

3201 SAYILI KANUNUN UYGULAMASINDA
YABANCI ÜLKELERDE ÇALIŞAN TÜRK
VATANDAŞLARININ TÜRKİYE' YE
KESİN DÖNÜŞ YAPTIKTAN SONRA ORADAN
KISA BİR SÜRE "İŞSİZLİK YARDIMI" ALMALARININ
SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA ETKİSİ

(Sosyal Yardımlar Arasında "İşsizlik Yardımı" nın Hukuki Niteliği)

Dr. Hüseyin Ali SADRULEŞRAFİ*

Sunuş

Bu makalenin öncüsü "*Yabancı Devletlerde Çalışan Türk Vatandaşlarının Ülkeye Kesin Dönüşlerinde Türkiye'de Sosyal Güvenlik Hakkından Yararlanmaları*" genel başlığı altında *Dokuz Eylül Üniversitesi "Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi" Cilt 4, Sayı 2, İzmir 2002, s. 83 – 111* yayınlanmıştır. Sözü geçen makalede genellikle teorik tartışmalarla konunun eleştirisel hukuki boyutu üzerine eğilirken, özellikle "hak düşürücü süreler", "zamanaşımı" kavramı ile "başvuru süresi" üzerinde durulmuştur. Söz konusu makalede davacının emeklilik başvurusunun Sosyal Sigortalar Kurumunca kabul edilmeyip geri çevrildiği, üstelik bilirkişinin mahkemeye verdiği olumsuz raporuyla emeklilik hakkının tehlike ve çıkmaza girdiği bir sırada sunduğum 5. 5. 2002 tarihli bilimsel raporda, aksi yöndeki kanaatimi belirtip kanıtlarken, ayrıca ileriye dönük kayda değer etkin bir öneri olarak bir adım daha atıp aynen şöyle demiştim: "*Ayrıca olayda, uyuşmazlığın başından beri önemle tartışılması gerekirken, önemsenmeyip geçiştiril-*

* Dokuz Eylül Üniversitesi Adalet Yüksekokulu ve Hukuk Fakültesi "Devletler Özel Hukuku" Öğretim üyesi.

len daha önemli bir konu dikkat çekmektedir. Şöyle ki, madde 6/B – I. fıkrası açık bir biçimde, kanundan yararlanmak yoluyla kendilerine emekli veya yaşlılık aylığı bağlanmış olanlardan yurt dışına gidip yeniden yabancı ülkede çalışmaya başlamalarında bağlanan maaşın kesileceğine hükmetmiştir. Başka bir deyişle kanunda aylık kesmenin yasal gerekçesi olarak yalnızca “tekrar yurt dışında çalışmaya başlamış” olma benimsenmiştir. Halbuki bu uyuşmazlıkta aylık kesmenin gerekçesi Almanya’da yeniden çalışmış olmak değil, aksine oradan bir süre önce kısa birkaç aylık işsizlik yardımı almış olması gösterilmiştir. Oysa ki, olayda davacının yabancı ülkede hiçbir surette yeniden çalışması söz konusu olmamış ve iddia da edilmemiştir. Sırf bu açıdan, SSK. nun aylık kesmeye ilişkin idari işlemi başlangıcından beri kanunun amir hükmüne aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Gerçekten yasanın “yabancı ülkede tekrar çalışmayı” bir “koşul” olarak arayan değinilen madde fıkrası şu direktif hükmünü taşımaktadır : “Bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir”. Nitekim uygulama yönetmeliğinin m. 12 / I. fıkrası bu hususu güçlü bir şekilde desteklerken, şu açıklığı getirmiştir: “Yurt dışındaki hizmetlerini borçlanarak aylığa hak kazananların bu aylıkları Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yapılmış olup, olmadığına bakılmaksızın herhangi bir ülkede çalışmaya başladıkları takdirde, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren kesilir”.

“Uyuşmazlıkta asıl tartışılması gereken önemli konu bu iken, nedense açılan her iki davada hiç tartışılmamıştır. Buna karşın yasada “çalışma” kavramı iki kere vurgulanarak yer almıştır. Eylemin söz konusu önemi ve özelliğine binaen, idarece alınan iptal kararının bizatihi kendisinde bu bakımdan yasaya uygun bir yön bulunmamaktadır. Bu nedenle davada 3. maddece aranan zamanaşımı koşulunun tartışılmasının bile fuzuli olduğu söylenebilir”.

İşbu ileriye dönük, öneri, görüş ve inancın ışığında bu makalede ise kanuni gerekçelerin yanı sıra, ağırlıklı olarak “çalışma” kavramı ile “işsizlik yardımı” kavramları üzerinde dururken, Yargıtay’ın özellikle 1998 yılından itibaren bu tür uyuşmazlıklar hakkında verdiği olumsuz kararlarla gelişen olaylar karşısında son zamanlarda takındığı tavrın genel değerlendirmesiyle birlikte yaşamın gerçeklerine yaslanan, hukuki gerekçelere dayanan dengeli adil bir hukuki sonuca varmaya çalışacağız. Bundan dolayı sayın okuyucuların daha önce veri-

len bilgiler ve uyuşmazlık üzerinde yapılan açıklamalar hakkında anılan dergiye bakmaları gerekir.

I - Giriş

Dava, yurda kesin dönüş yaptıktan sonra yabancı ülkeden kısa bir süre "İşsizlik Yardımı" alınmasına ilişkindi. İzmir 4. İş Mahkemesinde açılan Esas No: 2001 / 804 sayılı davada bilirkişice mahkemeye sunulan rapora karşı ileri sürdüğüm görüş, 8 Mayıs 1985 tarih ve 3201 sayılı "Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun" un madde 6/ B - II. fıkrasının bir emri ve gereğiydi. Gerçekten II. fıkra da anılan kanundan yararlanmak suretiyle kendilerine aylık bağlananlardan, sonra yurt dışına gidip orada çalışanların yeniden yurda kesin dönüş yapmaları halinde aylıkları müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanacağı amir bir biçimde kesin hükme bağlanmıştır. İdarenin sözü edilen yasal görevini herhangi bir kuşkuya mahal vermeyecek biçimde düzenlemiş olan emredici hüküm aynen aşağıdadır:

"Bunlardan yeniden kesin dönüş yapanların, bu hizmetleri 4. cü maddede hükümleri gereğince borçlanmaları şartıyla aylıkları bu süreler de dikkate alınarak yeniden hesaplanır. Bu borçlanmayı yapmayanların eski aylıkları yurda kesin dönüş tarihini takip eden ay başından itibaren müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanır".

Nitekim kanunun uygulama yönetmeliği"nin 12. maddesinin II. fıkrası da bu görüşe şu güçlü açıklamayı getirmiştir: "Yurda tekrar kesin dönüş yapanlara; talepleri üzerine eski aylıkları dönüş tarihini takip eden ay başından itibaren ödenmeye devam edilir" (RG. 15 Eylül 1985 - 18869).

II - Çalışma Kavramı¹

A - Genel Bilgiler

Olayda, uyuşmazlığın başından beri önemle tartışılması gerekirken,

¹ Çalışma kavramı ve çalışma türleri hakkında bak. NARMANLIOĞLU, Unal, İş (I), İzmir 1998, s. 3 vd, 68 vd, 131 vd; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul 1992, s. 1, 68 vd; TALAS, Cahit, *Toplumsal Politika*, Ankara 1990, s. 13 vd.

önemsenmeyip değinmeden geçirilen daha önemli bir hukuki konu dikkat çekmektedir. Söyle ki, madde 6/B – I. fıkrası açık bir biçimde, kanundan yararlanmak yoluyla kendilerine emekli veya yaşlılık aylığı bağlanmış olanlardan yurt dışına gidip yeniden yabancı ülkede çalışmaya başlamalarında bağlanan maaşın kesileceğine hükmetmiştir. Başka bir deyişle kanunda aylık kesmenin yegane yasal gerekçesinde yalnızca “tekrar yurt dışında çalışmaya başlamış” olma benimsenmiştir. Halbuki dava konusu uyuşmazlıkta aylık kesmenin gerekçesi Almanya’da yeniden çalışmış olmak değil, aksine oradan kısa bir süre işsizlik yardımı almış olmasına dayandırılmıştır. Oysa ki, olayda davacının yabancı ülkede hiçbir surette yeniden çalışması söz konusu olmamış ve iddia da edilmemiştir. Sırf bu açıdan, SSK. nun aylık kesmeye ilişkin idari işleminin, kanunun düzenlemediği bir konuya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim yasanın “yabancı ülkede tekrar çalışmayı” bir “koşul” olarak arayan madde fıkrası şu direktif hükmünü taşımaktadır:

“Bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir”.

Gerçekten yönetmeliğin m. 12 / I. fıkrası bu hususu güçlü bir şekilde desteklerken, konuya şu açıklığı getirmiştir:

“Yurt dışındaki hizmetlerini borçlanarak aylığa hak kazananların bu aylıkları Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yapılmış olup, olmadığına bakılmaksızın herhangi bir ülkede çalışmaya başladıkları takdirde, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren kesilir”.

