 sayılı Kanun çalışma hakkında olduğu gibi, sosyal güvenlik konusunda da yeni bir düzenleme getirmeyip aksine mevcut iç hukuk mevzuatına yollamada bulunmak suretiyle, Türk soylu yabancı çalışanların sosyal güvenliğı hakkında da yetkilendirmiştir. Böylece kanunî düzenleme kolaylığı sağlanmıştır. Bu nedenle iç hukuktaki uygulamaların bilinmesi konumuzu açıklayabilmemiz bakımından hem lüzumlu ve hem zorunludur.

Kanunda anılan sosyal güvenlik, çalışma karşılığı olduğundan sağlanan hak sadece prim ödeyerek primli sosyal güvenlik hakkı incelemenin kapsam ve şumulüne dahil olup primsiz sair sosyal güvenlik yardımları kapsamı dışındadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYAL GÜVENLİĞİN ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKÎ KAYNAKLARI

I- Genel Olarak

Kamu hak ve özgürlüklerin⁹ başında gelen çalışmanın bir hak olarak devlete karşı ileri sürülmesi ve toplum karşısında bir ödev olarak tecelli etmesi yüzyıllarca süre almıştır. Sosyal güvenlik kavramının da özellikle çalışmaya müteferri ferri bir sonuç ve hak olarak ortaya çıkması, çalışma hakkına nazaran daha da uzun süre gerektirmiştir.

Başlangıçta geniş anlamda sosyal güvenlik güvencesi kişisel birikim - servet, aile desteği, mesleki dayanışma, yardımlaşma ve toplumsal hayır kurumları ve bazı unvanlara dayanılarak yerine getirilirken, günümüzde temel bir hak ve özellikle çalışma hakkının bir ürünü ve mütemmim bir cüzi niteliğinde insanın onur ve haysiyet meselesi olarak pozitif sosyo-ekonomik temel insan haklarının en başında kollektif tekniklerle¹⁰ yerine getirilmesi ve sahiplenmesi gereken bir insani gereksinim olarak ortaya çıkmıştır.

Geçen az bir zaman içinde sosyal güvenlik kavramı ve kurumları büyük bir gelişme, yayılma ve genişleme gösterip çalışma hakkının artık ayrılmaz ve yadsınmaz önemli bir parçası olarak birliktelik kazanmıştır. Çalışma hakkının gerçekleştiği her alanda artık bir sosyal güvenliğin varlığından söz edilir hale gelmiştir¹¹. O kadar ki, kolaylıkla «nerede çalışma varsa, orada - mutlaka- bir

⁹ Sosyal / kamu hak ve özgürlükleri kavramı ve gelişmesi için bak. **Mumcu**, Ahmet, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ank. 1992, s. 78vd.; **Akın**, İlhan F., 5. bası, İst. 1987, s.277 vd.

¹⁰ Sosyal güvenliğin kollektif ve bireysel teknikleri ve gelişimleri için bak. **Tuncay**, Can, age, s.8-12.

¹¹ Sosyal güvenliğin dünyada gelişimi hakkında derinliğine bilgi edinmek için bak. **Birkan**, Selahattin, «Dünya Ülkeleri Sosyal

sosyal güvenlik hakkı vardır» sözü bir tekerleme halini almıştır. Beşeriyet tarihinde bir, en fazla iki yüzyıldan az bir zaman önce bunu hayal etmek ve bundan söz etmek bile olanak dışıydı.

Devletin kendi işlerine karışmasından kurtulmak ve rahatlık içinde kendi işine bakmak kaygısıyla devletin kendisine karışmasını istemeyen ve kendi kaderini en iyi kendisinin ayarlayabileceği inancıyla kişiyi elden geldiğince serbest bırakmaya çalışan XVIII yüzyıla egemen olan sosyo-politik zihniyetinde ve devlet anlayışında sosyo-ekonomik haklar gelişmezdi. Bu yanılgıdan ancak XIX uncu yüzyılda kişinin mutluluğu uğruna devlete bir takım yeni görevler yüklemek suretiyle çıkılacağı anlaşılmıştır. Bu nedenle devlete yetki karşılığı görevler ve etkin yükümlülükler yüklenmeye başlanmıştır. Söz konusu görevlerin başında kişinin sahip olduğu özgürlüğünü kullanabilmesi için, ona geniş maddi olanaklar sağlanması gelir. Böylece devletin sadece kişilerarası eşitliği tökezleyen engelleri kaldırmakla yetinemeyeceği (18. asır anlayışı), buna ek olarak özgürlüklerin etkili ve yaşanabilmesi için bireysel özgürlüklerin sınırlandırılması suretiyle ona başka etkin yapıcı görevler vererek pasif durumdan ayrılmakla aktif rol ve olumlu yol tutması ile mümkün olmuştur¹².

Gelişen bu ilerici, devrimci anlayışta sanayi devrimi¹³, işçi sınıfının doğuşu¹⁴ ile 1814 den itibaren başlayarak 1830-1848 yılları arasında Avrupada cereyan edip süre gelen işçi hareketleri ve halk devrimleri öncü rol oynamış, bunu sosyal-sosyalist düşünce akımları izlemiş ve kamçulamıştır¹⁵.

Kanımızca sosyo-ekonomik nitelikli temel hakların toplumsal gerçekleştirilmesi için atılan adımlar, 20. yüzyılda insanın kendi yaşamına yönelik en büyük başarı ve atılımlardan biri olmuştur. Başlangıçta bu hakların başında çalışma hakkı, sakat ve ihtiyarlara yardım etmek, ilk eğitim ve mesleki eğitimi yüklemek, itçi - işveren ilişkilerinde eşitliği sağlamak, kredi, tarım ve benzeri kurumlara yer vermek geliyordu¹⁶. XX. çağda ise ancak sosyal güvenlik hakkı ortaya çıkmış ve savunulmuştur.

II- Hukukî Kaynaklarda

Sosyal güvenlik alanında başlayıp süre gelen temel gelişmeleri uluslararası ve ulusal başlıklarda ayrı ayrı görelim.

Güvenlik Gelişmesine Toplu Bakış», İş Hukuku Dergisi Yıl 9, sayı 106-106, 1974; **Tuncay**, Can, s.16-22..

¹² **Akn**, İlhan F., Kamu Hukuku, 5. bası, İst. 1987, s.307 vd.

¹³ Sanayi devrimi için bak. **Talas**, Cahit, s.36 vd.

¹⁴ İşçi sınıfının ortaya çıkışı için bak. **Talas**, Cahit, s.15 vd.

¹⁵ **Akn**, İlhan, age, s.339 vd., 353 vd.

¹⁶ **Akn**, İlhan, age, s.347-351.

1- Uluslararasıda

A- Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (Paris, 26.8.1789)

18. yüzyıla damgasını vuran, insan ve yurttaş haklarında dönüm noktası ve kilometre taşı olan bu ünlü bildiride çalışma hakkı yer almadığı gibi, pek tabii sosyal güvenlikte bir kavram olarak hiç geçmemiştir¹⁷.

B- Milletler Cemiyeti Misakı (28.4.1919)

a- Genel Olarak

10.1.1920 tarihinde yürürlüğe giren misakta (Cemiyeti Akvam Misakı) daha çok barışı ve güvenliği yeniden sağlamak gayesi ön planda olduğundan, doğrudan doğruya ne çalışma ne de sosyal güvenlik hakkı düzenlenmiştir. Sadece m.23/a bendinde «milletler cemiyeti üyeleri ... kendi ülkelerinde ... ve ticari ve sanayi münasebetlerde buldukları diğer bütün ülkelerde erkek kadın ve çocuğa adilane ve insani iş şartları temine ve bu şartları devam ettirmeğe ve bu gayeye erişmek üzere lüzumlu milletlerarası teşkilatı kurmaya ve idame ettirmeğe çalışacaklardır» denilmiştir¹⁸.

Türkiye bu misaka 1923’de katılmıştır.

b- Milletlerarası Çalışma Örgütü

Milletlerarası Çalışma Örgütü (International Labour Organization) misakın yukarıda anılan hükmü doğrultusunda 1919’da Versay Sulh anlaşmasıyla milletler cemiyetine bağlı özerk bir kurum olarak kurulmuştur.

Örgütün hedef ve amaçlarına ilişkin bildiride emeğin bir mal olmadığı (m.1/a) ana ilkesinden hareketle çalışma ve sosyal güvenlik önlemlerinin yaygınlaştırılması kavramları geçmiştir. Sözkonusu örgüt 2. cihan savaşından sonra Birleşmiş Milletlere katılmıştır.

C- Atlantik Demeci (14.8.1941)

Amerika Birleşik Devletleri devlet başkanı Roosevelt ve İngiltere Başbakanı W. Churchill tarafından daha iyi bir dünya istikbali için 2. dünya

¹⁷ Bildiri 17 maddeden oluşmuş bulunmaktadır. Fazla bilgi için bak. **Civelek**, Jale, «1789 Bildirisi ve Fransız, Türk Kamu Özgürlükleri Üzerindeki Etkisi», Argumentum, Haziran 1992, Yıl 2, Sayı 23, s.359-363.

¹⁸ Milletler cemiyeti teşkilatı ve misakı hakkında geniş bilgi için bak. **Meray**, Seha, Devletler Hukukuna Giriş, 2 bası, s.141 vd.; **Birsel**, Cemil, Devletler Hukuku-Giriş, İst. 1940, s.287 vd.; **Lütem**, İlhan, Devletler Hukuku Dersleri, İst. 1958, s.160 vd.

savaşı esnasında yayınlanan sözkonusu -yazılı- demecin ortak prensipleri arasında 5. fıkrada «herkese daha iyi çalışma şartları, ekonomik ilerleme ve sosyal güvenlik temini için ekonomik sahada milletlerarası tam işbirliği vücuda getirmek» arzusu dile getirilmiştir.

D- Birleşmiş Milletler Antlaşması (San Fransisko, 26.6.1945)

a- Genel Olarak

Antlaşma uluslararası sosyal ilerlemeyi geliştirmek ve daha büyük bir serbestlik içinde daha iyi yaşama şartları meydana getirmek amacıyla «Milletlerarası Ekonomik İşbirliği» başlığını taşıyan 55. maddesinde lüzumlu istikrar ve refah şartları yaratmak üzere «Birleşmiş Milletler; yaşam seviyelerinin yükselmesini, tam çalışmayı ve ekonomik ve sosyal alanda ilerleme ve gelişme şartlarını ... ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana özgürlüklerine bütün dünyada fiilen saygı gösterilmesini kolaylaştıracaktır» dilek ve direktifini ilan ve ifade etmiştir.

Sözkonusu tesbit ve amaçlar doğrultusunda antlaşma ekonomik ve sosyal meclise tavsiyelerde bulunmak (m.62) ve komisyonlar ve alt komiteler kurmak (m.68) görevini vermiştir.

Türkiye Birleşmiş Milletlere hemen üye olmuştur (RG. 24.8.1945).

b- Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (Paris, 10.12.1948)

Ekonomik ve sosyal komisyona bağlı insan hakları alt komitesince hazırlanarak Birleşmiş Milletler genel kurulunca bildirmede yer alan bütün hakların dünyada fiilen tanınmasını ve uygulanmasını sağlamak gayesiyle kabul ve ilan edilmiştir¹⁹.

Bir önsöz ve 30 maddeden ibaret olan beyannamede ilk kez evrensel boyutta çalışma hakkı (m.23) ve sosyal güvenlik hakkı (m.22, 25) açıkça düzenlenmiş ve toplumun bir üyesi olması sıfatıyla herkese tanınmıştır.

c- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (New York, 16.12.1966)

1976'da yürürlüğe giren işbu sözleşme, insan hakları evrensel bildirgesinde ilan edilen -yeni sepet olarak adlandırılan- haklardan bir kısmını oluşturan sosyal ve kültürel hakları pekiştirmeye yöneliktir.

¹⁹ Fazla bilgi için bak. **Kapani**, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, İst. 1991, s.23 vd.; **Talas**, Cahit, age, s.153 vd.; **Çelik**, Edip, Milletlerarası Hukuk, c.1, s.470; **Güzel**, Ali / **Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.42-43.

Pozitif yeni sepet haklardan çalışma hakkı (m.6) ve sosyal güvenlik hakkı (m.9) etkin bir şekilde bu sözleşmede düzenlenerek güvence altına alınmıştır²⁰.

d- Uluslararası Çalışma Örgütü Statüsü (10.5.1944)

Daha önce milletler cemiyetine bağlı olarak kurulan İLO, ikinci cihan savaşından sonra Filadelfiya'da kabul edilen metni ile Birleşmiş Milletler Örgütüne bağlanarak yeni bir statü kazanmıştır. Türkiye bu örgüte bilahare katılmıştır (RG. 16.2.1948 - 6833).

Örgütün statüsünün başlangıcında adaletsizliği, sefaleti ve mahrumiyeti mucip olan çalışma şartları mevcut bulunduğunu tesbitle çalışma, ihtiyarlık ve işgörememezlik maaşları bağlanması, eşit iş için eşit ücret gibi pek çok önemli konunun düşünüldüğü dile getirilmiştir. Örgütün hedef ve amaçlarına ilişkin bildirmede ise, tam çalışma ve yaşam standardının yükseltilmesi ile sosyal güvenlik önlemlerinin yaygınlaştırılması amaçlanmıştır (m.3).