Burada asıl tartışılması gereken önemli bir konu -açılan davalarda tartışılmamasına karşın- yasa metninde iki kere vurgulanarak yer alan “çalışma” kavramıdır. Eylemin söz konusu önemi ve özelliğine binaen, idarece alınan iptal kararının bizatihi kendisinde bu bakımdan yasaya uygun bir yön bulunmamaktadır. Bu nedenle bu davada 3. maddece aranan zamanaşımı koşulunun tartışmasının bile fuzuli olduğu -şimdiden- söylenebilir.

Olayın gelişme şeklinden özetle ve özellikle aşağıdaki hususlar ortaya çıkmaktadır:

1- Davacı ilk ifadesiyle 25. 2. 1994 tarihi itibariyle yurda kesin dönüş yaptığını belirtip kuruma belgelendirmiştir.

2- Buna ilişkin istemi SSK. uygun bularak borçlandırmayı sonuçlandırıp kendisine emekli aylığı bağlamıştır.

3- Bu arada davacı 1997' de emekli aylığının kurumca kesilmesine karar vermeden önce, yaklaşık bir yıl önce davacı 30. 1. 1996 tarihinde İzmir'de İşçi pasaportuna iptal damgası vurduğunu, b) bu arada yurda kesin dönüş yaptığını önemli kanıt sayılan ve açık niyetini kuşkuya yer bırakmadan ortaya koyan çok etkin bir adım daha atıp 4. 7. 1996 tarihi itibariyle SSK'dan *Almanya'daki sigorta primlerinin iadesini resmen istemiştir*. Bu hususa dair isteminin ise, kurumca kabul edilerek sigorta primleri –dahi- yurda getirilmiştir. Böylece davacı aylığı kesilmeden çok önce yurda dönüşe ilişkin kesin niyetini açıkça ortaya koymuştur.

4- Müteakiben kurum tarafından Eylül 1997 yılında yurda kesin dönüş yapmadığı hipoteziyle aylığı kesilince, süresi içerisinde alınan idari kararın iptali ve emekliliğinin tespiti amacıyla yetkili İzmir 2. İş mahkemesinde tespit davası açmıştır.

5- Sözü edilen davanın yanı sıra, çok önemli etkin bir idari tedbir olarak da 31. 7. 1998 tarihinde kurumdan – ihtirazi kayıtla - yeniden bir istemde daha bulunmuştur. İdarenin takındığı tutum karşısında ikinci bir kez daha yeniden 20. 7. 1995 tarih itibariyle yurda kesin dönüş yaptığını belirtmek zorunda kalmıştır.

B - Değerlendirme

Olay yukarıda belirtilen istikamette bir seyir ve gelişme gösterdiğinden, dava konusunun artık aylık bağlamaya ait düzenlemeyi içeren madde 6/A hükmüyle ilişkisi ikinci ya da arka planda kalıp, yukarıda değinilen açıklamalar ışığında aynı maddenin (B) fıkrasıyla ilgisi artmıştır. Zira (A) bendince aranan şartlar, olayda önceden gerçekleştiğinden artık geçmişte (mazide) kalmıştır.

Davacı, yabancı ülkenin sosyal güvenlik kuruluşundan kısa bir süre sosyal yardım niteliğinde "işsizlik yardımı" değil, aksine bilfiil çalışıp ücret almış olsaydı uygulanacak hüküm bellidir. Şöyle ki, tekrar yurt dışına gidişte uygulanacak hüküm madde 6 /B – I. fıkrası ve yeniden dönüş halinde ise, madde 6/B – II. fıkrasıdır. Açıkça düzenlenen bu hükümlerde yabancı ülkede yeniden bil–fiil çalışmanın bile, kesin dönüş olgusunu asla ortadan kaldırmadığı ve olumsuz etkilemediği

açıkça görülmektedir. Yabancı ülkede tekrar çalışmaya başlamanın bile maaşa ilişkin olumsuz etkisi ise, çok sınırlı kalmıştır. Buna göre yabancı ülkede çalışan vatandaş, yeniden ülkeye döner dönmez kesilen aylığı başvurusu üzerine akan bir elektrik cereyanı gibi hemen işlemeye başlamaktadır.

Yasada, yurt dışında yeniden çalışmaya başlama “kesin dönüş” kavramını ve koşulunu zedelemeyip olumsuz etkilemezken, düzenlenmemiş bir konuda tartışmadan istisnasız hemen nasıl kabul edilebilir. Zira yaratılan derin uyumsuzluk hatta uçurum hukuk anlayışı ve adalet dengesi açısından kolayca açıklanamaz boyuttadır.

III - Sosyal Yardımların Hukuki Niteliği

A - Genel Olarak

Olayda tartışılması gereken esas konu daha çok tartışılan “zamanaşımı” ve daha sonra tarafımdan tartışmaya açılan “yabancı ülkede yeniden çalışma” kavramından ziyade, aslında daha önemli ve belirleyici olan 3201 sayılı kanundan yararlanmak suretiyle Türkiye’de kendilerine emekli aylığı bağlananlardan, yeniden yurt dışına giderek çalışmaksızın yabancı devletten kısa bir süre “İşsizlik yardımı” almanın hukuki niteliğinin belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Zira olayda davacının emekli aylığının kesilmesinin tek gerekçesi, yabancı ülkenin sosyal güvenlik kuruluşundan bir süre önce “işsizlik yardımı” almış olması gösterilmiştir. Bundan dolayı olayın çözümünde belirleyici temel konu, tekrar gidilen yabancılıktan alınan işsizlik yardımının hukuki mahiyetinin belirlenmesi olmaktadır. Maalesef bu kavram uyuşmazlığın değişik aşamalarında tartışılmadan üstü kapalı geçirilmiştir.

Sosyal Güvenlik Hukukunda “işsizlik yardımı” genel olarak güvenlik kuruluşlarınca sağlanan sosyal yardım destekleri arasında özel bir öneme sahiptir. Uyuşmazlığın tam çözüme ulaştırılması, kanımızca “işsizlik yardımı” kavramının niteliğinin belirlenmesine bağlıdır. O nedenle somut olayda tartışılan öteki konular üzerinde yapılan tartışmalar, işsizlik yardımına nazaran ikinci derecede yapay sorunlar biçimindedir.

Sosyal yardımlar kavram olarak genellikle kişinin kendi inisiyatifinde olmayan ekonomik ve sosyal nedenlerle yoksul ve muhtaç duruma düşenlere ve dar gelirlere insanlık onuruna yaraşır bir yaşam sürdürmeleri amacıyla devletçe sağlanan acil insani yardımları ifade eder. Sosyal yardımlar bir hizmetin karşılığı “tazminat” olabileceği gibi, karşılıksız “koruma niteliği” de taşıyabilir. İlgilinin parasal katkısı bulunmaksızın karşılıksız gerçekleştirilen katkılar “sosyal yardım” veya “sosyal hizmet” sunumu biçiminde olabilirler².

B – İşsizlik Sigortası ve İşsizlik Yardımlarının Hukuki Niteliği

Öncelikle işsizlik sigortası ile işsizlik yardımının birbirinden ayırdığına dikkat edilmelidir.

1 – İşsizlik Sigortası

İşsizlik sigortası genellikle çalışanların katkısıyla gerçekleşen özel bir sigorta dalıdır. Uygulamada söz konusu sigorta dalının iki tip düzenlemesine rastlanmaktadır. Çoğu ülkelerde devletçe kurulan zorunlu işsizlik sigortası sistemi yürürlükte iken, buna karşı bazı ülkelerde isteğe bağlı bir sigorta biçiminde benimsenmiştir³.

2 – İşsizlik Yardımları

İşsizlik yardımları niteliği itibariyle işsizliğin olumsuz etkilerinin giderilmesi yolunda, işsizlik sigortasından farklı olarak ilgili kişilerin maddi katkısı olmadan, işsiz kimselere doğrudan devlet bütçesinden yardım sağlanmasıdır. Uluslararası uygulamada işsizlik yardımı tek başına sağlanırken, Almanya gibi bir takım memleketlerde işsizlik sigortası ve işsizlik yardımlarından oluşan karma (mix) bir sistem uygulanmaktadır⁴.

Konuyu gereği gibi yanıtlamak amacıyla sorunu şöyle ortaya koymak mümkündür: Acaba sigortalının eskiden çalıştığı yabancı devlete yeniden gittiğinde oradan kısa bir dönem sosyal yardım ve destek nite-

² Fazla bilgi için bak. TUNCAY, Can, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 9. Bası, İstanbul 2000, s. 71 vd.

³ TUNCAY, Can, (dn. 2), 9. Bası, s. 305.

⁴ TUNCAY, Can, (dn. 2), s. 305.

liğinde “işsizlik yardımı” alması, sigortalıca önceden beyan edilip belgelendirilen ve sosyal güvenlik kurumunca (SSK) kabul edilip sonuçlandırılan “kesin dönüş” kavramını nasıl etkiler? Etkilerse nasıl ve ne kadar etkiler?

3201 sayılı kanun uyarınca Türkiye’ye kesin dönüş yaptıktan sonra, yabancı ülkeye geri gidip itirazsız serbestçe orada çalışmak ve yeniden Türkiye’ye dönüp kesilen aylığın tekrar bağlanması mümkün iken, geçici olarak kısa bir süre işsizlik yardımı alma durumunda bunun tam 360 derece aksi hangi düşünce ve mantıkla iddia edilebilir! Bunun çok önemli rasyonel bir gerekçesi olmalıdır.

Kanımca yeniden yabancı ülkede çalışma durumunda, daha önce belgelendirilip karara bağlanan “kesin dönüş” kavramı hakkında benimsenen düşünce ne ise, işsizlik yardımı alınmasında da en fazla aynı anlayış hakim olabilir. Bu nedenle çalışma eyleminde benimsenen tavır ne ise, işsizlik yardımı alınması konusunda da normal olarak onunla orantılı olmalıdır. SSK, kanun koyucunun düzenlemelerinde hiç benimsemediği bir düşünce ve uygulamayı, onun yerine geçerek kendisince tartışmalı bir tezle çok ağır bir “yaptırım” uygulamaktadır. İdarece öngörülen söz konusu yaptırım hukuk devletinin erklerine aykırıdır. Suç ve cezada olduğu gibi “yaptırımların” uygulanmasında da “kanunilik ilkesi” ve yargısal koruma ve güvenceler yürürlükte. Davacı aleyhine gerçekleştirilen tek yanlı iptal işlemleri sonucu girilen uygulama “yaptırım” niteliğinde olduğundan, sırf bu yönü itibarıyla de kanunsuz tasarruf durumundadır.

Devletçe sağlanan “sosyal yardımlar”ın bir nevi olan “işsizlik yardımı” Devletler Hukukunun evrensel direktifleri doğrultusunda kişiye sadece İş Hukuku ile bağlantılı çalışma hakkının sonucu ödenmeyip, onun kadar doğrudan yaşadığı toplumun onurlu bir üyesi olarak da gerek bireysel, gerekse ailesel bağlamda insan haklarının sonucu olarak ayrımsız sağlanmaktadır.

IV - Temel Kaynaklar

A - Ulusal Düzeyde

1 - Anayasa

Her Türk vatandaşının temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adaletten gereğince yararlanarak hukuk düzeni içinde onurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğunu ilan eden Anayasa koyucu, Türkiye Cumhuriyetini insan haklarına saygılı laik, sosyal hukuk devleti olarak tanımlamıştır.

a - Kurallar

Anayasa "Sosyal Ve Ekonomik Haklar Ve Ödevler" genel başlığı altında benimsenen temel ilkeler doğrultusunda "Çalışma Hakkı" (m. 49 vd) ile "Sosyal Güvenlik hakkı" nı (m. 60 - 61) sevk ettikten sonra, özellikle "Yabancı Ülkelerde Çalışan Türk Vatandaşları" hakkında devlete şu önemli görev ve direktifi vermiştir.

Madde 62- "Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır".

b - Yorum

Anayasal kuraldan da belirlendiği kadarıyla, Anayasa koyucu T.C. hükümetlerine yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının gerek kendilerinin, gerekse ailelerinin korunup kollanması hakkında hem yabancı ülkelerde, hem de ülkeye geri dönüşlerinde köklü görevler yüklemiştir. Alınacak özellikli önlem ve tedbirler arasında sosyal güvenlik hakları da hüküm altına alınmıştır.

2- 2147 Sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun

Türk vatandaşlarına yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanarak değerlendirme olanağı sağlayan ilk düzenleme 7. 6. 1978'de yü-

rürlüğe giren 2147 sayılı yasa olmuştur. Yasada borçlanmak için yurda kesin dönüşe ilişkin bir şart mevcut değildir. Buna karşı kanunun uygulama yönetmeliğinin 13. maddesinde, kesin dönüş şartına ait açık bir hüküm bulunmaktaydı. Kanunun uygulamasında SSK genellikle yönetmeliğe dayanarak yurda kesin dönüş ararken, Yargıtay pek doğru olarak kanuna ağırlık vermek suretiyle kesin dönüş olmaksızın da borçlanmanın mümkün olabileceği görüşünü sürdürmüştür.

3- 3201 Sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun

Kanun koyucu bir yandan gelişen olayların etkisiyle yasanın yetersizliklerini gidermek, öbür yandan söz konusu çelişkiyi gidermek amacıyla 1985 senesinde yürürlüğe girmiş olan 8 Mayıs 1985 tarih ve 3201 sayılı Kanunu benimsemiştir (RG. 22. 5. 1985 – 18761). Anılan çelişkiyi dikkate alan kanun koyucu yeni kanuna yurda kesin dönüş koşulunu koymuştur (m. 3). Belirtilen hükme paralel olarak uygulama yönetmeliğinde de yurda kesin dönüş yapmayanların borçlanamayacaklarını hüküm altına almıştır (m. 5).

İki yasa arasında kayda değer önemli iki fark şöyle göze çarpmaktadır:

- a- 2147 sayılı yasa dar kapsamlı iken, 3201 sayılı kanun Türk vatandaşı olan ev kadınları bakımından geniş bir kapsama sahiptir. Şöyle ki, önceki yasaya göre sadece yabancı ülkelerde geçen fiili çalışmaların değerlendirilmesi mümkün olmasına karşın, yeni kanuna göre fiili çalışmaların yanı sıra, çalışma olmaksızın ev kadını olarak yurt dışında geçen sürelerin de borçlanması olanaklıdır.
- b- Önceki yasaya göre kısmi borçlanma mümkün değilken, 3301 sayılı yasaya göre kısmi borçlanma kabul edilmiştir. Önceki yasa yurt dışında geçen fiili çalışma sürelerinin borçlanması konusunda ikili veya çok taraflı anlaşma yapıp yapılmadığına bile bakmaksızın tamamını borçlanma koşulunu getirmiştir.
- c- Birincide yurda kesin dönüş aranmazken, şimdikiinde yurda dönüşü gerçekleştirmek arzu ve dileğiyle yurda kesin dönüş aranmıştır.

3 - İşsizlik Sigortası Kanunu

Öteden beri Türk Hukukunda türlü türlü sosyal yardımlar düzenlenmesine karşın, "işsizlik yardımı" ekonomik sebepler yüzünden son zamanlara kadar düzenlenmemiştir. Bundan dolayı ancak son dönemde çok dar bir çerçeve ve uygulama kapsamıyla sosyal güvenlik hukukumuzda yeni girmiş bir kavram ve uygulama niteliğindedir. Konu ilk kere dar kapsamı ile 4447 no ve 25. 8. 1999 tarihli "İşsizlik Sigortası Kanunu" nda düzenlenmiştir. Kanun, işsizlik sigortası hakkında yeni bir düzenleme getireceğine, değişiklik kanunu biçiminde genellikle türlü Türk sosyal güvenlik kanun ve kuruluşlarını gözeterek sevk edilmiştir. Bu bakımdan başarılı sayılmayan kanunda, işsizlik sigortası ilk etapta "çalışma hakkı" nın sonucu olarak düzenlenmiş, "sigortalı" ve "sigortalı işsiz" kavramları ise "hizmet akti" ne dayalı olarak tanımlanmıştır (m. 47/ c, d ve e). Kanun yabancılar hukuku bakımından işsizlik sigortasının kapsamı geniş tutmuş olup, karşılıklılık şartına bağlı olarak benzer statüde çalışan yabancı işçileri de kapsamına almıştır (m. 46/ II).

4 - Yargıtay'ın Görüşü

Yüksek mahkeme 3201 sayılı kanunda gerçekleştirilen değişikliğe kadar, mevcut çelişkiyi giderme konusunda içtihatlarıyla ideal hukuku gerçekleştirme yönünde sarf ettiği çabayı, 1997 yılından itibaren zamanla terk ederek, normal olarak kanunu açık hükmünde olduğu koşulda müdahalesiz ve yorumsuz uygulamaya koyulmuştur. Yargıtay 10. HD.13. 12. 2001 tarihini taşıyan bir ilamında son noktayı koyarken, şöyle demiştir: "*Uyuşmazlığın yasal dayanağı, 3201 sayılı yasanın 3. maddesinin birinci fıkrasıdır. Anılan fıkra göre, yurt dışında geçen çalışmaların borçlanılabilmesi için yurda kesin dönüş yapmak şarttır. Bu maddenin sözü, amacını açıkça ortaya koyduğu için, başka bir yorum yoluna gitmek yeni hüküm getirmeye yol açar ki böyle bir yorum, güçler ayrılığı ilkesini benimseyen Anayasa' mıza aykırı düşer. Yargının, yasama meclisinin görevine müdahale yetkisi bulunmamaktadır. Yargı, olması gereken hukuku değil olan hukuku uygulamak zorundadır*"⁵.

⁵ Kapsamlı bilgi için bak. YKD, C.28, S. 5, Mayıs 2002, s. 728 – 731.

B - Uluslararası Hukuk Kaynaklarında

Uluslararası Hukuk "Evrensel koruma" prensibinin geniş uygulama kapsamına paralel olarak insan hakları alanında gün geçtikçe özellikli üstün normlarla öncelikli etkin bir güce erişmektedir⁶. Aşağıda Uluslararası Hukuk kaynaklarında konunun aydınlığa kavuşturulmasına ışık tutacak önemli addettiğimiz belli başlı bir kaç düzenlemeye aynen değinirken, hemen her biri hakkında kısa açıklama ve yorumlar yapacağız.