Sözü edilen gayeleri gerçekleştirmek üzere örgüt çalışma ve sosyal güvenlik hakkına ilişkin pek çok sözleşme benimseyip yürürlüğe koymuştur²¹. İkinci bölümde bunlara ayrıca değineceğiz.

E- Avrupa Konseyi Statüsü (Londra, 5.5.1949)

a- Genellikle

Konseyin statüsünün 3. maddesinde «Avrupa konseyinin her üyesi hukukun üstünlüğü prensibiyle yargı yetkisi içinde bulunan herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerinden yararlanma prensibini kabul eder» denilmiştir.

Türkiye hemen o yıl konseyin statüsünü imzalayarak başından beri aktif katılmıştır (RG. 17.12.1949 - 7382).

Bu doğrultuda Avrupa konseyi çerçevesinde oluşturulan sosyal güvenlik belgelerinin önemlilerini şöyle aktarabiliriz.

b- Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi

Ana statüde dökümü yapılan hakların tanınıp sayılması bu sözleşmeye kalmıştır. Ancak 3.9.1953'de yürürlüğe giren sözleşmede ekonomik, sosyal ve

²⁰ Fazla Bilgi için bak. Kapanı, Münci, age, s.35 vd.; **Talas**, Cahit, Toplumsal Politika, s.160-169.

²¹ Uluslararası çalışma örgütü teşkilatı ve çalışmaları hakkında geniş bilgi için bak. **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, II.bası, İst. 1992, s.34-36; **Talas**, Cahit s.104-148.

kültürel yeni sepet haklardan olan çalışma hakkı ile emeklilik gibi sosyal güvenliğe dahil haklar düzenlenmemiştir²².

Türkiye bu sözleşmeye de taraf olmuştur (RG. 19.3.1954 - 8662).

c- Avrupa Sosyal Şartı (Torino, 18.11.1961)

Çalışma ile sosyal güvenlik hakları ve temel özgürlükleri sözleşmede yer almayınca, çalışma hakkı (m.1) ve sosyal güvenlik hakkının (m.12) hüküm altına alınması sosyal şartta derpiş edilmiştir.

1965’de yürürlüğe giren şartta üye devletlere sosyal güvenliğin tam anlamıyla sağlanması için bir sosyal güvenlik sistemi oluşturmak veya mevcut sistemi korumak ve aşamalı olarak daha da üst düzeye çıkarmak yönünden çaba harcamak yükümlülüğü yüklenmiştir²³.

Türkiye Avrupa Sosyal Şartını 1964’de imzalamasına rağmen gecikerek ancak 1989 yılında onaylamıştır (RG. 4.7.1989 - 20215; 14.10.1989 - 20315).

d- Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu (Strasbourg, 16.4.1964)

17.3.1968’de yürürlüğe giren bu kodda Avrupada sosyal güvenliğin standardının daha yüksek seviyeye ulaştırılması ve kapsamının daha da genişletilmesi hedeflenmiştir²⁴.

Türkiye kod’a katılmıştır (RG. 23.7.1979 - 16705).

F- Avrupa Topluluğu / Birliği Hukuku (Roma, 25.3.1957)

Dünyada özellikle Avrupada sosyal güvenlik politikasının boyutları genişlemeye doğru giderken, Avrupa çapında başka önemli bir gelişmeye AT içinde rastlanmaktadır. AT Hukuku anlaşmada «İşçilerin serbest dolaşımı» ilkesine binaen (m.48) sosyal güvenlik sorununun hukuksal yönünü köklü bir biçimde değişikliğe uğratmıştır²⁵.

Anlaşmanın 118. maddesi üye devletlerin sosyal güvenlik alanında işbirliği yapmalarını emretmiştir.

²² Avrupa insan hakları sözleşmesinin hazırlanışı ve temel nitelikleri için bak. **Kapani**, Münci, age, s.43 vd.; **Çelik**, Edip «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi», Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İst. 1979, s.81-88; **Çelik**, Edip, age. S.471-474.

²³ **Kapani**, Münci, s.65-67; **Talas**, Cahit, age, s.171 vd.; **Güzel / Okur** age, s.45-46.

²⁴ **Güzel/ Okur**, s.46-47.

²⁵ Fazla bilgi için bak. **Tuncay**, Can, age, s.24-25; **Tunçomağ**, Kenan, age, s.37-38; **Güzel/Okur**, s.47-49.

2- Ulusal Kaynaklarda

A- Genel Olarak

Sosyal güvenlik konusunda Osmanlı İmparatorluğunun son dönemine doğru bölük pörçük ufak adımlar atılmışsa da bu kavramın kapsamlı gelişmesi ve köklü kurumsallaşması ancak cumhuriyet devrine rastlar²⁶. Burada ülkemizde sosyal güvenliğin tanınmasına ilişkin temel hukukî kaynakları kısaca gözden geçireceğiz.

B- Anayasalar

a- 1924 Anayasası

«Türklerin Hukuku Ammesi» başlığında 70. maddede «akıt, sâyü amel (çalışma) ... hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır» denilmiş, 79. maddede ise «ukudun (akıtlar), sâyü amelin ... hududu hürriyetleri kanun ile musarrahtır» hükmü düzenlenmiş, fakat görüldüğü üzere sosyal güvenlik hakkına hiç değinilmemiştir.

b- 1961 Anayasası

Bu Anayasada herkese sosyal güvenlik hakkı tanınmıştır (m.48). Söz edilen hüküm 1982 anayasasınca benzer bir şekilde tekrar edilmiştir.

c- 1982 Tarihli Anayasa

Anılan anayasanın 60. maddesinde sosyal güvenlik hakkı koşulsuz olarak herkese tanınmıştır.

C- Kanunlar

Anayasaları doğal olarak diğer kanunlar izlemiştir.

Hukuk sistemimizde çalışma pozisyonları bağımlı-bağımsız; serbest özel ve kamu kesiminde cereyan edip yapılabildiğinden, doğrudan doğruya en önemli etkisini sosyal güvenlik alanında göstermiştir. Gerçekten ülkemizde sosyal güvenlik kurumları çalışma statülerine göre düzenlenmiş ve farklılıklar göstermiştir.

Nitekim çalışanlar genel olarak primli sosyal güvenlik kurumu açısından:

²⁶ Sosyal güvenlik kuruluşlarının gelişimi hakkında fazla bilgi için bak. **Güzel**, Ali/ **Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. bası, İst. 1992, s.28 vd; **Tunçomağ**, Kenan, age, s.39 vd.

a- Sosyal Sigortalar Kurumu (RG. 29-31.7.1964 ve 1.8.1964 - 11766-11769)

Bir hizmet sözleşmesine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışanlar (İş K. m.1) «Sosyal Sigortalar Kurumu»na tabidirler.

b- Emekli Sandığı (RG. 17.6.1949 - 7235)

Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esasına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler (Devlet Memurları K. m.4/A) «Emekli Sandığı»na bağlı tutulmuşlardır.

«Yeni Personel Rejimi Hakkında Bakanlar Kurulu Tarafından Kararlaştırılan Prensipler» kararnamesinin (3.5.1963 - 6/1701) 18. fıkrasında memur kavramı açıklandıktan sonra, Emeklilik başlığını taşıyan 39. fıkrada «Devlet Personeli arasında bulunan geçici hizmetliler ile gündelikçi ve mukaveleli personele ihtiyarlık sigortası hakkı tanınacaktır. Bu elemanlar dışında kalan bütün Devlet Personeli ise emeklilik hakkından faydalanacaklardır» görüşü benimsenmiştir.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu, kanunun kapsamına girebilmek için Türk vatandaşlığı şartı aramıştır (m.12/1).

c- Bağ-kur Sosyal Sigortası (RG. 14.9.1971 - 13956)

Bir hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi nam ve hesabına serbestçe çalışanlar ise (Bağ-kur m.24/I) «Bağ-kur»dan yararlanırlar.

d- Tarım Sosyal Sigortası (RG. 20.10.1983 - 18197)

Tarımında kendi adına ve hesabına çalışanların sosyal güvenliği ise 2925 sayılı Kanunun öngördüğü tarım sosyal sigortasına bağlı tutulmuştur.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

I- Genel Olarak

Taranan temel hukuki mevzuat ve belgelerden de görüldüğü üzere sosyal güvenlik kavramının fikri temelleri geçen yüzyılda ufak tefek adımlarla başlamış, ancak 20. yüzyılda, bilhassa 1. dünya savaşından sonra kurumsallaşmaya doğru gelişme gösterip son elli yılda kayda değer olağanüstü hız kazanmış bulunmaktadır.

Bu meyanda 18. yüzyıl ve daha önceki çağlarda sosyal güvenlik kavramından bile söz edilmediğini gördük. Bu itibarla genel olarak sosyal güvenlik hakkının tarihçesi uzun bir geçmişe dayanmamaktadır. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi nihayet sosyal güvenlik konusu temel bir hak olarak tanınıp uluslararası hukuk tarafından evrensel boyutta desteklenip zamanla herkese tanınan bir hak olarak ortaya çıkmıştır. Önceleri iç hukuk alanında yabancıları soyutlayıp vatandaş anlamında kullanıldığından yabancıları da açıkça kapsayacak şekilde düzenlenmesi yolunda başka bir gelişme daha göstermiştir²⁷. Aşağıda sözü edilecek kaynaklarda yabancılardan açıkça söz ederek sosyal güvenlik hakkını doğrudan doğruya tanıyan hukuki - kanuni hükümlere değineceğiz.

II- Yabancıların Sosyal Güvenliğine İlişkin Hukuki Kaynaklar

1- Uluslararası Hukukta

A- Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

a- Mültecilerin Hukuki Durumlarına Dair Sözleşme (Newyork, 10.12.1948)

Sözleşmenin 23. maddesinde üye devletler ülkelerinde muntazam surette oturan mültecilere sosyal yardım ve iane konularında vatandaşlara yapılan

²⁷ Genel olarak insan hakları uluslararası alana geçişi ve boyutları hakkında derin bilgi için bak. Kapani, age, s.19 vd.

işlemlerin aynının yapılmasına hükmederken 24. maddede ise doğrudan doğruya sosyal güvenlik alanında aynı kimselere vatandaşlara nazaran farklı işlem yapılamayacağını belirtmiştir²⁸.

Türkiye bu sözleşmeye 359 sayılı kanunla üye olmuştur (RG. 5.9.1961 - 10898).

b- Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşme (1952)

Sosyal güvenliğin asgari esaslarını belirleyen Uluslararası Çalışma Örgütünün 102 sayılı sözleşmesi olan düzenlemenin 68. maddesinde sosyal güvenlik konusunda devletlere seçme hakkı tanısında²⁹ genel olarak vatandaş-yabancı ayırımı gözetilmeden eşitlik ilkesini getirmiştir³⁰.

Türkiye bilahare bu sözleşmeye taraf olmuştur (RG. 15.10.1974 - 15037).

c- Vatandaşla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında Sözleşme (Genevre, 6.6.1962)

24.4.1964 tarihinde yürürlüğe giren milletlerarası çalışma örgütünün 118 sayılı olan bu sözleşmesi karşılıklılık şartı aranmaksızın mülteci ve vatansızları da kapsayacak şekilde (m.10/1) yabancılarla vatandaş arasında eşit işlem esasını (m.3/1) koymuştur³¹.

Türkiye sözü geçen anlaşmaya girmiştir (RG. 9.6.1973 - 14559).

d- Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (18.4.1964)

Sözleşme ulusların farklı anayasal ve sosyal sistemlerine bakmaksızın aralarında dostane ilişkilerin gelişmesine katkıda bulunmak amacıyla üye ülkeler arasında imzalanarak yürürlüğe konulmuştur.

Sözleşmenin 33. maddesinde diplomatik ajan ile onun münhasır hizmetinde bulunan özel hizmetçilerin sosyal güvenliğini aynen şöyle düzenlemiştir:

²⁸ **Duygulu**, Ercan, İşveren Yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu Mevzuatı, Manisa 1992, s.10.

²⁹ Üye devletlerin onaylayacakları riskler konusunda sahip oldukları ve bağlı buldukları seçme hakkında bak. **Tuncay**, Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. bası, İst. 1984, s.23-24.

³⁰ **Şanlı**, Cemal, Türkiye'de Yabancıların Sosyal Güvenliği, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB), sayı 2, T.1981, s.26; **Tuncay**, age, s.23-24.

³¹ **Şanlı**, Cemal, agm. S.26-27; **Güzel/Okur**, s.44.

Madde 33: «1. Bu maddenin 3. fıkrası hükümleri saklı kalmak şartıyla, bir diplomatik ajan, gönderen Devlet için yapılan hizmetler bakımından kabul eden Devlette yürürlükte olan sosyal güvenlik hükümlerinden bağışıktır.

2. Bu maddenin 1. fıkrasında öngörülen bağışıklık, aşağıdaki şartlarla bir diplomatik ajanın münhasır hizmetinde bulunan özel hizmetçilere de uygulanır.

a) Kabul eden Devletin vatandaşı olmamaları veya kabul eden Devlette daimi ikametgahları bulunmaması ve

b) Gönderen Devlette veya bir üçüncü Devlette yürürlükte olan sosyal güvenlik hükümlerinden yararlanır olmaları.

3. Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen bağışıklıktan yararlanmayan şahısları istihdam eden bir diplomatik ajan, kabul eden Devletteki sosyal güvenlik hükümlerinin işverene yüklediği vecibelere riayet edecektir.

4. Bu maddenin 1. ve 2. fıkrasında öngörülen bağışıklık, kabul eden Devletin müsaadesi şartıyla, bu Devletin sosyal güvenlik sistemine kendiliğinden katılmaya engel değildir.

5. Bu madde hükümleri, sosyal güvenlik hakkında daha önce akdedilmiş iki-taraflı veya çok-taraflı andlaşmaları etkilemez ve gelecekte bu gibi andlaşmaların akdedilmesine engel teşkil etmez».

Görüldüğü üzere anlaşma kural olarak diplomatik ajanları ve belirli şartlarla onların özel hizmetinde çalışanları yerel sosyal güvenlik rejiminden bağışık tutmuş bulunmaktadır. Bununla beraber kabul eden devletin sosyal güvenlik mevzuatı müsait olmak şartıyla isteğe bağılı olarak yerel sosyal sigorta rejimine katılmaya mani değildir.

Devletler Hukukuna göre diplomatik özellikleri ve dokunulmazlıkları bulunan elçilik ve konsolosluklar gibi yerlerde yerel işyeri mevzuatı gibi sosyal güvenlik mevzuatı da uygulanmaz. Ancak sözkonusu işyerlerinde çalışan Türk uyruklu personelin sigortalılık durumları farklıdır. Sayın Ercan Duygulu «ancak bu işyeri işverenlerinin kuruma müracaat ederek, işyerlerinde çalışıp da kendileri için gerekli belgeleri düzenleyip prim ödemek istedikleri Türk personeli için prim ödendiği sürece, sigortalı sayılacak, bunun dışında herhangi bir işlem yapılamayacaktır» demektedir³². Kanımızca görüşte isabet payı yoktur. Bilindiği üzere anılan sözleşme açıkça bu tür yerli çalışanları zaten bağışıklıktan istisna etmiştir (Söz. m.33/2-a). Sözleşme karşısında sayın yazarın görüşü, ancak kabul eden devletin vatandaşı olmayan veya orada daimi ikametgahı bulunmayan yabancı özel hizmetkarlar bakımından geçerlidir. Belirtilen şartlar yoksa, anılan kimseler açısından yerel sosyal güvenlik rejimi

³² **Duygulu**, Eercan, age, s.10.

zorunludur. Anlaşma uyarınca sözkonusu şartları taşımayan çalışanları istihdam eden diplomatik ajanlar, kabul eden devletin sosyal güvenlik mevzuatının işverene yüklediği vecibelere uymak zorundadır (m.33/3). Aynı zorunluluk gönderin devletin veya üçüncü devletin sosyal güvenlik hükümlerinden yararlanmayan tüm çalışanlar için de geçerlidir (m.33/2-b).

Sayın Duygulu pek haklı olarak «diplomatik dokunulmazlığı bulunmayan yabancı kuruluşlar ile dini kuruluşlarda (patrikhane, kilise gibi) işverenlerle aralarında hizmet akdi bulunmak koşuluyla Türk personeli hakkında ise, sosyal sigortalar hükümlerinin uygulanması doğaldır» demektedir³³.

Kanımızca yabancı hayır ve eğitim kurumlarında bu işyerlerine ekleyebiliriz.

Türkiye bu sözleşmeye katılmıştır (RG. 24.12.1984 - 18615)

e- Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (24.4.1963)

Diplomatik ilişkiler hakkında belirtilen amaçlar doğrultusunda konsolosluk ilişkileri hakkında sözleşme daha kapsamlı düzenlenerek yürürlüğe konmuştur.

«Sosyal sigorta rejiminden bağışıklık» başlığı altında m.48’de konsolosluk mensupları ve onlarla birlikte yaşayan aile efradı ile bunların özel hizmetinde bulunan özel personel mensuplarının sosyal güvenliği diplomatik ilişkiler hakkındaki sözleşmeye benzer bir rejimi aynen şöyle düzenlemiştir:

Madde 48: «1. Bu maddenin 3. fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, gönderen Devlet’te gördükleri hizmetler konusunda konsolosluk mensupları ve onlarla birlikte yaşayan aileleri efradı, kabul eden Devlet’te yürürlükte bulunan sosyal sigorta hükümlerinden muaftırlar.

2. Bu maddenin 1. fıkrasında öngörülen bağışıklık, konsolosluk mensuplarının özel hizmetinde bulunan özel personel mensuplarına da keza aşağıdaki şartlarla uygulanır.

a) Kabul eden Devlet vatandaşı olmamaları ve kabul eden Devlet’te devamlı ikametgahı bulunmaması ve

b) Gönderen Devlet’te veya üçüncü bir Devlette yürürlükte olan sosyal sigorta hükümlerine tabi olmaları.

3. Hizmetlerinde bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen bağışıklığın uygulanmadığı kişiler bulunan konsolosluk mensupları, kabul eden Devlet’in sosyal sigorta mevzuatının işverene yüklediği yükümlülüklerle uymalıdırlar.

³³ **Duygulu**, Ercan, age, s.10.

4. Bu maddenin 1. ve 2. fıkralarında öngörülen bağışıklık, kabul eden Devlet mevzuatının yer vermesi şartıyla bu Devlet'in sosyal sigorta rejimine isteyerek tabi olabilme olanağını ortadan kaldırmaz».

Anlaşıldığı gibi sözleşme, prensip itibariyle konsolosluk üyeleri ile ailelerini ve onların özel personelini belirli şartlar altında mahalli sosyal güvenlik sisteminden bağışık tutmuştur. Buna rağmen yerel devletin mevzuatı yer vermesi koşuluyla isteğe bağlı olarak anılan kişiler ondan yararlanabilirler (m.48/4).

Türkiye anılan sözleşmeyi onaylayarak taraf olmuştur (RG. 27.9.1975 - 15369).

B- Avrupa Konseyi Hukukunda

a- Uluslararası Nakliyat İşlerinde Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliğine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Paris, 27.7.1950)

1.6.1953'de yürürlüğe girmiş olan bu sözleşme uluslararası kara, hava, iç su ve demir yolu ile yapılan uluslararası taşımacılıkta çalışanların sosyal güvenlik meselesi uluslararası boyut ve standartta çözümlenmiştir (m.2-4)³⁴.

Uluslararası çalışma örgütünün önderliğinde hazırlanan bu sözleşmeye Türkiye'de katılım bulunmamaktadır (RG. 22.12.1960 - 10687).

b- İhtiyarlık, Maluliyet ve Ölüm Hallerine İlişkin Sosyal Güvenlik Rejimleri Avrupa Ara Anlaşması (Paris, 11.12.1953)

1.7.1954 senesinde yürürlüğe giren anlaşmanın giriş kısmında vatandaş ile yabancı arasında sözkonusu sosyal güvenlik konularında eşitlik esasını öngörmüştür. M.2/1'de de aynı şartlarla faydalanma hakkı vurgulanmıştır.

Sözleşmeye ait Ek Protokolde mülteci deyimi tanımlandıktan sonra (m.1), madde 2'de şu hüküm sevk edilmiştir: «Esas anlaşma hükümleri akit devletlerin vatandaşları hakkında hangi koşullarla uygulanıyorsa mülteciler hakkında da aynı şartlarla uygulanır».

c- Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi (Paris, 14.12.1972)

1.3.1977'de yürürlüğe girmiş olan bu temel sözleşmenin girişinde sosyal güvenlik mevzuatında akit devlet vatandaşlarıyla mülteci ve vatansız kimselere

³⁴ Şanlı, agm, s.26.

eşit işlem yapılacağı esası getirilmiş, madde 2’de de sosyal güvenliğin kapsamının geniş tutulduğu açıklanmıştır³⁵.

Türkiye anılan sözleşmenin âkit tarafıdır (RG. 21.2.1977 - 15857).

d- Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi (Strasbourg, 24.11.1977)

Sözleşmenin girişinde Avrupa konseyi üyesi ülkelerin vatandaşı olan göçmen işçilerin her hususta, işçi olan ülkelerin vatandaşlarının tabi tutuldukları statü düzeyinden daha düşük düzeyde olmayacak şekilde düzenlenmesini öngörmüştür³⁶.

Türkiye Sözleşmeyi onaylamıştır (RG. 27.1.1981 - 17233).

e- Avrupa Sosyal Şartı

Daha önce de değindiğimiz bu önemli belgede, belirli kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla eşitlik kuralı çerçevesinde âkit tarafın vatandaşlarına diğer bir sözleşmecî taraf ülkede kazanç getirici herhangi bir işte çalışma hakkı (m.18) ile «toplumsal güvenlik hakkı» (m.12), göçmen işçilerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı (m.19) düzenlenmiştir³⁷.

2- İç Hukukta Yabancıların Sosyal Güvenliği

A- 1961 Anayasası

Anayasada herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir denildikten sonra; yabancılar için temel hak ve özgürlükler milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir denilmiştir (m.13). Söz konusu hükümler bir sonraki Anayasa tarafından da aynen benimsenmiştir.

B- 1982 Tarihli Anayasa

Madde 60’da herkese sosyal güvenlik hakkı tanıldıktan sonra, «Yabancıların Hukuki Durumu» başlığını taşıyan 16. maddede temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir.

Anayasanın bu buyurucu direktifini hiyerarşik olarak diğer kanuni kaynaklar izlemiştir. Şimdi sözü edilen temel mevzuatımızı yabancılar açısından inceleyebiliriz.

³⁵ **Şanlı**, agm, s.27; **Tunçomağ**, Kenan, «Avrupa Sosyal Güvenlik sözleşmesinin Ana Çizgileri», Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İst. 1979, s.115–150.

³⁶ **Güzel / Okur**, s.46-47.

³⁷ **Talas**, s.179-180.

C- Kanunlar

a- Emekli Sandığı Kanunu (8.6.1949)

5434 sayılı Kanuna göre Emekli Sandığının kapsamına girebilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmıştır (m.12/1).

Sosyal güvenliğe ilişkin temel mevzuatımız içinde Türk vatandaşlığını açıkça arayıp şart koşan ender, hatta tek olduğunu söyleyebiliriz. Yabancılar, Kanununun kapsamı dışında tutulduğundan onların Emekli Sandığının sosyal güvenliğinden yararlanmaları kabil değildir³⁸.

b- Sosyal Sigortalar Kanunu (17.7.1964)

506 sayılı olup 1.3.1965 tarihinde uygulanmaya giren SSK, vatandaşların sosyal güvenliğini düzenlerken, genel olarak yabancıların sosyal güvenliğini düzenlememiş, ancak bir grup yabancıyı dışında yabancıların yararlanmalarını engelleyici herhangi bir hükümde yer almamıştır.

Aksine m.3/I-G bendinde yabancı bir ülkede bulunan herhangi bir işletme veya kurum tarafından o işyeri adına ve hesabına Türkiye'ye gönderilen yabancı işyeri temsilcilerini -eğer- kendi ülkelerinde sigortası bulunduğunu bildirdiği takdirde SSK'ya tabi tutulmayarak tamamen kapsam dışında bırakmıştır. Buna karşı m.3/II-A bendinde ise sadece bazı sigorta kolları bakımından (ki bunlar malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarıdır) kurumdan yazılı istekte bulunmadıkça kısmen kapsam dışında bırakmıştır³⁹.

Sonuç olarak yabancı kişilerle ilgili iki maddenin içeriğinden çıkan sonucu özetlersek görüldüğü gibi, hukukumuzda yabancılık prensip olarak sosyal güvenlik hakkından yararlanmaya engel değildir. Yalnız kanun koyucu onların yararlanmalarını kendine özgü bir biçim ve usulde düzenlemiştir.

c- Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu (Bağ-kur)

1971 tarih ve 1479 sayılı olup uygulamada daha çok «Bağ-kur» olarak tanımlanan işbu kanun, sadece «Türk asıllı yabancıların» sigorta hakkından söz etmiştir. Türk soyluların dışındaki yabancıları kapsamı dışında bırakmıştır.

«Sigortalı Sayılmayanlar» başlığını taşıyan m.24/II-a hükmü, şöyle bir düzenlemeyi içermektedir: «Türk asıllı yabancılar hariç yabancı uyruklular ...».

³⁸ Şanlı, agm, s.26.

³⁹ Tuncay, Can, age, s.120-122; Şanlı, agm, s.25-26; Güzel / Okur, age, s.97-98; Duygulu, Ercan, İşveren Yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu Mevzuatı, s.9-10, 12.

Bu hükümden görüldüğü üzere Türk soylu yabancılar dışında diğer yabancılar Bağ-kur sosyal sigortasından yararlanamazlar⁴⁰.

d- Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun (RG. 12.1.1961 - 10705)

224 sayılı olan kanunda sağlık hizmetlerinden faydalanmanın sosyal adalete uygun bir şekilde ifasının sağlanmasını derpiş ederken şu temel prensibi koymuştur.