1 - Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

a - İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

aa - Kurallar

İnsanlık tarihinde insan hakları ve özgürlükleri konusunda gerek kuralsal, gerekse kuramsal alanda evrensel çapta yepyeni bir çığırın öncülüğünü başlatan 10 Aralık 1948 tarihli "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" uluslararası hukukta (devletler umumi hukuku) yetersiz maddi gücüne karşın, manevi gücü baskın belirleyici temel düzenleme niteliğindedir. Daha sonra bildirgede ilan edilenler, iki temel sözleşmeye bağlanmak suretiyle etkinliği perçinleştirilerek noktalanmıştır.

BM. Genel Kurulu bildirinin hemen girişinde yer alan "Başlangıç" hükmünde bildirinin amaçları ile inançlarının idealist gerekçelerini (5. – 7. fıkralarda) şöyle dile getirmiştir:

"Birleşmiş Milletler halklarının anlaşmada insanların temel haklarına, insan kişiliğinin onur ve değere ... toplumsal gelişmeyi destekleyerek daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi bir yaşama koşulları oluşturmaya karar verdiklerini açıklamış olmasına, ...

Üye devletlerin, Birleşmiş Milletler kuruluşu ile işbirliği halinde insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada gerçekten saygı gösterilmesinin sağlanmasını üstlenmiş olmalarına,

⁶ KARAKAŞ, Işıl, "Uluslar arası Hukukta Üstün Normlar: Jus Cogens ve İnsan Hakları", Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İst. 1999, s. 219 – 228.

Bu hak ve özgürlükler konusunda ortak bir anlayış oluşturmanın sözü edilen yükümlülüğün tam olarak yerine getirilmesi bakımından son derece önemli bulunmasına göre” denmiştir.

Evrensel Bildiride belirtilen amaçları takiben aşağıdaki özgün düzenlemelere şahit olunmaktadır:

Madde 1 – “Her insan özgür; onur ve haklar bakımından eşit doğar. Akıl ve vicdanla donatılmış olup birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranır”.

Madde 2/1 – “Herkes ırk, ... cinsiyet, dil, din ... ulusal ya da toplumsal köken, ... doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanırlar.

2 – Ayrıca ... bir kişi hakkında uyruğu bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuki veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir”

Madde 7 – “Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır. Herkes, bu bildirgeye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayrımcılık kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkına sahiptir”.

Madde 16/3 - “Aile, toplumun doğal ve temel birimidir; toplum ve devlet tarafından korunma hakkı vardır”.

Madde 22 – “Herkesin, toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenliğe hakkı vardır; ayrıca, onuru ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesine de hakkı vardır”.

Madde 25 – “Herkesin, gerek kendisi gerek ailesi için yiyecek giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler de dahil olmak üzere, sağlık ve refahını sağlayacak uygun bir yaşam düzeyine ve **işsizlik**, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık veya geçim olanaklarından kendi iradesi dışında yoksun bırakacak başka durumlarda güvenliğe hakkı vardır”.

Madde 28 – Herkesin bu bildirgede ileri sürülen hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleştirileceği bir toplumsal ve uluslararası düzene hakkı vardır.

bb - Açıklamalar

Söz konusu hükümlerden edinilen evrensel bilgi ve yükümlülükleri şu noktalarda toplayabiliriz :

“Birleşmiş Milletler halkları” kavramından yirminci yüzyıl ve gelecek nesillere ilişkin olmak üzere dünyada ilk kez önemli bir evrensel üst kimlik olarak “Birleşmiş Milletler kimliği” ortaya çıkmıştır⁷.

Daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi yaşam koşullarını sağlamak için temel haklarda, insan kişiliğinin onur ve değerlerinde erkek ve kadınların hak eşitliği kabul edilmiştir.

Uluslararası işbirliğinin asıl amacının, bildiride ilan edilen temel hak ve özgürlüklere bütün dünyada gerçekten saygı gösterilmesi ve tam olarak yerine getirilmesi noktasında toplanmış olduğu anlaşılmaktadır.

Gerek “ayrımcılığın reddi” nde, gerek “eşitlik kuralı” nın uygulamasında ve gerekse yasa tarafından “eşit koruma”da tüm hak ve özgürlüklerden eşit yararlanmada bir çok hususun yanında “cinsiyet” “ulusal veya toplumsal köken” ile “uyruğu bulunduğu devlet” ve “ülkenin siyasal, hukuki veya uluslararası statüsü” bakımından hiçbir fark gözetilmeyecektir.

Aile, toplumun doğal ve temel birimi olduğundan, hem toplum, hem de devlet tarafından korunma hakkı vardır.

Herkes yaşadığı toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenliğin yanı sıra, onur ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesine ulusal ve uluslararası işbirliği yoluyla çaba harcanacaktır. Ancak anılan hakların gerçekleştirilmesinde her devletin kaynakları ve örgütü göz önünde tutularak onunla orantılı olacaktır.

⁷ İnsanlık tarihinde yirminci yüzyılda uluslararası hukukun orijinininden ortaya çıkan (İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, m, 2, 6, 7, 29 /3) Birleşmiş Milletler Örgütüne bağlı “Birleşmiş Milletler Kimliği” (Evrensel Bildiri, Başlangıç V. fıkra) hakkında bu satırların yazarı eğitim ve öğretim sisteminde kendine özgü çok önemli etkin bir eğitim plan ve programı düzenlerken, 25. 9. 2000 tarihinde (Noterden tasdikli) “Sistematik Temel İnsani Kimlikler Yumağı” bağlamında, büyük bir olasılıkla dünya tarihinde ilk kez bir buluş niteliğinde çizip bulduğum “İnsanın Sosyal Kimlikler Anatomi Haritası” nda, bireyin en üst uluslararası kimliği olarak tebarüz etmiştir.

25. madde herkesin ister kendisi, ister ailesi için özellikle yiyecek, tıbbi bakım ve sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlık ve refahını sağlayacak uygun bir yaşam düzeyine, bu arada işsizlik ve yaşlılık ya da geçim olanaklarından kendi iradesi dışında yoksun olduğu başka durumlarda da güvenlik hakkını sağlamıştır.

Nihayet başka önemli bir husus olarak herkesin, bildirgede benimsenen hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesinde hem toplumsal, hem de uluslararası bir koruma düzenine ihtiyacı ve hakkı vardır.

Hemen önemle belirtelim ki, evrensel bildiride ilan edilen insan hakları ve özgürlükleri, daha sonra iki önemli uluslararası sözleşmede etkin bir biçimde düzenlenmiştir.

b - Ekonomik, Toplumsal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşme⁸

aa - Kurallar

Sözleşme 16. 12. 1966'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca oybirliğiyle kabul edilmiş olup ancak 3. 1. 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Başlangıç hükmünde özetle, Birleşmiş Milletler antlaşmasında ilan edilen ilkelerin ve evrensel bildirgede benimsenenlerin, insanlık ailesinin tüm üyelerinin niteliğinden geldiği ve insan kişiliğinin onurdan kaynaklandığı vurgulanıp devletlerin insan hak ve özgürlüklerine karşı evrensel saygısını geliştirme yükümlülüğünü üstlenmeleri hakkında önemli hükümler düzenlemiştir.

Sözleşme özellikle inceleme konumuza ilişkin olarak sosyal sigortanın dışında, toplumsal güvenlik hakkı konusunda aşağıdaki önemli evrensel yükümlülükleri öngörmüştür.

Madde 2/ 1 – “Bu sözleşmeye taraf her devlet kaynaklarının var gücüyle tek tek ve özellikle ekonomik ve teknik uluslararası yardım ve işbirliğiyle bu sözleşmede tanınan hakların giderek tam anlamıyla ve özellikle yasal önlemlerin benimsenmesi de dahil tüm uygun yollarla gerçekleşmesini sağlama amacıyla girişimlerde bulunmayı üstlenir.

2 – Bu sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede öne sürülen hakların

⁸ SENCER, Muzaffer, *Belgelerle İnsan Hakları*, İstanbul 1988, s. 52 vd.

ırk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başkaca bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş ya da başka bir statü gibi herhangi bir ayırım gözetmeksizin uygulanacağını güvenceye bağlamayı üstlenir.

3 – Gelişmekte olan ülkeler, insan haklarına ve ulusal ekonomilerine gereken özeni göstererek bu sözleşmede tanınan ekonomik hakları kendi uyuşunda olmayanlara ne ölçüde sağlayacağını belirleyebilir”.

Madde 3 – “Bu sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede öne sürülen tüm ekonomik, toplumsal ve kültürel haklardan erkeklerle kadınların eşit olarak yararlanma hakkını tanır”.

Madde 4 - Bu sözleşmeye taraf olan devletler, bu sözleşme uyarınca devlet tarafından sağlanan haklardan yararlanma konusunda devletin bu haklara ancak özüyle bağdaşır olmak ve demokratik bir toplumda genel gönenci yükseltmek üzere yasayla belirlenen sınırlamalar getirilebileceğini kabul eder.

Madde 5/ 1 – “Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir devlet, grup ya da kişiye burada tanınan hak ve özgürlüklerden herhangi birini ortadan kaldırmayı ya da bu sözleşmede öngörülenden daha kapsamlı olarak sınırlandırmayı amaçlayan herhangi bir eylem ya da edimde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamaz”.

Madde 9 – “Bu sözleşmeye taraf devletler, herkese sosyal sigorta dahil, toplumsal güvenlik hakkı tanır”.

bb - Açıklama

Uluslararası düzeyde olan hükümlerden aşağıda değinilen önemli bilgiler ortaya çıkmaktadır:

Sözleşme, tanınan hakların eşitlik kuralı çerçevesinde ayrımcılıksız tam anlamıyla gerçekleşmesi için, sadece ulusal kaynakların seferberliği ile yetinmemiş, ayrıca uluslararası kaynakların kolektif bir biçimde harekete geçirilmesi görevini yüklemiştir.

Özellikle cinsiyet, ulusal ve toplumsal köken ... ayırımı gözetilmeden eşit yararlanma hakkı vurgulanıp sağlanmıştır.

Bununla beraber sözleşme, ilgili devletlere ihtiyari olarak gerektiğinde “devlet tarafından sağlanan haklardan yararlanma konusunda” genellikle genel gönenci yükseltmek üzere hakkın özüyle bağdaşır olmak şartıyla genel bir sınırlamaya izin vermiştir (M. 4). Bundan do-

layı ülkeler gerekmedikçe söz konusu sınırlamalara bile girişmeyebileceklerdir.

Ayrıca gelişmekte olan ülkeler bakımından ise “ekonomik haklar”ın sağlanmasında yabancılar hukuku alanında genel sınırlama kuralı dışında -istisnaen- özel bir sınırlamayı daha düzenlemiştir.

Sözleşmenin öngördüğü aleyhe genel kısıtlama, sınırlama ve yorumlama yasağı çok önemlidir. Buna göre hiçbir devlet, topluluk veya kişi tanınan hakların herhangi birini ortadan kaldıramadığı gibi, sözleşmede öngörülenden daha kapsamlı biçimde sınırlama hakkını verir biçimde de yorumlayamaz.

En önemli bir husus olarak sözleşme üye devletlere ülkelerinde yaşayan kimselere ayrımsız “sosyal sigorta”dan başkaca, “toplumsal güvenlik hakkı” nı bahşetmeyi de yüklemiştir.

c - Kişisel Ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ⁹

aa - Kurallar

Sözleşmede evrensel anlayışın anlaşılması açısından dolayısıyla da olsa çok önemli ip uçlarına ulaşmaktayız.

Madde 3 – “ Bu sözleşmeye taraf olan devletler, erkeklerle kadınlara bu sözleşmede ileri sürülen tüm kişisel ve siyasal haklardan eşit yararlanma hakkı tanımayı üstlenir”.

Madde 23 /1 – “Aile toplumun doğal ve temel birimidir. Ailenin, toplum ve devlet tarafından korunma isteme hakkı vardır”.

Madde 26 – “Herkes, yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Bu konuda, yasa herhangi bir ayırım yapılmasını yasaklar ve herkesin, ırk, ... cinsiyet ... ulusal veya toplumsal köken ... herhangi bir ayrıma karşı eşit ve etkin biçimde korunmasını güvenceye bağlar”.

⁹ Çeviriler Dr. Muzaffer SENCER tarafından yapılmıştır. Fazla bilgi için bak. (dn. 8), s. 61 vd.

bb - Açıklama

Görüldüğü üzere bu sözleşmede, birinci sözleşmede benimsenen ilkelere, özellikle devletler bakımından öngörülen görev ve yükümlülükleri kendi düzenleme çerçevesinde güçlü bir biçimde vurgulayıp güvence altına almaya çabalamıştır. Bu direktifler şöyle özetlenebilir:

Haklardan eşit yararlanma konusunda kural olarak kadın erkek ayrımı yapılamayacaktır.

Ayrım gözetilmeksizin ülkede bulunan ailelerin toplum ve devletçe korunmaya hakları vardır.

İlgili hükümde özellikle yine cinsiyet ve uyrukluk ... farkı yapmadan gerek yasa önünde eşitlik kuralının uygulanması, gerekse etkin korunmanın güvenceye bağlanması konusunda önlem alınmıştır.

d - Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme**aa - Kurallar**

28 Haziran 1952 tarihinde "Milletlerarası Çalışma Teşkilatı Genel Konferansı" (ILO) tarafından kabul edilen bu uluslararası anlaşma, değişik yardım türleri arasında IV. bölümde "İşsizlik Yardımları" nı düzenlemiş ve tanımlamıştır. Konumuza ışık tutabilecek önemli addettiğimiz hükümlerini aşağıya alıyoruz .

Madde 20 – "Yardım yapılacak hal, çalışmaya muktedir ve iş almaya hazır bulunan bir kimsenin, uygun bir iş bulma imkansızlığı sebebiyle ve milli mevzuatta tarif olunduğu şekilde kazancının muvakkaten durması halidir".

Madde 21 – "Korunan kimseleri, ...

b) veya olay esnasındaki geçim kaynakları 67. madde hükümlerine uygun olarak mevzuatla tayin edilen hadleri aşmayan *bütün mukim-ler*".

Madde 67 – "Bu madde gereğince yapılacak periyodik ödemelerde: ...
c) Yardım ... sigortalının veya hak sahibinin ailesinin sağlık ve diğer bakımlardan uygun şartlar içinde yaşamasına yetecek olmalı ve 66. madde hükümlerine göre hesaplanacak miktardan az olmamalıdır".

"Yabancılarla Eşit Muamele" başlığını taşıyan kuralda ise, istisnaen

“karşılıklılık esası” şartına bağlanabilmenin dışında, şöyle bir hüküm benimsenmiştir:

Madde 68 – “1. *Yabancı uyruklu mukimler* vatandaşlarla aynı haklara sahip olurlar. Şu kadar ki ...”

bb - Açıklamalar

Sözleşme bir yandan işsizlik yardımının çalışma hakkı ile bağlantılı ferî ilişkisini ortaya koyarken, öte yandan uygun bir iş bulma imkansızlığı sebebiyle çalışan kişinin kazancının geçici olarak durması haliyle ilişkisini açıklamıştır.

Bundan daha önemlisi, sözleşme olay esnasında geçim kaynakları mevzuatla belirlenen sınırları aşmayan mukim ve sakin olanların tümünü korunan kimseler arasında saymış olmasıdır.

Yardım nedeni ve ödenme amacının sigortalının veya hak sahibinin ailesinin sağlık ve diğer bakımlardan uygun şartlar içerisinde yaşama-yına yetecek kadar olması ve ... hesaplanacak miktardan az olmaması gerektiğini görmekteyiz. Aile ödentilerinin sağlanmasından güdü-len temel amaç artan giderler karşısında aile gelirlerinin yetersiz oluşu ve muhtaç duruma düşmesi tehlikesinin olumsuz sonuçlarını mümkün olduğunca hafifletilmesidir.

Anlaşmanın uygulamasında bazen açıkça aranabilecek “karşılıklılık şartı”nın dışında, kural olarak “eşitlik ilkesi” çerçevesinde yabancıların da uyruklarla aynı haklara sahip oldukları benimsenmiştir.

Nihayet sözleşmede karşılıksız bahşedilen sosyal yardımların yanında, çocukların geçiminin sağlanması bakımından da “Aile Yardımları”nın yapılması teminat altına alınmıştır (m. 39 – 45).

e – Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında Sözleşme

aa - Kurallar

6. 6. 1962 yılında Genevre’de Milletlerarası Çalışma Teşkilatı Genel Konferansınca kabul edilen bu sözleşmesinde şu bilgilere rastlanmaktadır:

Madde 1 – “Bu sözleşmede ... b) Yardımlar terimi bütün gelirler,

emeklilik dul – yetim aylıkları, ödenekler ve diğer yardımlarla bunlara yapılan bütün zamları ve artırımları içine alır”.

Madde 2/1 – “Her üye, bu sözleşmede yazılı mükellefiyetleri, ülkesinde kendi vatandaşları hakkında fiilen uygulanmakta olan aşağıdaki yazılı sosyal güvenlik dallarından biri veya birkaçı bakımından kabul ederler ; ...

h) İşsizlik yardımları , i) Aile yardımları ...”.

Madde 4 /1 – “ Yardımlardan yararlanma bakımından eşit muamele, ikamet şartına bağlı olmaksızın sağlanır. Şu kadar ki, diğer bir üye devletin mevzuatına göre, belli bir sosyal güvenlik dalında yardımlardan yararlanmak için o üyenin ülkesinde ikamet şartı bulunduğu takdirde, o üye devlet vatandaşlarının söz konusu sosyal güvenlik dalı yardımlarından yararlandırılmaları ikamet şartına bağlanabilir ”.

bb - Açıklamalar

Öncelikle hemen belirtmek gerekir ki, sözleşmede “yardım” kavramı “Sosyal Refah Devleti” nin amaçladığı yüksek yaşam standardı anlayışı ve uygulamalarına paralel olarak geniş bir kapsama sahiptir.

Sözleşmede pek çok geleneksel sosyal güvenlik yardım ve ödenekleri yanında ayrıca “işsizlik yardımları” ile “aile yardımları” açıkça yer almıştır.

Anlaşma, üye devletlerin vatandaşları hakkında fiilen uygulamakta oldukları yardımlardan bir veya birkaçını diğer devletlerin uyruklarına uygulamayı kabul etmelerini onların insiyatifine bırakılmıştır.