M.6 - «Türkiye Cumhuriyeti hudutları içinde yaşayan yabancı uyruklu şahıslar Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan bir yönetmelik hükümleri çerçevesinde ücret mukabili sosyalleştirilmiş sağlık hizmetlerinden faydalanabilirler.

4772 ve 5502 sayılı kanunlara tabi yabancı uyruklu sigortalılar sosyalleştirilmiş sağlık hizmetlerinden faydalanırlar».

Hemen işaret edelim ki, 4772 ve 5502 sayılı kanunlar SSK.nun 141. maddesiyle 1964'den itibaren yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

e- Serbest Bölgeler Kanunu (RG. 15.6.1985 - 18785)

3218 sayılı ve 6.6.1985 tarihli olan bu kanun serbest bölgelerde çalışan yabancıların çalışma ve sosyal güvenlik esasları hakkında şu hükmü taşımaktadır:

m.10 - «Serbest bölgelerde faaliyet gösterecek işyerlerinde yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı personel çalıştırılabilir. Buna ait esaslar yönetmelikte belirlenir.

Serbest bölgelerde Türkiye Cumhuriyeti sosyal güvenlik mevzuatı hükümleri uygulanır».

f- Yüksek Öğretim Kurumlarında Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanı Çalıştırılması Esaslarına İlişkin Karar (31.10.1983 - 18207)

Yüksek Öğretim Personel Kanununun (2914 sayılı) 16. maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 14.10.1983 tarihinde kararlaştırılan karar (karar sayısı: 83/7148) sözleşmeli yabancı uyruklu öğretim elemanlarının sözleşmeli çalışma esaslarını düzenlemiştir (m.1). Kanunun 12. maddesi sözkonusu öğretim elemanlarının sosyal güvenliği hakkında bir düzenlemeye sahiptir.

⁴⁰ Şanlı, agm, s.26.

Madde aynen şöyledir:

«Personelden, isteğe bağılı olarak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu uyarınca hastalık primi kesilir. Hastalandıklarında kendilerine Türk uyruklu ve 506 sayılı kanuna tabi olanlar eşidi işlem yapılır».

Görüldüğü üzere kararda bugün SSK Kanununa göre zorunlu olan hastalık sigortası isteğe bağılı tutulmuştur. Ancak istek durumunda vatandaşla eşitlik esası benimsenmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK SOYLU YABANCILARIN

SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

I- Genel Bilgiler

Kanun koyucumuz genel olarak yabancıların sosyal güvenliğe kavuşturulmasında Milletlerarası Hukukun estirdiği akıma uygun olarak eşitliğe doğru önemli adımlar götürürken, başka bir somut adım daha akarak «Türk soylu yabancıların» sosyal güvenliği hakkında tam eşitliği gerçekleştirmiştir. Türk soylu yabancıların çalışma hukuku alanında sağladığı geliştirmeye paralel olarak, onların sosyal güvencesi ve sigortası konusunda da büyük bir gayret sarfetmiş ve kanunen başarmıştır.

Türk soylu veya asıllı yabancıların sosyal güvenliğine geçmeden önce hemen önemle belirtelim ki, hukukumuzda geniş anlamda sosyal güvenlik sahasında değişik olanaklar daha tanınmıştır. Finansmanı çoğunlukla devlet tarafından sağlanan katılsız ve primsiz sosyal güvenlik rejiminin en yaygın teknik hizmet yollarından biri «sosyal yardımlar»dır⁴¹. Hukukumuzda Türk soylu yabancılara yönelik bu nitelikte çeşitli sosyal hakların tanındığını açıkça görmekteyiz. Aşağıda sosyal devlete doğru giderek yaygınlaşan sözkonusu sosyal yardımlara kısaca değindikten sonra, Türk soylu yabancı kişilerin Türkiye'deki sosyal güvenlik hakkına geçeceğiz.

II- Sosyal Yardımlar

1- Yabancı Memleketlerde Türk Asıllı ve Yabancı Uyruklu Öğretmenlere Sosyal Yardım Yapılması Hakkında Kanun (RG. 23.12.1960 - 10688)

168 nolu bu kanuna göre ecnebi ülkelerde Türk kültürüne hizmet eden yabancı uyruklu ve Türk asıllı öğretmenlerin görevden ayrılışları halinde topluluklarından veya uyuşunda bulunduğu devletten yeteri kadar yardım ya da emekli aylığı alamamış olması halinde, zorunlu sebepler dışında, başka bir ülkeye yerleşmek gayesiyle bulunduğu ülkeden ayrılmaması şartıyla (m.3)

⁴¹ Sosyal yardımlar için bak. **Tuncay**, s.44-51.

kendilerine «sosyal yardım» yapılır. Ölümünde ise sosyal yardım dul ve yetimlerine verilir (m.1). Kanunun yayımından önce geçmiş hizmetler ve görevden ayrılışlar da dikkate alınmıştır (Geçici m.9).

Görüldüğü üzere kanun koyucu yabancı ülkelerde Türk kültürüne hizmet eden gerek yabancı uyruklu, gerekse Türk asıllı öğretmenlere güzel bir jest ve âli-cenaplık davranışı sergileyerek onları kendi diyarlarında onore etmek üzere önemli nisbette sosyal yardım edilmesini öngörmüştür⁴².

2- Yüksek Öğretim Kurumlarında Cari Hizmet Maliyetlerine Öğrenci Katkısı Olarak Alınacak Katkı Payları ve İkinci Öğretim Ücretlerinin Tesbitine Dair Esaslar (RG. 1.9.1995 - 22391)

Anılan düzenleme normal öğretim (I.öğretim) öğrencilerinden alınacak katkı payları ile ilgili esasları düzenlerken, m.9'da yabancı uyruklu öğrencilerden -ikili anlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla- Türk vatandaşı öğrencinin katkı payının üç katı döviz olarak defaten alınır derken hemen sonra «Türk asıllı olmakla birlikte yabancı uyruklu statüsünde olan öğrencilerden alınacak öğrenci katkı payı miktarı, yükseköğretim kurulunca belirlenir» hükmü getirilmiştir. Bunu müteakip m.10 da önemli ileri bir adım daha atılarak «Türk Cumhuriyetleri ile Türk ve Akraba Toplulukları öğrencilerinden Devlet (Milli Eğitim Bakanlığı) burslusu olarak yükseköğrenim gören öğrenciler»in katkı payları «Milli Eğitim Bakanlığınca yıl içerisinde ilgili yükseköğretim kurumuna defaten aktarılır»denilmiştir.

Esaslarda «Türk Cumhuriyetleri ile Türk ve Akraba Toplulukları öğrencilerinden Devlet burslusu olarak yükseköğrenim gören öğrenciler» denildiğinden dolayı sözkonusu öğrencilerin devletten burslu öğrenciler olduğu anlaşılmaktadır.

Yükseköğretim Kurumu Madde 9'un verdiği esnek yetkiye dayanarak Devlet burslusu olmadan kendi özel olanaklarıyla gelip Türkiye'de okuyan Türk asıllı yabancı öğrencilere eşitlik esası üzerine kolaylık sağlamıştır. Bu uygulamaya göre Türk vatandaşı öğrenci ne kadar katkı payı ödüyorsa, Türk asıllı öğrencide, Türk soylu belgesine dayanarak aynı payı ödemektedir.

III- Sosyal Güvenlik Hakkı

1- Hukuki Dayanağı

Günümüzde sosyal hukuk devleti niteliğine paralel olarak gelişen sosyo-ekonomik hak ve özgürlüklerin başında hiç kuşkusuz çalışma hakkı ve onun adeta müteferri mütemmim ayrılmaz parçası olan mesleki sosyal güvenlik hakkının vatandaşlarla eşitlik kuralı çerçevesinde yabancılara tanınması olgusu,

⁴² Tuncay, s.46.

asrımızın önemli ve görkemli bir simgesidir⁴³. Türkiye Cumhuriyeti de çağımızın bu insancıl sosyal cereyanına ve insana dönük hizmete katılarak mümkün merteye mevcut gelişmeleri hukuk literatürüne katmaktadır⁴⁴. Bu kıvanç verici gelişmelerin benimsenmesi, insanlık tarihinin en önemli ve en büyük hizmetkarlarından birisi olan T.C.nin kurucusu aziz Atatürk'ün «Biz çağdaş medeniyetin üzerine çıkacağız» buyruğuna uygun destekler düşünce ve davranışlardır.

Açıklanan gelişmeler yönünde tam eşitliğin gerçekleştirilmesinde atılan somut önemli bir adım daha Türkiye'de çalışan Türk soylu yabancıların sosyal güvenliğinde 25.9.1981 tarihinde kabul eden -daha öncede değişik suretlerde değindiğimiz- ünlü 2527 Sayılı Kanun teşkil etmiştir (RG. 29.9.1981 - 17473). Kanunun 2. ve 5. maddeleri sosyal güvenlik hakkına temel hukuki ve kanuni dayanak teşkil etmektedir. Bundan başka kanunun uygulama yönetmeliğinin 2 ve 10. maddeleri bu istemi destekleyip fiilen yürürlüğe girmesine yardımcı olmuştur (RG. 14.1.1983 - 17928).

2- Hakkın Tanınması

2527 sayılı «Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun»da, Türk asıllı yabancı soydaşlara Çalışma Hukuku alanında yaratılan özel çalışma statüsünün en önemli ayrılmaz bir parçası ve uzantısı niteliğinde «sosyal güvenlik» ilişkisine değinilmiştir. Kanunun kapsamını belirleyen maddede aynen şu hüküm vardır:

M.2- «Bu kanun, Türk soylu yabancıların Türkiye'de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalıştırılabilmelerine izin verilmesine, mesleki kuruluş ve sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilerine, hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesine ilişkin hükümleri kapsar».

Benzer kural yönetmeliğin 2. maddesinde aynen tekrar edilmiştir. Sosyal güvenlik hakkına dair temel hüküm, «Tabi olacakları mevzuat» başlığı altında madde 5'de yer almıştır. Bunu takiben yönetmelik madde 10'da aynı başlıkta hükmün içeriğine ait düzenleme derpiş edilmiştir.

⁴³ Yabancılar Hukukunda genel olarak vatandaş ile yabancıların hukuki eşitliği için bak. Nomer, Ergin, Teba İle Yabancıların Hukuki Müsavatı; Yabancıların sosyal ve ekonomik yaşama katılımı için özellikle bak. age, s.69 vd.

⁴⁴ Genel olarak Yabancılar Hukukunda Yabancıların Sosyal ve Ekonomik Hak ve Özgürlüklerin Türkiye'de Gelişimi için bak. **Çelikel**, age, s.108 vd; **Tekinalp**, Gülören, age, s.113 vd; Yabancıların çalışma ve sosyal güvenliği için bak. **Göger**, Erdoğan, Yabancılar Hukuku, s.86-88.

Özetlersek diyebiliriz ki; Türk soylu yabancıların sosyal güvenliği konusunda, kanun ve yönetmelikte kapsamla ilgili birer, içerikle ilgili yine birer temel kural mevcut olup esas rol oynamaktadırlar. Sözü edilen maddelerin dışında başka bir kurala rastlanılmamaktadır.

Türk soylu yabancıların personel, çalışma ve sair konulara ilişkin mevzuat yanında sosyal güvenlik konusunda da eşit bir işlemi, karşılıksız öngören içeriğe yönelik hükümleri ard arda gördükten sonra açıklamalarımıza geçebiliriz:

Kanun m.5- “Bu Kanunun kapsamına girenler, çalıştıkları kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde uygulanan personel, sosyal güvenlik, çalışma, çalıştırma ve diğer konulara ilişkin mevzuat hükümlerine tabidir».

Yönt. m.10 - “Bu yönetmelik hükümlerine göre kendilerine serbestçe çalışma veya kamu veya özel kurum, kuruluş veya işyerlerinde çalıştırılabilmelerine izin verilenler, personel, sosyal güvenlik ... ve ... diğer konularda, aynı işlerde çalışan Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuat hükümlerine tabidirler. Bunlar Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle yukarıda belirtilen kanunlarda farklı bir işleme tabi tutulamazlar.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3 üncü maddesinin II’nci fıkrasının A bendi hükmü saklıdır».

Ayrıca «Haklarında Uygulanmayacak Hükümler» başlığını taşıyan m.7’de «Bu kanuna göre kendilerine izin verilenler, izin süresinci ... ilgili kanunların öngördüğü Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler» hükmü yer almıştır. Aynı hüküm yönetmelikte «Türk Vatandaşı Olma Şartının Aranmaması» ünvanında 11. madde de «... genel veya özel kanunların aradığı Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler» şeklinde açıklanmıştır.

Son maddeyi bir tarafa bırakırsak önceki iki maddeden ilk etapta aşağıdaki genel bilgileri ortaya serebiliriz:

A- Kanun diğer hususların yanı sıra, Türk soylu yabancıların sosyal güvenlik konusunu da prensip olarak kamu kurum ve kuruluşlarında uygulanan mevcut hükümlere tabi kılmıştır.

B- Atıfta bulunmak suretiyle sosyal güvenlik hakkının içeriğine yönelik yeni bir düzenlemede bulunmamıştır.

C- Uygulanan mevcut hükümlere tıpa tıp bağlı kılma, kural olarak «tam eşitliği» ifade eder. Bu tam eşitlik kuralıdır.