Yabancıların söz konusu sosyal yardımlardan yararlanmaları istisnaen üye bir devlet tarafından ikamet koşuluna bağlı tutulmadıkça, ilke olarak ikamet şartı aranmaksızın eşitlik esasına göre sağlanmıştır.

2 - Avrupa Konseyi Anlaşmaları

Bölgesel uluslararası hukuk alanında sosyal güvenlik hakkının ilerletilmesi konusunda Avrupa Konseyi çerçevesinde başarılı adımlar atmak suretiyle kapsamlı ilerlemeler sağlanmıştır. Aşağıda söz konusu önemli kaynaklardan sadece konumuzla yakından ilgisi olanlarla yetineceğiz.

a - Avrupa İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme

4. 10. 1950 tarihinde Roma şehrinde imzalanmış olan belgede prensip itibariyle sosyal haklar doğrudan doğruya düzenlenmiş olmamasına rağmen, genellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilkeler, sınırlamalar, koruma yöntemi ve güvence sisteminin yanı sıra, çalışanların korunmasına dair kayda değer kurallara yer vermek suretiyle gerçekleştirdiği başarılı uygulamalarla, milletlerarası alanda etkinliğini kat be - kat arttırmıştır¹⁰.

b - Avrupa Sosyal Şartı

aa - Genel Bilgiler

Avrupa Konseyinin çalışma Hukukuna ilişkin kapsamlı düzenlemelerinden en önemlilerinden birini 18. 10. 1961'de Torino' da imzalanan "Avrupa Sosyal Şartı" (European Social Charter) diğer bir deyişle "Avrupa Toplumsal Anlaşması oluşturmaktadır. Medeni ve siyasi haklar konusunda güvenceler sağlayan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" (AIHS) nin devamı niteliğinde tamamlayıcı olan "Avrupa Sosyal Şartı" (ASS) ise, ağırlıklı olarak sosyal ve ekonomik haklar alanında önemli güvenceler benimsemiştir. Sosyal Şart, geçen süre içerisinde değişik yıllarda eskiyen yüzü üç protokol ile güçlendirildikten sonra, bilahare 1996'da imzaya açılıp 1. 7. 1998 tarihinde "Gözden geçirilmiş Sosyal Şartı" aşamalı olarak yürürlüğe koymuştur. Şartta, güvence altına aldığı hakların fiilen etkin bir biçimde yaşama geçirilmesi amacıyla "koruma sistemi" "denetim sistemi" ile "toplu şikayet sistemi" geliştirmiş bulunmaktadır¹¹.

Türkiye devletinin şimdiye değin söz konusu düzenlemelerden, ancak ana sözleşme durumunda olan Avrupa Sosyal Şartını 3581 sayılı ka-

¹⁰ SUR, Melda, *İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları*, İzmir 1995, s. 7 vd.

¹¹ Sosyal Şart ve ekleri hakkında fazla bilgi için bak. AKILLIOĞLU, Tekin, "Avrupa Sosyal Şartı Üzerine bazı Düşünceler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 22, sayı 1, İstanbul 2002, s. 1 -19; ÇİÇEKLİ, Bülent, "Avrupa Sosyal Şartının Yabancılara Sağladığı Güvenceler ve Türkiye", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 22, sayı 1, İstanbul 2002, s. 21 - 55; SUR, Melda, (dn. 10), s. 69 vd.

nunla onaylayarak yürürlüğe koymuş bulunduğunu belirtelim¹².

bb - Kurallar

Sosyal Şart -özellikle 5. 5. 1988 tarihli Ek Protokol ile- sosyal koruma, istihdam ve çalışma koşullarına, kadın ile erkeğin eşitliğine, göçmen işçi ve ailelerinin korunma ve yardım görme hakkına, sosyal güvenliğin yanı sıra sosyal ve tıbbi yardım ve sosyal refah hizmetlerinden eşit yararlanma hakkına ilişkin çok önemli sosyal içerikli yeni haklarla desteklenmiştir. Bilahare sözü geçen haklar tüm ekleriyle birlikte 31 temel konu başlığında "Gözden Geçirilmiş Sosyal Şart" da toplanarak düzenlenmiştir.

Şartta, özellikle yabancılar açısından uygulama kapsamı ile ilgili olarak önemli bulgulara ulaşmaktayız. Öncelikle şartın hemen girişinde 4 ve 5. fıkralarda düzenlemeye katılan hükümetlerin özellikle aşağıdaki önemli uluslararası yaşamsal tespitlerde buldukları görülmektedir:

"Hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayırımı gözetmeksizin, sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiğini göz önüne alarak;

Uygun kuruluş ve faaliyetlerle kent ve kırsal nüfusun yaşam düzeyini geliştirmek ve sosyal refahını yükseltmek için her türlü ortak çabada bulunmayı kararlı olarak aşağıdaki hükümlerde mutabık kalmışlardır" denilmiştir.

Bölüm I – "Âkit taraflar, ulusal ve uluslararası tüm uygun yolları izleyerek aşağıdaki hak ve ilkelerin etkin biçimde gerçekleşebileceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı sayarlar...

13 – Yeterli kaynaklardan yoksun herkes, sosyal ve sağlık yardımı hakkına sahiptir.

14 - Herkes sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir ...

16 - Toplumun temel birimi olarak aile, tam gelişmesini sağlamaya yönelik uygun sosyal, yasal ve ekonomik koruma hakkına sahiptir ...

19 – Bir akit taraf göçmen işçiler ve aileleri herhangi bir başka akit tarafın ülkesinde koruma ve yardım hakkına sahiptir".

12 RG: 4. 10. 1989 - 20312.

Madde 13 – “Akit taraflar sağlık ve sosyal yardım hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak için:

1. Yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olarak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı; ...

4. Bu maddenin 1, 2, ve 3. fıkralarında değinilen hükümleri, ülkelerinde yasal olarak bulunan başka akit tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarını eşit tutarak, 11 Aralık 1953'te Paris'te imzalanmış olan Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile üstlenilen yükümlülükler uyarınca uygulamayı taahhüt ederler”.

cc – Açıklamalar

Öncelikle şartın güçlü bir irade ile gerek ulusal, gerekse uluslararası boyutta benimsenen hak ve ilkelerin fiilen yaşama geçilmesini kendine temel felsefe, uğraşı ve politik amaç yaptığına tanık olmaktadır.

Şartta, öncelikle geniş bir yelpazede benimsenen hakların ister kapsamı, ister koruması, isterse güvencesi ve yine isterse denetim sistemi¹³ hakkında standartlı ve düzeyli bir düzenleme ve tanıma biçimine şahit olunmaktadır.

Sosyal şart ilke olarak bir çok önemli ögenin yanında, bu arada özellikle cinsiyet ve ulusal köken bakımından ayrımcılığı reddederken, eşit işlem kuralı çerçevesinde sosyal haklardan yararlanmayı benimsemiştir.

Daha önemli olarak sosyal şart üye devletlere, çalışma ilişkisinden bağımsız olarak eşitlik ilkesi çerçevesinde yeterli kaynaklardan yoksun herkese sosyal ve sağlık yardımı hakkının sağlanması görevini yüklemiştir.

İncelemekte olduğumuz konunun aydınlatılmasında vurgulanması gereken en önemli husus, sosyal şartın gerek tanıdığı haklardan, gerekse benimsediği güvencelerden yararlanma konusunda yabancılardan üç ayrı kategoriye ayrıldığı olgusudur. Süjeler açısından söz konu-

¹³ Şartta öngörülen denetim mekanizması, organları ve süreci hakkında derin bilgi için bak. SUR, Melda, (dn. 10), s. 116 vd.

su kategorileri Dr. Bülent Çiçekli'ye iltihakla¹⁴ özetle üç grup altında toplanabilir:

Birinci küme: Şartta düzenlenen hakların tamamı akit devlet vatandaşı yabancı (göçmen) işçiler ve aileleri için geçerlidir. Şu kadar ki, anılan yabancı akit devlet ülkesinde yasal olarak ikamet etsin veya düzenli olarak çalışmış olsun.

İkinci küme : Sığınmacılar ile vatansızlar da şartta sağlanan haklardan yararlanırlar.

Üçüncü küme: Kayda değer başka önemli bir husus şudur; sosyal şartın bazı hükümleri, sözleşmecî devlet vatandaşı yabancıların ilgili akit devlette yasal olarak ikamet etmesi ya da düzenli olarak çalışması koşuluna bağlı olmaksızın yabancılara uygulanabilmektedir. Bu suretle, söz konusu hükümler, ilgili akit devlet ülkesinde mukim olmayan yabancılara da uygulanırlar. Anılan hükümler arasında sosyal yardım görme hakkı da bulunmaktadır. Şöyle ki, sosyal yardım hakkından, bir sözleşmecî devlette ikamet etmeksizin yasal olarak bulunan bireyler de eşitlik çerçevesinde yararlanırlar.

çç - Değerlendirme

Sosyal şart hakkında sürdürdüğümüz çalışmalardan ve bu konuda yaptığımız açıklamalardan edinilen bilgilerden görüldüğü üzere şart, sosyal haklardan yararlananlar (süjeler) açısından kapsamını hayli genişletmiştir. Böylece şart sosyal ve tıbbi yardım hakkını, bir yandan çalışma koşuluna bağlı olarak çalışanlara tanımış, öte yandan da sırf insan onurunu koruma nedeniyle çalışma olmadan da asgari yaşam standardını koruyup sürdürebilmek amacıyla muhtaç kimselere de bahşetmiştir.

c - Göçmen İşçinin Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi

aa - Kurallar

Avrupa Konseyi ülkelerinde sırf yabancı göçmen işçilerin "çalışma statülerini" yüksek seviyede en geniş kapsamda düzenleyen 24 Kasım

14 Yazarın söz konusu kategoriler hakkında çok önemli olan görüşleri hakkında detaylı bilgi için bak. ÇİÇEKLİ, Bülent, (dn. 11), s. 28 vd.

1977 tarihli işbu anlaşmada çalışmaya ait her alanda kayda değer çok önemli pozitif bulgu ve aktivitelere tanık olmaktadır.

Sözleşmenin başlangıcında, uluslararası çalışma alanını her yönüyle seviyeli yaşam standardına ulaştırmak ve esaslı amaçları gerçekleştirmek üzere benimsendiği, 3 ve 4. fıkralarda iddialı gerekçelerle şöyle dile getirilip vurgulanmıştır:

“Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin vatandaşları olan göçmen işçilerin hukuki statülerinin tüm yaşama ve çalışma koşulları ile ilgili her hususta işçi alan ülkelerin vatandaşlarının tabi tutuldukları statü düzeyinden daha düşük düzeyde olmayacak şekilde düzenlenmesinin sağlanması gereğini dikkate alarak;”

“Göçmen işçilerin ve aile bireylerinin sosyal gelişme refahlarını kolaylaştırmaya kararlı olarak ... aşağıdaki hususlarda anlaşmaya varmışlardır”.

Madde 1 – “Bu sözleşme bakımından “göçmen işçi” terimi akid taraflardan biri tarafından ülkesinde ücretli bir iş görmek üzere oturmasına izin verilmiş olan diğer bir âkit ülke yurttaşını ifade eder”

Madde 16 / 2 - “Önceki paragrafta belirtilen muamele eşitliği ilkesi bireysel anlaşmalarla ortadan kaldırılamaz”.

Madde 18 / 1 – “Her âkit taraf, topraklarındaki göçmen işçilere ve aile bireylerine sosyal güvenlik alanında ulusal yasalar ve akid taraflar arasında yapılmış veya yapılacak ikili ya da çok taraflı anlaşmalar uyarınca kendi yurttaşları ile eşit muamele yapmayı üstlenir.

2 – Ayrıca âkit taraflar ikili ya da çok taraflı anlaşmalarla göçmen işçilerin ve aile bireylerinin daha önce başka ülkelerde edinilmiş haklarının ve kazanılmış istihkaklarının korunmasını güvence altına almaya çaba harcayacaklardır”.

“Kazanılmış Hakların Korunması” başlığını taşıyan hükümde aynen şöyle denmektedir:

Madde 31 – “Bu sözleşme’ nin hiçbir hükmü göçmen işçilerin kabul eden devletin ulusal mevzuatına göre veya bu devletin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalara göre sahip olduğundan daha az elverişli bir muameleyi mazur gösterecek tarzda yorumlanamaz.

Madde 32 - “Bu sözleşmenin hükümleri yürürlükte bulunan veya yürürlüğe girecek ve sözleşmenin koruduğu kişilere daha elverişli bir

olanak tanıyan veya tanıyacak olan âkit tarafların yasa, ikili veya çok taraflı anlaşmalar, sözleşmeler, anlaşmalar hükümleriyle bunların yürürlüğe konması için alınmış olan tedbirleri aleyhte etkilemez”.

bb - Açıklamalar

Sözleşmenin göçmen işçilerin çalışma yaşamlarına ilişkin olarak benimsediği esasları şöyle özetleyebiliriz:

Sözleşmenin uygulamasında göçmen işçilerin hukuki statüleri, tüm yaşama ve çalışma koşulları ile ilgili her hususta, o ülkenin kendi vatandaşlarının tabi tutuldukları statü düzeyinden daha düşük olmayacak şekilde eşitlik kuralı çerçevesinde sağlanmaya çalışılmıştır. “İşlem eşitliği” bireysel anlaşmalarla dahi ortadan kaldırılamaz bir prensiptir.

Göçmen işçilerin hem kendilerinin, hem de aile bireylerinin sosyal gelişme ve refah düzeyleri gözetilirken , kazanılmış hakları azamî surette korunmuştur.

Diğer hakların yanı sıra, sosyal güvenlik hakkı da vatandaşla eşitlik ilkesi dahilinde düzenlenmiş; ayrıca sözleşmecî devletler, hem göçmen işçilerin, hem de aile bireylerinin daha önce başka ülkelerde edinilmiş haklarının ve kazanılmış istihkaklarının korunmasını güvence altına almaya çaba harcayacaklarını vaad etmişlerdir.

Nihayet sözleşme, bir yandan aleyhe yorum yasağını getirerek işçi lehine kayda değer güçlü bir güvence sağlamış; öte yandan daha geniş ve elverişli olanaklar sunan ya da ileride sunacak hem ulusal, hem de uluslararası yeni düzenleme hükümlerini saklı tutup, aleyhe etkilemezliği disiplin altına almıştır.

3 - Avrupa Birliği' nde

a - Genel Müktesebat

Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku düzenlemeleri ve politikaları genellikle birliğin Tüzük, Divan ve İdari komisyon kararlarında toplanmıştır. Birlik birey ve ailenin yararına etkin sosyal yardım politikaları, alelade koruma ve kollama unsurları yanında, konumuzla ilişkili olarak “İşsizlik Yardımları” ile “Aile Yardımları” ve “Aile Ödenek-

leri" başlığı altında yüksek seviyede önemli destek programlarını yürürlüğe koymuştur. Genellikle belirli koşullar gerçekleştiğinde söz konusu yardımlar kendiliğinden devreye girmektedir.

İşsizlik yardımları işsizliğin öne getirdiği olumsuzlukları gidermek amacıyla ödenirken, aile yardımları ve ödenekleri belli şartların gerçekleşmesi halinde ailelere otomatik olarak sağlanmaktadır. Aile ödenekleri, aile bireylerinin sayısına ve yaşlarına göre ailenin giderlerini karşılamaya yönelik periyodik olarak yapılan her nevi sağlık ve parasal ödentilerdir. Tüzükte aile yardımları ve ödeneklerinin sadece mali ve diğer avantajlar hariç, sosyal güvenlik yardımı olarak kabul edilmesi uygun görülmüş ve benimsenmiştir.

Aile yardımları ve ödenekleri konusunda 1408 / 71 sayılı tüzüğün ilgili paragraflarında şu hükümler düzenlenmiştir:

Madde 7 / 1. "Bir üye devletin vatandaşı diğer üye devletlerin ülkesinde uyrukluk durumu nedeniyle ulusal çalışanlardan farklı bir işleme tabi tutulamaz.

2. Bu kimseler ulusal çalışanlarla aynı koşullar altında aynı sosyal avantajlardan yararlanırlar".

b- Açıklama

AB. nin yukarıda kısaca değindiğimiz sosyal güvenlik anlayışını ve buna dair düzenlemelerini toparlarsak özetle şunları belirtebiliriz. Görüldüğü üzere AB. uyrukluktan kaynaklanan farklılıkları bir yana bırakarak, cinsiyet ve yabancı - vatandaş arasında herhangi bir ayrımı gözetmeden yüksek standartlı sosyal güvenlik sistemi içindeki sosyal yardım ve destek ödeneklerini geniş bir içerikle donatarak yürürlüğe koymuştur. Böylece AB. ülkelerinde yaşayanlar gerek birey, gerekse aile olarak genel eşit işlem ve benzer hoşgörü içinde korunurken, aynı avantajlardan "ipso jure" kendiliğinden yararlanacaklardır.

AB. Hukukunda dikkati çeken çok önemli diğer bir husus ise, prensip itibariyle aile yardımları ve ödeneklerinin karma niteliğinin birlikte tanınmış olmasıdır. Şöyle ki, topluluk hukukunda aile yardımları ve ödeneklerinin bir yandan onursal insani yanı öne çıkarılırken, öte yandan sosyal güvenlik yardımı oldukları vurgulanmıştır. Böylece AB. devletlerinde genellikle esirgenen yardım ve ödenekler, otomasyona bağlanmasının yanı sıra, iç içe iki (mix) nedene ve anlayışa dayan-

maktadır. Bundan dolayı sözü edilen yardımların altında iki ayrı nedenin olduğu unutulmamalıdır. Başka bir deyişle anılan destekler hem insan haklarının (insan olmanın) sonucu, hem de sosyal güvenliğin bir gereği olarak birlikte yerine getirilmeye çalışılmış olmaktadır. Belirtilen yaklaşım uluslararası hukuka hakim olan esaslara uygundur¹⁵.