D- Tam eşitlik esasının benimsenmesi sebebiyle yeni düzenlemeye girişmekten kaçınmak, kanunun amacına bütünüyle uygun düşüp isabetli olmuştur.

E- Bundan dolayı Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik hakkına uygulanan hükümler, Türk soylu yabancılar için de uygulanacaktır.

Şu halde kanundan yararlanmak için:

a- Kişinin öncelikle Türk soylu yabancı kişi olması gerekir. Türk soylu tüzel kişi olmayacağından anılan yabancı «gerçek kişi»dir. Kanun yabancı kavramı kullanıp, yabancı ile yetindiğinden sözkonusu Türk soylunun «yabancı uyruklu» olması gerekmez. Zira kanun Türk soylu yabancıda vatandaşlık bağı aramamıştır. Yani illa yabancı devlet vatandaşı olması zorunlu değildir. Yeterki yabancılar hukukuna göre vatansız, mülteci veya yabancı devlet vatandaşı gibi yabancı kategorisine girmiş olsun⁴⁵.

b- Türk soyluluk veya asıllılık T.C. makamlarınca belgelenmelidir. Bu husus yönetmelikte «Çalışma İzni Verilmesine Ait Esaslar ve İzlenecek Usul» genel başlığı altında düzenlenen 3. maddede dolayısıyla şöyle açıklanmıştır: «... ve durumu Bakanlar Kurulunca tesbit edilmiş esaslara uygun olmak» (m.3/4); «Yabancılar için açılacak özel kütüklerde nüfus kayıtlarını tesis ettirdiğini belgelendirmek» (m.3/5) şeklinde açıklanmıştır.

c- Türkiye’de ikamet etmeli (m.1),

d- Meslek ve sanat dalında ihtiyacın bulunması (m.1),

e- Türkiye’de çalışmış veya çalıştırılmış olmalı,

f- Yetkili makamlarca kendilerine behemahal çalışma izni verilmiş olmalıdır (m.2-3).

Gerek kanun, gerek yönetmelikte «çalışma izni» alınması, «fiilen çalışmak» için öncelikle vazgeçilmez bir koşul olarak aranmıştır. Nitekim kanunda «Türkiye’de çalışmasına ... çalıştırılabilmesine izin verilmesine» (m.2); «kendilerine izin verilenler, izin süresince ... Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler» denilmiş (m.7); yönetmelikte bundan daha güçlü olarak «ilgili resmi veya özel kurum ve kuruluşlar iznin bittiği veya geri alındığı tarihten itibaren ilgilinin işine son vererek ilişkisini keser» (m.8); ve daha da açık bir biçimde «Ancak bunların atanmaları çalışma izni verilmiş olmalarına bağlıdır» (m.12/II, son cümle) direktiflerine yer verilmiştir.

Değinen hükümlerden çıkan sonuca göre;

aa- Çalışmalarına izin verilmeyenler veya izinsiz çalışanlar kanundan yararlanamazlar.

⁴⁵ Fazla bilgi edinmek için bak. **Sadrüleşrafi**, Hüseyin Ali, «Türk Soylu Yabancıların Çalışma Hakkı»...

bb- İzinsiz çalışılmayacağı için Kanunun sağladığı sosyal güvenlik hakkından da yararlanamazlar.

Görüldüğü üzere sosyal güvenlikten yararlanmanın ön koşulu bu kanuna göre uygun çalışma veya çalıştırma yapılmasına bağlıdır. Bu uygunluk ise usul ve esasları Bakanlar Kurulunca tesbit edilen çalışma izninin İçişleri Bakanlığından alınmasına bağlıdır. İzinsiz çalışma bu kanuna uygun çalışma sayılmayacağından, izinsiz çalışma bu kanuna nazaran hiçbir surette uygun olmaz⁴⁶.

Verilen genel bilgilerin ışığında konuyu açıklamak gerekirse kolayca diyebiliriz ki; kanuna egemen olan temel anlayış ve ana gayeden anlaşıldığı üzere kanun koyucu Türk soylu yabancıların sosyal güvenliği hakkında yeni bir düzenlemeye girişmekten kaçınarak, tümüyle iç mevzuata tabi kılmış ve aynen bağlamıştır (m.5). Yönetmelikte ise aynı düşünce ve mantık daha kuvvetli bir biçimde «aynı işlerde çalışan Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuat hükümlerine tabidir» denildikten sonra, bir ileri adım daha atarak açıkça «Bunlar Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle yukarıda belirtilen konularda farklı bir işleme tabi tutulamazlar (m.10/I) esasını hüküm altına alarak vatandaşlık bağından kaynaklanan «farklı muameleyi» yasaklayıp tam eşitlikçi bir uygulamanın yapılmasını emretmiştir. Bu suretle kanunun 7. maddesinde belirtilen «ilgili kanunların öngördüğü Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler» sonucuna ulaşılmıştır. Kuralda «belirtilen konular»ın içinde pek tabii sosyal güvenlik hakkı da bulunmaktadır. Görüldüğü üzere konulan kural ve benimsenen uygulama vatandaşlıktan doğan «farklı işlem yasağı» niteliğindedir.

Burada önemle başka bir hususu vurgulamak isteriz. O da yönetmeliğin 10. maddesinin ikinci fıkrasında sosyal güvenlikle ilgili olarak kanunda bulunmayan özel bir hükmün konuşlandırılmış olmasıdır. Sosyal Sigortalar Kurumunun sosyal güvenliği ile ilgili olan değinilen norm şöyledir: «506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3 üncü maddesinin II'nci fıkrasının A bendi hükmü saklıdır».

Genel kurallardan ve sözü geçen özel normdan çıkan sonucu genel olarak bir değerlendirmeye tabi tutarsak, söyleyebiliriz ki, hukuk sistemimizde Türk soylu yabancıların «genel sosyal güvenlik statüsü» hemen hemen aynen iç mevzuata tabi kılındığından pek farklılık göstermeyip aynıdır. Bu aynı zamanda farklı işlem yasağının doğal bir sonucudur. Bundan dolayı Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik statüsü prensip olarak Türk soylu yabancı çalışanlar hakkında da aynen uygulanır. Ancak sözkonusu prensibin önemli tek istisnası mevcuttur.

⁴⁶ Kanuna ögre uygun çalışma için bak. **Sadrulesrafi**, Hüseyin Ali, «Türk Soylu Yabancıların Çalışma Hakkı»...

Sözkonusu tek istisna ise SSK m.3/II-A bendidir. Sözlerimizi özetlersek diyebiliriz ki; Türk soylu yabancıların sosyal güvenlik statüsü Sosyal Sigortalar Kanununun m.3/II-A bendi ve çalışma izni alınması (m.3) dışında ilke olarak Türk vatandaşlarının aynısıdır, ayrı değildir. Kısaca sözü edilen istisna ve izin dışında ayrılık göstermemektedir.

Kanundan çıkan genel neticeye göre, Türkiye’de çalışan Türk soylu yabancıların sosyal güvenlik haklarını ve sosyal güvenlik kurum ve kuruluşlarıyla ilişkilerini irdeleyebilmek için genel olarak iç mevzuatı bilip, uygulamayı gözden geçirmek gerekir. Bunları açıklamadan Türk soylu yabancıların sosyal güvenlik hakkının içeriğini aydınlatıp anlatmak mümkün gözükmez.

Bilindiği üzere Anayasamız ve onun ışığında Çalışma Hukukumuz en demokratik ve özgürlükçü bir anlayışla çalışma hakkının bilfiil serbest, kamu kurum ve özel kuruluşlara bağlı değişik statülerde yapılabileceğini benimsemiştir. Hemen belirtelim ki, aynı demokratik düşünce eşitlik kuralı çerçevesinde 2527 sayılı kanuna da mümkün merteye yansımıştır. Yine bilindiği üzere Türk kanun koyucusu sosyal güvenlik hakkını çalışma statülerine göre başka başka sosyal güvenlik kurum veya kuruluşlarına tabi kılmıştır. Bu nedenle Türk soylu yabancıların sosyal güvenlik haklarını da iç hukuka uygun olarak çalışma durumu ve konumlarına nazaran ayrı ayrı ele alınıp irdelenmelidir. Bizde bu gerekliliğe paralel olarak sözkonusu kişilerin sosyal güvenlik haklarını sosyal güvenlik kuruluşlarından yararlanma ilişkisi çerçevesinde her statüye göre başlı başına inceleyeceğiz.

IV- Sosyal Güvenlik Kuruluşlarından Yararlanma Yolları

Aşağıda Türk soylu yabancı kişilerin sosyal güvenlik hakkını Türk sosyal güvenlik kuruluşlarından yararlanma yollarına nazaran ayrı ayrı gözden geçireceğiz.

A- Emekli Sandığından Yararlanma

657 sayılı «Devlet Memurları Kanunu»nun 4. maddesinde «kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle görülür» denilip, madde 1’de bu kanun «memurlar hakkında uygulanır» dedikten hemen sonra «sözleşmeli ve geçici personel hakkında bu kanunda belirtilen özel hükümler uygulanır» hükmü derpiş edilmiştir. Daha sonra m.4/D fıkrasında işçiler hakkında «bu kanun hükümleri uygulanmaz» denilmiştir.

«Sözleşmeli Personel» alt başlığını taşıyan m.4/B-III’de ise de «Ancak yabancı uyrukluların ... zorunlu hallerde sözleşme ile istihdamları caizdir» kuralı yer almıştır.

Nihayet Devlet memurluğuna alınacaklarda genel şartlar arasında «Türk vatandaşı olma» niteliği aranmıştır (m.48/A-1).

Sözkonusu düzenlemelerin ışığında «emeklilik hakları» başlığını taşıyan m.187 de «Devlet memurlarının emeklilik ve malüllük hallerinde ... sahip buldukları haklar emeklilik kanunlarıyla düzenlenir» denilmiştir.

Hükümde geçen emeklilik kanunlarının başında 5434 sayılı, 8.6.1949 tarihli «Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu» gelmektedir. «Sandıktan faydalanacaklar» başlığında m.12’de «Bu kanunda tanınan haklardan aşağıda ... yazılı yerlerde çalışanlardan, Türk uyruğunda olmak ve 18 yaşını bitirmiş bulunmak şartıyla ... faydalanırlar» emredici hüküm konulmuş, 13. maddede kanunla tanınan bir çok hak bentler halinde tahdidi olarak sayılmıştır.

Her iki temel kanundan açıkça görüldüğü üzere gerek memur olmak ve memur statüsünde kamu kurum, kuruluş ve işyerlerinde çalışabilmek (m.48/A), gerekse emekli sandığının sosyal güvenliğinden yararlanabilmek (m.12), Türk vatandaşlığı yadsınamaz bir ön şart olarak aranmıştır. Şu halde Devlet memurları Kanuna göre memur sıfatını kazanmak ve Emekli Sandığına üye olmak için Türk vatandaşı olmak şarttır. Başka bir deyişle Türk vatandaşlığı sıfatından yoksunluk mutlak yararlanma engeli teşkil eder.

Şu halde kolayca diyebiliriz ki; yabancılar kural olarak T.C.nde memur sıfatını kazanamayacakları gibi, emekli sandığının sağladığı sosyal güvenlik haklarından da yararlanamazlar. Bu kural bir genel yasaklama olmakla beraber 2527 sayılı kanunun bu yasağa çok önemli bir istisna getirdiğine tanık olmaktadır. Şöyleki; kanun koyucu Türk soylu yabancıların kamu kurum ve kuruluşlarında çalışabilmelerine veya çalıştırılabilmelerine olanak sağlarken (m.1) kanunun kapsamına girenlerin çalıştıkları kamu kuruluş ve işyerlerinde uygulanan personel, sosyal güvenlik, çalışma ve çalıştırma ve diğer konulara ilişkin hükümlerine tabi olduklarını ifade etmiş (m.5), en önemlisi kendilerine izin verilenlerin izin süresince ikamet ve çalışma ile ilgili kanunların öngördüğü Türk vatandaşı olma şartından istisna edildiğini açıkça belirtmiştir (m.7).

Değinilen hükümlerin buyruğu doğrultusunda 1983 de yayınlanan uygulama yönetmeliğinde daha doyurucu ve açıklayıcı hükümler yer almıştır. Sevk edilen önemli konular arasında madde 10’da kendilerine izin verilenler, «personel, sosyal güvenlik, çalışma, çalıştırma ... sosyal haklar ... ve ... diğer konularda, aynı işlerde çalışan Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuat hükümlerine tabidirler. Bunlar, Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle yukarıda belirtilen konularda farklı işleme tabi tutulamazlar» denilmiş; bu kimseler «bu izin süresince sadece Türk vatandaşlarına hasredilen işleri de yapabilirler» hükmü konmuş ve en önemlisi «Bunlar ... memur olabilmek için genel veya özel kanunların aradığı Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler» kuralı vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere değinilen hükümler «Devlet Memurları

Kanunu» ve «Emekli Sandığı Kanunu»nda aranan Türk vatandaşı olma genel şartını Türk soylu yabancılar bakımından kaldırmış bulunmaktadır. Bu nedenle Türk soylu yabancılar çalışma izni almak koşuluyla (Yönt. m.12/II), Türkiye Cumhuriyeti'nde atama yoluyla Devlet dairelerinde memur olarak memurluk yapabileceklerinden Emekli Sandığına da üye olarak kaydolup onun sosyal güvencesinden de yararlanabilirler.

Sonuç: Belirtilen gerekçelerle 2527 sayılı Kanun bir yandan 657 sayılı «Devlet Memurları Kanunu» öte yandan 5434 sayılı «T.C. Emekli Sandığı Kanunu»na çok önemli istisna getirerek Türk soylu yabancı soydaşlara devlet dairelerinde memur sıfatıyla çalışma hakkı ve bunun sonucunda Emekli Sandığının sosyal güvenliğinden yararlanma hakkı tanımıştır.

B- Bağ-kur Sosyal Güvenliğinden Yararlanma

1479 sayılı ve 1971 tarihli «Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu» (Bağ-kur) Türk soylu yabancıların sosyal güvencesini açıkça düzenleyen ender kanunlardan birisidir. Kanun m.24/I'de sigortalılar sayıldıktan sonra, II. fıkrasında «sigortalı sayılmayanlar» belirtilirken aynen şu hüküm geçmiştir: «Türk asıllı yabancılar hariç yabancı uyruklular». Hükümün bu dolaylı ifadesinden anlaşılıyor ki; Bağ-kur sosyal güvencesi kural olarak Türk vatandaşlarına tahsis edilmiş, fakat kanun koyucu bu tahsisi yalnızca Türk soylu yabancı kişiler bakımından kendisi kaldırmıştır. Zira yabancılık engeli diğer yabancı kategorileri için hala devam etmektedir.

Kanun koyucunun bu olumlu aktif tutumu Türk soylu yabancıların çalışmasına ilişkin 2527 sayılı Kanunun genel olarak bahsettiği hakkı doğrudan doğruya kendi alanında hüküm altına almaktan başka bir şey değildir. Kanunun bu sarıh hükmü olmasaydı dahi, serbestçe çalışmalarına izin verilen Türk soylu yabancılar anılan kanun delaletiyle Bağ-kur sosyal güvencesinden dolayısıyla yararlanabileceklerdir. Böylece genel olarak benimsenen yararlanma hakkı, doğrudan doğruya özel yararlanmaya dönüşmüştür. Kanun koyuculuk tekniği bakımından bazı mahzurları düşünülebilirse de, attığı cesur adım nedeniyle de takdire şayan bir davranıştır⁴⁷.

Sonuç: Sonuç itibariyle söyleyebiliriz ki; prensip olarak yabancılar Bağ-kur sosyal güvenliğinden mahrum iken, aksine Türk soylu yabancılar için engel sözkonusu olmayıp açık bir şekilde yararlanabilirler. Yeterki, izin alıp Bağ-kur sigortasına tabi bir meslek veya sanat dalında çalışmış olsunlar.

⁴⁷ Şanlı, agm, s.26.

Sayın Levent Akın'ın yazdığı «Bağ-kur Sigorta Yardımları» adlı değerli eserinde⁴⁸ yabancıların sosyal güvenliğine değinirken bir kaç konu hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Kolayca katılmak mümkün olmayan bu görüşleri birer birer aktaralım:

1. Bilindiği üzere Bağ-kur Kanunu Türk soylu yabancıları ayırt ederek kapsamı içine alırken, prensip olarak yabancıları kapsamı dışında tutmuştur (m.24/II-b). Yazar, yabancıların kapsam dışında bırakılmasının temelinde yatan gerçekleri anlatırken aynen şöyle devam etmektedir: «Kanımızca yabancıların kapsam dışında bırakılmasının temelinde yatan gerçek, devletin öncelikle kendi vatandaşlarına sosyal güvence sağlamak istemesidir. Gerçekten, kendi vatandaşlarına sağlamakta olduğu sosyal güvenlik henüz istenen seviyeye ulaşmamış iken, devletten bir de yabancılara kaynak ayırması beklenemeyecektir»⁴⁹.

Bu görüşe hemen katılmak mümkün değildir. Bir kere Anayasamızın sosyal güvenlik hakkını bir ayırım gözetmeksizin herkese temel bir hak olarak tanımıştır. Buna uygun olarak sosyal güvenlik hakkı hem Anayasal, hem de Uluslararası Hukukun evrensel koruması altındadır. Türkiye yabancıların sosyal güvenliği hakkında bir takım çok taraflı ve ikili anlaşmalar yapmıştır. Nitekim günümüzde bir çok yabancı kişi SSK'nın sosyal güvenlik şemsiyesi altında olup ondan yararlanmakta ve emekli maaşı almaktadırlar. Bundan dolayı bu fikre katılmak temel gerçeklere ters bulunduğundan mümkün değildir.

2. Sayın yazar benimsediği sözkonusu yanlış kanının sonucu hemen şöyle demektedir: «Bu sebeptendir ki, Bağ-Kur sigortalısı olan bir Türk vatandaşının, vatandaşlığını yitirmesi halinde Bağ-Kur sigortalılığının da sona ereceğini söyleyebiliriz»⁵⁰.

Açıklanan bu düşünceyi de onaylamak kabil değildir. Bağ-Kur sigortasını kazandıktan sonra, o kişinin Türk vatandaşlığını yitirmesi sigortalılığının da sona ermesine hemen sebep olmaz. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa ve Uluslararası Hukukun genel güvencesi altında olmasının yanı sıra, Yabancılar Hukukunun çok önemli ana erk ve ilkelerinden biri olan «kazanılmış haklara saygı» kuralı dairesinde kazanılmış hak mümkün merteye korunmaya çalışılır. Kanımızca buna iki özel gerekçeyi dahi ekleyebiliriz.

Birincisi kanunun kendisi bu hakkı Türk soylu yabancılara bile tanımıştır. Türk vatandaşlığından ayrılan kişi de bu çerçevede değerlendirilip en az onlar kadar korunur.

⁴⁸ Akın, Levent, Bağ-kur Sigorta Yardımları, Ankara 1996.

⁴⁹ Akın, Levent, age, s.8.

⁵⁰ Akın Levent, age, s.8.

İkinci olarak daha önemlisi 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 29. maddesi genel olarak yabancı muamelesine tabi olmaya işaret ettikten hemen sonra «Ancak doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan Bakanlar Kurulundan çıkma izni almak suretiyle yabancı bir Devlet vatandaşlığını kazanan kişiler ve bunların kanuni mirasçıları, Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma ... gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler» derken 33 ve 35. madde hükümlerini saklı tutmuştur.

Sosyal güvenlik hakkının, çalışma hakkının ayrılmaz bir uzantısı ve ürünü niteliğinde olduğundan kuşku yoktur. O itibarla konuyu bu bağlamda da değerlendirmek gerekirse, rahatlıkla diyebiliriz ki; genel yabancı muamelesi karşısında Türk hukukunun zaten sosyal güvenlik hakkını herkese tanıdığını, eski Türk vatandaşı olması karşısında ise, Türk vatandaşlığını kayıp yolu, şekli ve nedenine bakmak gerekir.

Özetle diyebiliriz ki; yabancılar genel olarak ülkemizde sosyal güvenlik haklarından yararlandıklarından, Bağ-Kur sosyal sigorta hakkını kazandıktan sonra Türk vatandaşlığından ayrılan kişinin sigorta hakkı, kazanılmış haklara saygı kuralının koruması altında korunur. Ayrıca Türk Vat. K. 29. maddesinin genel yabancı muamelesi yahut eski Türk vatandaşı olmasının bahsettiği korunmasından da yararlanır. Son olarak Bağ-Kur kanununun kendi kapsamı içinde de korunabilir. Bundan dolayı sayın genç hukukçunun bu tezinde isabet payı yoktur.

3. Üçüncü olarak belirtilen gerekçeler ışığında sayın yazarın ifade ettiği: «Diğer bir deyişle kendilerine malullük ya da yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra yabancı bir devlet uyruğuna geçen Türk vatandaşlarının anılan aylıkları almaları mümkün olmamalıdır. Ancak bunların yatırdığı primler toptan ödeme şeklinde kendilerine geri verilebilmelidir»⁵¹.

Bu fikirde de doğruluk payı yok denecek kadar zayıf olduğundan doğru bulmamaktayız.

4. Yine bilindiği üzere Türk Hukuk Mevzuatı bazı işleri kural olarak Türk vatandaşlarına tahsis ederek anılan çalışma alanlarını yabancılara yasaklayıp kapatmıştır. Buna karşı 2527 sayılı Kanun, sözkonusu sınırlama ve yasaklamaları Türk soylu yabancılar için belirli şartlarda ilke olarak kaldırmıştır. Mevcut haliyle Bağ-Kur kapsamına giren sanat ve mesleklerin icrası bakımından anılan yabancılar için herhangi bir kısıtlama yoktur. Bundan dolayı sayın yazarın «Bağ-Kur'a üye olabilecek yabancıların bu yasak işlerle

⁵¹ **Akm**, age, s.8-9.

ilgilenmeleri halinde, Bağ-Kur sigortalılığı hakkından yararlanmaları mümkün değildir» görüşünü⁵² Türk soylu yabancılar açısından değerlendirirsek, gerçekleşme olanağı yok denecek kadar çok zayıftır; alalade diğer yabancılar yönünden değerlendirirsek, zaten kanun kapsamı dışında tutulduklarından esasen yararlanmaları mümkün değildir. Ancak bir hususu önemle vurgulamakta bir hayli yarar vardır. O da şudur: Yabancılar Hukukumuzda sosyal güvenlik kuruluşları cephesinden Bağ-Kur sigortası kapsamına giren çalışma alanları bulunmaktadır. Örneğin 1932 Tarih ve 2007 Sayılı Kanuna (RG. 6.6.1932 - 2126) göre yabancıların il ve ilçe merkezlerinde mağaza açmaları olanaklıdır (m.8). Fakat Bağ-Kur Kanununda yabancılar sigorta kapsamı içine alınmayıp dışında tutulmuştur. Kanımızca çalışmalarına izin verilen alalade yabancılar da kanunda düzenlenmemesine rağmen, özel sigortalardan⁵³ yararlanmalarının yanında, resmi zorunlu sigorta⁵⁴ kuruluşu olan Bağ-Kur'dan da yararlanabilmelidirler. Bu nedenle bu tür bağımsız çalışan yabancıların açacakları bir iptal davasında -SSK'daki gibi- bu kurumlardan da yararlanabileceklerdir. Sayın hukukçunun görüşünü ileriye dönük bir öneri olarak ele alınsa dahi yine de doğru gözüküyor.

C- Sosyal Sigortalar Kurumu Sosyal Güvenliğinden Yararlanma

a- Genel Olarak Yabancıların Yararlanması

506 sayılı ve 1964 tarihli kanunla kurulan bu önemli ve çok geniş sosyal güvenlik kurumunun güvencesinden bir hizmet akdine⁵⁵ dayanarak bir veya bir kaç işveren tarafından çalıştırılanlar yararlanırlar (m.2).

«Sigortalı Sayılmayanlar» başlığını taşıyan m.3'de yabancıların sosyal güvencesi bakımından iki önemli hüküm serd edilmiştir. Bu hükümlere değinelim:

M.3/I- «Aşağıda yazılı kimseler bu kanunun uygulanmasında sigortalı sayılamazlar:

G- Yabancı bir memlekette kurulu herhangi bir müessese tarafından ve o müessese nam ve hesabına Türkiye'de bir iş için gönderilen ve yabancı memlekette sigortalı olduğunu bildiren yabancı kimseler,».

⁵² **Akın**, age, s.8.

⁵³ Özel sigortalar için bak. **Tuncay**, s.63-67.

⁵⁴ Zorunluluk esasına dayanan zorunlu sigorta kavramı için bak. **Tuncay**, s.86.

⁵⁵ Hizmet akdi veya ilişkisi için bak. **Sözer**, Ali Nazım, Sosyal Sigorta İlişkisi, s.160-197; **Narmanoğlu**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 2. bası, İzmir 1994, s.131 vd; **Çelikel**, Nuri, age, s.68 vd.

Görüldüğü üzere (G) bendinde bulunan ve o statüde Türkiye’de çalışan yabancı kimseler kanunun uygulanması çerçevesinde sigortalı sayılmadıklarından SSK.nun sosyal güvencesinden yararlanamazlar⁵⁶. Burada kesin kanuni engel ve mutlak mahrumiyet sözkonusudur. Anılan yoksunluğu kavramak güç değildir. Hüküm kişiyi çifte sigortalı olma zorunluluğundan ve onun mali külfetinden -ve bir açıdan lüksünden- kurtarmayı ve buna meydan vermemeyi amaçlamıştır.

Yargıtay 10.HD. 14.3.1975, E.6558, 1427 sayılı kararında yabancı ülkede sigortalı olduğu belli bulunan kimselerin 506 sayılı SSK. açısından sigortalı sayılmamaları için memleketlerinde sigortalı olduklarını bildirmelerine gerek bulunmadığına ve bu hükümdeki bildirme şartının durumu belli olmayanlar için sözkonusu olacağına işaret ederek yabancı bir ülkede sigortalı olduklarına kurumca da itiraz olunmayan yabancı işçilerin sigortalı sayılmayacaklarına karar vermiştir⁵⁷.

Prof. Kenan Tunçomağ’da aynı görüşü yansıtmıştır. Yazar: «Bu kişilerin sigortalı sayılmamaları için kuruma veya işverene herhangi bir bildirimde bulunmaları da gerekmez. Çünkü bunların sigortalı olmadıkları, SSK. 3/bent I-G’de açıkça belirtilmiştir. Ancak ücretlerinden yanlışlıkla prim kesilmesine engel olmak için, bu yolda bir bildirim yararlı olabilir» demektedir⁵⁸.

Prof. Şanlı’da bu teze şöyle katılmaktadır: «Bu tür işçilerin, Türkiye’de sigortalı sayılmaması için, başka bir ülkede sigortalı olduklarına dair herhangi bir bildirimde bulunmaları şart değildir. Bildirim, sadece durumu bilinmeyen işçilerin ücretlerinden prim kesilmemesi için gereklidir⁵⁹. Bizde bu görüşlere katılıyoruz.

Hemen belirtelim ki, SSK’ya tabi olmadan bu şekilde çalışan yabancı işçilerin Türkiye’de devam edip geçen çalışma süreleri hakkında kanunda herhangi bir sınırlama yoktur. O nedenle bu husus genellikle sözleşmelerde çözümlenmeye çalışılmıştır⁶⁰.

M.3/II- «Aşağıda belirtilenler hakkında bazı sigorta kolları uygulanmaz:

A- Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, bir işveren emrinde çalışan ve Türk uyruklu olmayan kimselerden kurumdan yazılı istekte bulunanlar hakkında ve istek tarihinden sonraki ay başından başlanarak uygulanır».

⁵⁶ **Tunçamoğ**, Kenan, age, s.113; **Narmanoğlu**, Ünal, age, s.86.

⁵⁷ **Çuhruk**, M. / **Çolakoğlu**, S. / **Bükey**, A., Sosyal Sigorta Şerh-İçtihat, Ankara 1977, s.88, No.57.

⁵⁸ **Tunçamoğ**, age, s..112.

⁵⁹ **Şanlı**, agm, s.25.

⁶⁰ Bilgi için bak. **Şanlı**, agm, s.25.

Bentte tahdidi olarak sayılan «malulluk, yaşlılık ve ölüm sigorta kolları» konusunda kurumdan yazılı istekte bulunmayan yabancılar hakkında uygulanmaz. Kurumdan istekte buldukları takdirde başvuru tarihinden sonraki aydan başlamak üzere anılan sigorta kolları yabancılar hakkında da tatbik edilir. Burada nisbi -kanuni- zorunlu olmayan bir yoksunluk sözkonusu olup uygulanması tümüyle yabancı hak sahibinin serbest iradesi ve tutumuna bırakılmıştır. Zira çalışan yabancı kimsenin bu konudaki istemi, belirleyici rol oynamaktadır. Şöyleki; yabancıların sözü geçen sigortaları seçme konusundaki irade beyanı, belirtilen sigorta kollarının direkt uygulanmasına neden olmakta, aksi takdirde kendiliğinden uygulanmayacaktır. Böylece kanun koyucu sözkonusu üç sigorta kolunda (malulluk, yaşlılık ve ölüm sigorta dalları) Türkiye’de çalışan yabancı işçiye seçim (option) hakkı tanımıştır⁶¹. Option hakkını kullanırsa anılan sigorta kollarının hepsini birlikte seçmiş kabul edilir. Option hakkını kullanmayınca zaten zorunluluk bulunmadığından yararlanma olanağı ve hakkı doğmaz. Option hakkının kullanılması zamanı konusunda da kanunda herhangi bir asgari ya da azami süre öngörülmemiştir. Bundan dolayı yabancı işçiler, işe başladıktan sonra istediği zaman değinilen sigorta dallarına başvurabilirler. Buna herhangi bir engel yoktur. Zira seçme hakkının kullanılması belirli bir süreyle sınırlandırılmamıştır. Kanun yalnız seçilen uzun vadeli sigorta kollarının, istek tarihini izleyen ay başından itibaren başlayacağını bildirmiştir.

Bundan başka kanun anılan uzun dönemli sigorta kollarından yararlanma için, kurumdan yazılı istekte bulunmalarını aramıştır. Ancak hemen belirtelim ki, uygulama ve doktrinde yazılı istem şekli hafifletilerek «yazılı istek» geçerlilik şartı değil, sadece ispat koşulu olarak değerlendirilmiştir⁶². Yargıtay 10.HD. iki kararında yazılı isteği bulunmayan, fakat primlerini ödemiş olan yabancı uyruklu da, sözü geçen sigortalardan yararlandırmıştır⁶³. Yargıtay bunu ne şekil ne de geçerlik şartı görmektedir. Bundan dolayı yüksek mahkemeye göre kurumdan hem yazılı istekte bulunmayan, hem de kendisinden prim kesilmeyen yabancı işçi, hizmet tesbiti⁶⁴ talebinde bulunamaz⁶⁵.

⁶¹ **Tunçamoğ**, Kenan, age, s.117-118; **Narmanoğlu**, Ünal, age, s.85.

⁶² **Tuncay**, Can, age, s.122.

⁶³ 5.10.1973 – 288/594 ve 30.12.1976 – 8246/8967 sayılı kararlar için bak. **Ozanoğlu**, Teoman / **Yazıcıoğlu**, Sıdkı / **Tümer**, H. Avni, Açıklamalı- İtihatlı Sosyal Sigorta Mevzuatı, I.Cilt, Ankara 1975, s.917; **Çenbenci**, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, s.133-137.

⁶⁴ Hizmet tesbiti için bak. **Sözer**, Ali Namız, age, s.73-81.

⁶⁵ Yargıtay 100 HD. 6.4.1969-8930/3096, İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Ağustos 1985, s.25; Ayrıca **Şakar**, Müjdat, «Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi», İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İst. 1991

Sözlerimizi genel bir değerlendirmeye tabi tutarsak özetle diyebiliriz ki; Türk vatandaşı olmamak SSK'dan yararlanma açısından bir mani teşkil etmemektedir. Türkiye'de hizmet sözleşmesi ile çalışan her yabancıya eşitlik kuralı içinde kısa süreli sigorta kolları (örneğin iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık) zorunlu olarak uygulanır. Bu yönden hiç bir fark mevcut değildir. Yalnız uzun süreli malulluk, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarında bir zorunluluk olmayıp seçmelik olması sebebiyle bir fark mevcuttur. Fakat bu konuda da tamamen serbest olup sosyal sigorta kurumuna istekte bulunmak suretiyle başvurabilirler. Yazılı istek konusunda da hukukçu ve yargıçlarımızın başlangıçtan beri çok toleranslı davrandığını belirttik⁶⁶.

Bundan başka Türkiye'nin bazı devletlerle yaptığı ikili sosyal güvenlik anlaşmalarında yazılı istem konusunda açık bir hüküm yoksa, yazılı istekte bulunmamış olsalar bile malulluk, yaşlılık, ölüm sigortalarına da zorunlu tabi tutulurlar⁶⁷. Çünkü ikili sözleşmelerde genel olarak çalışan akit devlet vatandaşları arasında vatandaşlık nedeniyle ayırım tamamen kaldırılmıştır⁶⁸.

Kanunda sözkonusu iki temel kuraldan başka, madde 7 de «İşveren tarafından geçici görevle yabancı ülkelere gönderilen sigortalıların bu kanunda yazılı hak ve yükümleri bu görevi yaptıkları sürece de devam eder» hükmü yazılmıştır. Hüküm adeta m.3/I-G bendine nazır, karşı bir norm niteliği durumundadır.

b- Türk soyluların yararlanması

2527 sayılı kanun Türk soylu yabancıların çalışma ve ona müteferri diğer hakların yanı sıra sosyal güvenlik hakkını da, genel olarak yabancılardan ayrı tutarak Türk vatandaşlarının statülerine yanaştırıp onların hükümlerine bağlamayı amaçlamıştır. Bu haliyle Türk soylu yabancıların sosyal güvenliğinde II. bölümde açıkladığımız Yabancılar Hukukunda yabancılara

⁶⁶ **Güzel**, Ali / **Okur**, Ali Rıza, Sosyal güvenlik Hukuku, s.97-98; **Tuncay**, A.Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. bası, İst. 1984, s.121; **Şanlı**, Cemal, «Türkiye'de Yabancıların Sosyal Güvenliği», s.25-26.

⁶⁷ **Tuncay**, Can, age, s.121; Ayrıca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 11.6.1977 – 1979/2530 sayılı kararına bakınız.

⁶⁸ İki tarflı Sosyal Güvenlik Sözleşmelerinin geniş listesi için bak. **Şanlı**, Cemal, agm, s.27-28; **Tuncay**, Can, age, s.27.28.

uygulanan SSK sosyal güvenlik esaslarına değil, daha önce değindiğimiz Türk vatandaşlarına uygulanan sisteme tabi olduğunu söyleyebiliriz. Bu yorum ve sav kanunun 5. maddesinin genel hükmüne de tamamen uygundur⁶⁹.

Bu teze karşı hemen önemle işaret edelim ki; uygulama yönetmeliğinde kanunda bulunmayan kayda değer çok belirleyici bir hükme yer verilerek saklı tutulmuştur. Madde 5'in uygulanmasına tekabül eden yönetmeliğin 10. maddesinin son fıkrasında aynen şöyle denilmiştir: «506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3 üncü maddesinin II nci fıkrasının A bendi hükmü saklıdır». Saklı tutulan m.3/II-A hükmü, bilindiği gibi yabancıların uzun vadeli ehemmiyetli bazı sigorta kollarından yararlanmak için (malulluk, yaşlılık ve ölüm sigorta hakkı) kurumdan istekte bulunmaya ilişkin kuraldır. Görüldüğü üzere kanunda bizzat herhangi bir ayırım ve hiç bir hüküm saklı tutulmazken, aksine yönetmelikte SSK kanununda yabancılarla ilgili iki hükümden biri olan m.3/II-A saklı tutulmuş, öteki hükmüne ise (m.3/I-G) dokunulmamıştır. Adeta kanuna göre, ek hüküm niteliğinde olan yönetmeliğin m.10/son fıkrasının etkin ve belirleyici hükmü karşısında hizmet akdine dayanarak çalışan Türk soylu yabancıların Sosyal Sigorta Kurumunun sosyal güvenliğinden yararlanma durumlarını gözden geçirmek zorunluluğunu doğurmuştur. Çünkü yönetmelikle saklı tutulmuş olan hüküm, kanuna rağmen Türk soylu yabancıların SSK'nın sosyal güvenliğinden yararlanmada farklılık öne çıkarıp değişik rol oynamaktadır. Şöyleki; kanun Türk soylu yabancıların sosyal güvencesini Türk vatandaşlarına tabi kılarken (m.5), yönetmelik durumlarını yabancıların statüsüne yaklaştırmıştır (m.10/son). Anılan saklı norm karşısında her iki pozisyonu başka bir deyimle SSK'ndan yararlanma durumlarını ayrı ayrı görelim:

c- Farklı Yararlanma Durumları

aa- Birinci Olarak: SSK. m.3/II-A Bendinin Uygulanması Açısından

Kanunlar hiyerarşisinde yönetmeliğin kanuna uygunluğu tartışmasını bir yana bıraksak, diyebiliriz ki; fiili uygulamada T.C.nde çalışan Türk soylu yabancıların malulluk, ihtiyarlık ve ölüm sigortalarından yararlanmak için kurumdan talepte bulunmaları veya hiç olmazsa ücretlerinden kesinti yapılarak primlerini fiilen ödemeleri gerekmektedir. Buna göre Türk soylu yabancılar açısından SSK Kanunu m.3/II-A bendi geçerli olup talep hükmü kaldırılmış değildir (Yönt. m.10/son). Şu halde uzun süreçli sigorta kollarından yararlanmada Türk soylularla diğer yabancılar arasında prensipte herhangi bir fark olmayıp aynı statüde bulunmaktadırlar. Sonuç olarak m.3/II-A'daki sigorta konularında Türk soylu yabancıların Türk vatandaşlarından ayrılıp yabancılar kategorisine yavaş yavaş yaklaştıklarını görmekteyiz.

⁶⁹ **Tunçamoğ**, Kenan, s.118.

Burada biri genel diğeri özel önemli bir düzenleme şekli üstünde duracağız:

aaa- Genel Olarak

Yabancıların SSK sosyal güvenliğine bağlanmada ikili ayırımı tabi tutulması, bir kısmının zorunlu bulunması, buna karşı özellikle uzun dönemde sonucu ortaya çıkan ve görünen çok önemli bir bölümünün isteğe bağlı kılınması, yabancıların sosyal güvenliğinde büyük sakınca, hatta risklere ve geniş çapta hak kayıplarına yol açacak niteliktedir. Nitekim bu tür bir düzenleme, çalışan yabancılar aleyhine olumsuz sonuçlara yol açtığına tanık olunmaktadır. Yabancıların derin teknik hukuki bilgiye sahip olmaması, kendisine SSK'lı yapılarak eline ihtiyarlık sigortası yapılmadan SSK üyelik kartının tutuşturulması, maaşından zorunlu olan sigorta primlerinin kesilip yatırılması ve günlük sağlık sigorta işlerinde işlevini normal olarak yerine getirmesi yabancı işgöreni büyük bir yanılgıya sevk etmektedir. Bu durum özellikle kötü niyetli işverenlere, yabancı çalışanların emeklerinin sömürülmesine uygun bir gedik açmaktadır. Çoğu kere yabancı işçi düştüğü tuzağın farkına iş işten geçtikten ve yılları heba olduktan sonra varmaktadır. Bazı işverenlerin bilgisizliği, bürokratik işlemlerde bunun yeterince önemsenmemesi, üzerine basılarak durulmaması ve sigortalının uyarılmaması gibi pek çok nedenlerle yabancıların çalışma yıllarını istemeden boşa çıkarmakta ve tehlikeye sokmaktadır. Yaşanan bir olayda kamu işverenin bilahare atadığı -hem de- iş hukuku mütehassısı olan bir temsilcisi gerçeğin tesadüfen o tarihte ortaya çıkması üzerine, kendisine iyiniyetle verilen tüm bilgi, belge ve yapılan uyarılara rağmen, gözü kapalı inkarcılığı yeğlemesi, SSK.nca gönderilen çalışma müfettişini aleyhe rapor yazdırmaya çalışması, açılan davada hukuk devletinin bağımsız iş mahkemesinde yenilince kabullenip karara⁷⁰ saygı göstereceğine sinirlenip tehditkar bir tavırla vazgeçirmeye çalışması bunu da başaramayınca beklenmedik bir anda eline geçirdiği ilk fırsatta iş hukukunun temel esaslarına aldırış etmeden apar topar işine son vermesi, sanırım tehlikenin bireysel, toplumsal ve hukuksal boyutu açıklanmış olur. Kanımızca yabancıların SSK sosyal güvenliğinden yararlanmada ikili ayırımı devam edip süre geldikçe, anlatılan muhtemel ağır risk ve tehlikelere karşı kesin önlem alınması kaçınılmazdır. Aksi takdirde bu sorunlar ve uyuşmazlıklar sürüp, masum kimselerin yaşamı ortada heba olup gidecektir.

Genel olarak üzerinde durulan tehlike ve sakıncanın önlenmesi için öncelikle ön şart olarak hizmet akdiyle yabancı işçi çalıştıran işverenlerin kanundaki düzenlemeye (ikili ayırımı) göre açıkça uyarılmaları gerekir. Ayrıca kesin önlem almak için, bir zamanlar (1985 den önce) yabancılarla evlenen

⁷⁰ Yayınlanmamış ilgili karar için bak. İzmir 1. İş Mahkemesi, Dosya No.1990/ E.1362, Karar 1991/839.

Türk kızlarının evlenme merasiminin heyecanı, coşkusu ve birlikteliğin verdiği haz ve neşesi içerisinde, içeriğini tam bilmeden ve olumsuz sonucunu arzulamayıp hiç istemeden Türk vatandaşlığının kaybına sorulan «kocanın vatandaşlığını istiyormusun» sorusu karşısında sarf edilen basit «evet»in yol açtığı kötü sonucu önlemek amacıyla 1985'te yayınlanan «Evlendirme Yönetmeliği»nin (RG. 7.11.1985 - 18921) m.31/III. fıkrasında öngörülen önleme benzer bir yöntemin⁷¹ işleme konulması elzemdendir. Buna göre, sigortalama sırasında behemahal yabancı çalışana, durum kurum yetkililerince anlatılıp istemi sorularak beyanı tutanağa geçirilmek suretiyle dosyanın ona göre açılıp işleme konulmasını öneririz.

bbb- Özel Olarak:

Belirtilen sakıncalı durum Türk soylu yabancı çalışanlar bakımından daha da artmaktadır. Daha önce de başka bir vesileyle ifade ettiğimiz gibi, 2527 sayılı kanun herhangi bir ayırım gözetmeden ve hiçbir hükmü saklı tutmadan Türk soylu yabancıların -öteki çalışma hakları gibi- sosyal güvenlik haklarını bütünüyle Türk vatandaşlarına uygulanan sisteme tabi kılmıştır (m.5). Halbuki uygulama yönetmeliğinde anılan maddenin uygulanmasına ilişkin olarak yabancılarla ilgili SSK. m.3/II-A bendi açıkça saklı tutulmuştur (m.10/II). Böylece genel olarak yabancı çalışanlara dair bir hükmün Türk soylu yabancı çalışan kimselere de aynen isteğe bağlı olarak uygulanmasını istemiş ve sağlamıştır. Kanunda düzenlenmeyen önemli bir hükmün ve onun yol açtığı çok farklı yaşamsal sonucun kaynaklar zincirinde alt kademedeki olan yönetmelikte saklı tutularak düzenlenmesi, kanun yapma tekniği yönünden sakıncası bir yana, sözkonusu kanuna dayanarak çalışanlar için gözden kaçacak, daha fazla olumsuzluğa yol açacak ve etkileyecek niteliktedir.

bb- İkinci Olarak: SSK. m.3/I-G Bendinin Uygulanması Açısından

2527 sayılı kanunun uygulanmasında SSK. m.3/I-G bendi saklı tutulmamış olması nedeniyle Türk soylu yabancı çalışanlara uygulanamayacağı izlenimi güçlü olarak vermekle beraber, kanımızca (G) bendinin konulmasının genel amacı ve ana gerekçesi gözönünde tutulursa buna da olumsuz cevap vermek gerekir. Anılan bendin (G) temel gayesi zorunlu çifte sigortalılığı önlemek ve böylece onun yol açacağı yüklü primlerini ödemekten yabancıyı kurtarmak ve

⁷¹ Evlendirme yönetmeliğinde öngörülen etkili önlem şöyledir: «Yabancı ile evlenen bir Türk kadını 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 19 uncu ve 42 nci maddeleri uyarınca evlenme sırasında kocasının vatandaşlığını seçmek istediği takdirde, evlendirme memuru bu husustaki beyanın Türk vatandaşlığını kaybetme sonucu doğuracağını kadına hatırlattıktan sonra bu yazılı beyanı alır, evlenme bildirimi ile birlikte nüfus idaresine gönderir».

korumaktır. Çalışan kişi lehine konulduğu anlaşılan bir hükmün 2527 sayılı kanunda saklı tutulmamış diye çalışanları mahrum bırakmak, gerek kanunun ruhuna, gerekse sosyal güvenlik genel anlayışına ters düşer.

Türk soylu yabancı çalışanlarla ilgili 2527 sayılı düzenlemenin temel hedefi onların sosyal güvenlik statüsünü prensip olarak Türk vatandaşlarına uygulanan hükümlere yaklaştırmak suretiyle, yabancılara sırf yabancı olmaları dolayısıyla uygulanan kurallardan ayrı tutmaktır. Sosyal güvenlik sistemimizde Türk vatandaşları için böyle zorunlu çifte sigortalılık lüksü yoktur. Aksine bir görüşün benimsenmesi ve uygulanması durumunda, Türk soylu yabancı çalışanlar, her iki gruptan dışlanmış olur. Şöyle ki; bir yandan Türk soylulukları dolayısıyla ilke olarak yabancı çalışanların yararlandıkları bir haktan mahrum edilmiş; öte yandan Türk vatandaşı bulunmadıkları için de, onlara tahmil edilmeyen ek bir yükümlülük bunlara yüklenmiş olunur. Her iki sonuçta, 2527 sayılı kanunun ratio legis'ine aykırıdır. Bütün bu sebeplerle 2527 sayılı kanunda açıkça saklı tutulmuş olmamasına rağmen,(G) bendinin Türk asıllı yabancı çalışanlara uyulmamasının doğru yanı ve haklılık payı yoktur veya asgari olarak çok azdır. Kanımızca yönetmelikte saklı tutulması gereken bent, belki bu hüküm olmalıydı.

Sonuç

Çağdaş anlamda sosyal güvenlik kavramı yaklaşık 19. çağda Avrupa'da meydana gelen yoğun sosyal olaylar ve toplumsal patlama ve ayaklanmalar ile devlet anlayışında ve siyasal doktrinde sosyal devlet niteliğinin öne çıkması sonucu «sosyal ve ekonomik haklar»ın düşünsel ve doktrinel temelleri atılarak, ancak XX. yüzyılda birinci dünya savaşından sonra, somut gerçekleştirme adımları atılıp bilahare ikinci cihan savaşından sonra yaygın bir şekilde giderek yoğunlaşmıştır. Son iki yılını yaşadığımız XX. yüzyılı sosyal açıdan insanın kendi yaşamı ve yaşam kaynağına yönelik değerlendirecek, insanlık tarihinde - iki dünya savaşının acılarını bir tarafa bırakırsak- «sosyal güvenlik asrı» olarak tanımlayabiliriz.

Başlangıçta vatandaşlara yönelik girişimler başlarken, zamanla evrensel temel hak ve özgürlük olarak herkese tanınması sonucu, yabancıları da kapsamıştır. Bunu vatandaş-yabancı ayırımı gözetmeden eşitlik ilkesi izlemiştir.

Türk kanun koyucusu da mümkün mertebe sözü edilen çağdaş gelişmelere-önemli sorunlara rağmen- ayak uydurarak hukukuna kazandırmıştır. Sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesi görev ve yetkisi değişik çalışma alanları ve hizmet şekline göre farklı sosyal güvenlik kuruluşlarına tevdi edilmiştir.

2527 sayılı kanun ise, eşitlik kuralı doğrultusunda Türkiye'de çalışan Türk soylu yabancı çalışan ve işçilerin sosyal güvenlik hakkında ileriye dönük atılan somut kanuni bir metin teşkil etmiştir. Yabancılar Hukukunda yabancıların sosyal güvenlik hakkı konusunda kendine özgü (sui generis) bir düzenleme ve uygulama alanı bulan anılan Kanun, Türk soylu / asıllı yabancılara soydaşlık esası üzerine bir hayli olanak sağlamıştır. Böylece Türk soylu yabancıların çalışma haklarını gerçekleştirme pozisyonlara göre, sosyal güvencelerini sosyal güvenlik kurumlarına binaen gözlemlersek özetle şu sonuçlar ortaya çıkar.

1- Emekli Sandığı Sosyal Güvenlik Kuruluşundan Yararlanmada

2527 sayılı kanun ilk kere yabancılara Emekli Sandığından yararlanma hakkı tanımıştır (m.5, 7). Buna göre, Türkiye'de kamu kesiminde kamu görevi yapan Türk soylu yabancılar da sözkonusu kanundan yararlanarak emekli aylığı alabileceklerdir.

2- Bağ-Kur Sosyal Güvenlik Kurumundan Yararlanmada

2527 sayılı kanunun ışığında Bağ-Kur Kanununun kendisi de bu hakkı doğrudan doğruya Türkiye'de çalışan serbest meslek ve sanat erbabına bahsetmiştir (m.1).

3- SSK Sosyal Güvenlik Kurumundan Yararlanmada 2527 sayılı kanun, Türk soylu yabancıların sosyal güvenliğini Türk vatandaşlarına bağlı tutmasına karşın, uygulama yönetmeliğinde SSK. m.3/II-A bendinin doğrudan doğruya

saklı tutması; öte yandan m.3/I-G bendi de zorunlu çifte sigortalılığa meydan vermemek için bir önlem oluşturduğundan, SSK.nun genel olarak yabancıların sosyal güvenliği konusunda öngördüğü mekanizma ister istemez Türk soylu yabancı çalışanlar hakkında da etkin bir farklılık göstermeden uygulanır. Anılan somut sonuçlar 2527 sayılı kanunun temel olarak hedeflediği amaca ters olup uygun değildir.

Sosyal güvenlik alanında kuruma başvuru zorunluluğunun bulunup bulunmaması açısından bazı sosyal güvenlik kolları arasında yaratılan ayırımın yabancıların uzun dönemli sosyal güvenliğinde beraberinde önemli sakıncaları barındırdığını ortaya koyduktan sonra, mevcut düzenleme tarzına karşı bir önlem alınması zorunluluğuna değinerek, özel bir önlem önerdik.

Sonuç olarak Türkiye’de hizmet akdiyle bir işverene bağlı olarak çalışan Türk soylu yabancılar, SSK.nun genellikle yabancıların sosyal güvenliğine ilişkin olarak düzenlediği normlara uygun şekilde SSK.nun sosyal güvenliğinden aynen yararlanırlar. Şöyleki; kısa dönemli sigorta kollarından her zaman kanunun emri gereği kendiliğinden, buna karşı uzun dönemli malullük, yatılık ve ölüm sigorta kollarından kurumdan istekte bulunmak veya fiilen primlerini ödemek kaydıyla yararlanırlar, aksi takdirde yararlanamazlar.

Görüldüğü üzere kanun koyucu Türk soylu yabancıların sosyal güvenlik statüsünü Türk vatandaşlarına adapte etmesine rağmen, yönetmelik yabancı çalışanlar için uygulanan düzenlemeye yanaştırmıştır. Bu durum Devletler Hususi Hukukunda (kanunlar ihtilafı kurallarında) yabancı hukukun tatbiki aşamasında tartışılan kamu düzenine aykırılık babında, uygun gibi görünen bir normun aykırı veya değişik sonuç vermesi, aykırı veya farklı görünen bir normun uygun sonuç vermesi ihtimaline ilginç somut bir örnek gösterilebilir.