Dünyanın dört bir yanından geri kalmış veya gelişmekte olan ülkelerin perişan halklarının hiçbir tehlikeden çekinmeden, her türlü zorluğa ve meşakkate göz kırpmadan kanunsuzlukları önemsemeyen kafiler halinde Batı Avrupa, bu arada ABD. nin yollarına düşen yığınların akın etmesinin altında yatan temel neden bu yaşamsal felsefenin sığınmacı ve göçmen kitlelerince anlaşılmış olmasından başka bir şey değildir. Ülkelerinde her gün ölmek ve her an ağlamak yerine, Farsçadaki deyişle “Merg yek bar, şiven yek bar” (Ölüm bir kere, ağlamak bir kere). Dünyada dengeli küresel sosyal adalet sağlanmadıkça, ham madde ve doğal zenginliklerinin yağmalanmasına *Neo koloniyarizm* entrikalarıyla son verilmedikçe, geri kalmışlarla gelişmekte olan ülkelerin ilerleme ve gelişme yolları tıkanıp engellendikçe, nüfus artışı ile iş ve yaşanabilir ücret arasında uygun denge sağlanmadıkça, göçmen kaçakçılığının ve ticaretinin, kısaca göç olgusunun kanuni, polisiye veya zecri tedbirlerle önlenmesi pek zor, hatta muhal görülmektedir¹⁶. 21. Yüzyılda küreselleşme olacaksa bu yönde olmalıdır. Görüldüğü kadarıyla bu yönde gelişmesi de artık kaçınılmazdır.

15 Ayrıntılı bilgi için bak. Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanlığı tarafından yayınlanan : Avrupa Topluluğu Sosyal Güvenlik Hukuku, Ocak 2000, s. 103 - 127.

16 Göçmen yığınlarından başı derde girip kurtulamayan batılı ülkelerin teşvik ve yönlendirmeleriyle Türkiye’de bu kervana katılmıştır. Nitekim anılan zecri tedbirlerin yerine getirilmesi için 3. 8. 2002 / 4771 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” un 2. maddesi ile uluslararası “Göçmen kaçakçılığı” nı önlemek amacıyla TCK. nun 201. maddesinden sonra gelmek üzere 20/a ve 20/b diye iki yeni madde eklenmiştir. Madde 20/a hükmü ile “Göçmen kaçakçılığı suçu” düzenlenmiştir (RG. 9. 8. 2002 - 24841).

c - Avrupa Birliği İle Türkiye'nin Sosyal Güvenlik İlişkileri

Türkiye ile AB. arasında temel ilişkiyi kuran 12. 9. 1963 tarihli Ankara anlaşması, genellikle Roma anlaşmasından esinlenerek "vatandaşlık bağından doğan ayırım yasağı" (m. 9) ile birlikte "serbest dolaşım" hakkını benimsemiştir (m. 36 - 38).

Sosyal güvenlikle ilgili ayrıntılar ise 23. 11. 1970 tarihli "Katma Protokol" de yer almışlardır (m. 39). İlgili maddede aşağıdaki ileri hükümler öngörülmüştür:

a- AB. içinde yer değiştiren Türk işçileri ile onlarla birlikte oturan aileleri yararına yeni düzenleme yapılması direktifi verilmiştir (m. 39/1). Anılan direktif, ancak 19. 9. 1980 tarihinde imzalanan ortaklık konseyi kararıyla sağlanarak yerine getirilmiştir.

b- Çeşitli üye ülkelerde geçen çalışma ve sigorta sürelerinin birleştirilmesi mümkün olmuştur. Hizmet birleştirilmesi bakımından tüm sigorta dalları değil, sadece maluliyet, yaşlılık, ölüm ve hastalık sigortası kabul edilmiş , buna karşı iş kazası, meslek hastalığı ile analığın yanı başında konumuzla ilgili ve ilişkili olarak "işsizlik" kapsam dışı bırakılmıştır (m. 39/ 2).

Birlik içinde hak kazanılan gelir ve aylıkların Türkiye' ye transferinde de benzer esaslar benimsenmiştir (m. 39/ 4).

c- İşçi ailesi yararına benimsenen aile yardımları, ancak aile bireylerinin birlik ülkeleri içinde oturması halinde sağlanacağı derpiş edilmiştir (m. 39/ 3).

d- Yararlı başka bir husus olarak, Türkiye'nin birlik üyesi devletlerle yaptığı teke tek anlaşmalarda daha elverişli hükümler ve rejimlerin bulunmasında, onların uygulanmasına izin verilmiş olmasıdır (m. 39/ 5).

4 - Türkiye - Almanya Sosyal Güvenlik Sözleşmesi

Temel sözleşme 30. 4. 1964 tarihinde imzalanmış olup 1. 11. 1965'de yürürlüğe girmiştir (RG. 8. 10. 1965 - 12120). Ana sözleşme ilkin bazı tadil, ek ve ara sözleşmelerle kısmen değişikliğe uğramış (RG. 4. 6. 1972 - 14205 ve 31. 7. 1975 - 15312), bilahare 2. 11. 1984 yılında imzalanarak 1. 4. 1987'de yürürlüğe giren II. ek sözleşme ile bir değişikliğe daha uğramıştır (RG. 11. 12. 1985 - 18955). Bu arada taraflar ara-

sında 1. 4. 1987 senesinde yürürlüğe giren sosyal güvenlik sözleşmesinin uygulanmasına ait idari tatbikat anlaşmasının mevcut olduğunu belirtelim (RG. 14. 1. 1985 – 18635).

Hayli önemle vurgulanması gereken husus şu ki, sözleşmeye göre Türk vatandaşları, Alman yurttaşları gibi sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde hak ve yükümlülükler açısından eşit işlem muamelesine tabidirler (m. 4)¹⁷. Sosyal güvenlik anlaşmasında işsizlik yardımının düzenlenmeyişinin yanı sıra, yaşlılık aylığının bağlanması için sigortalının işinden ayrılmasına dair yine bir düzenleme mevcut değildir. Bununla beraber önemle belirtelim ki, Almanya öteden beri uluslararası hukukun evrensel direktifleri doğrultusunda sosyal refah devletin gereklilerini güçlü bir sosyal güvenlik sistemi ve ağı içinde yürürlüğe koymuş bulunmaktadır. İleride sosyal refah devleti uygulamaları bölümünde bu konuya ayrıntılı bir biçimde değineceğiz.

5 - Türkiye'nin Onayladığı Yeni Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri

a- Türkiye ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi

aa - Kural

Söz konusu düzenlemelere yeni bir örnek vermek gerekirse, 4596 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan Türkiye ile Azerbaycan Cumhuriyeti arasında onaylanıp yürürlüğe konulan sosyal güvenlik anlaşmasına değinebiliriz (RG. 9. 11. 2000 - 24225). Sözleşmenin "İşsizlik Yardımı" başlığını taşıyan V. kısmında, "İşsizlik Yardımları İçin Gerekli Koşullar" alt başlığında aynı zamanda kanunlar ihtilafı kuralları bakımından önemli aşağıdaki hükmün düzenlendiğini görmekteyiz:

Madde 24 – "İşsizlik yardımları, şahsın sigortalandığı ülkede uygulanan mevzuata göre gerçekleştirilir. Yardımın belirlenmesinde diğer âkit tarafta geçen sigortalılık süreleri de dikkate alınır".

17 SÖZER, Ali Nazım, "İkametgah Naklinin F. Almanya'da Çalışan Türk İşçilerinin Ve Hak Sahiplerinin Emeklilik Hakları Üzerindeki Hukuki Sonuçları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLI, No: 1 – 4, Ocak – Aralık 1986, s. 371 vd.

bb - Açıklama

Görüldüğü üzere kural, işsizlik yardımları üzerinde ortaya çıkacak sorunların çözümünde sigortalanan ülkenin hukukuna yetki vermiş bulunmaktadır. Başak bir deyişle işsizlik yardımları hakkında çalışanın sigortalandığı ülkenin hukuku yetkilidir. Bundan dolayı anılan kavramının gerek kapsamının, gerek koşullarının belirlenmesinde, gerekse vasıflandırılmasında, kısaca nicelik ve niteliğinin tespitinde söz konusu devletin kanunu yetkili olacaktır. Devletler Özel Hukukunda değinilen hukuk nizamı, olayın esasına uygulanan "Lex Causae" (İşlem veya hüküm statüsü ya da hukuku)dan ibarettir.

b - Türkiye ile Norveç Krallığı Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi**aa - Kural**

20. 7. 1981'de imzalanarak 1981 tarihinde yürürlüğe giren anlaşmada (RG. 9. 1. 1981) özel hükümler başlığı altında "İşsizlik yardımı" hakkında taşıdığı hüküm şudur:

Madde 9 – "Diğer akit taraf ülkesinde kalmakta bulunan bir akit taraf vatandaşları, kalmakta bulunduğu taraf vatandaşlarına uygulanan şartlarla işsizlik yardımına hak kazanırlar".

bb - Yorumu

Sözleşme işbu normu yetki sorununun çözümünün yanı sıra, akit taraf vatandaşları arasında işsizlik yardımı hakkında uygulanan koşullarda eşit davranma ilkesini getirmiştir.

c - Türkiye ile Makedonya Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi**aa - Kurallar**

7. 7. 1998 yılında Üsküp' te düzenlenip imzalanmış olan sözleşmede "işlem eşitliği" ilkesi benimsenmiştir. "Tanımlar" başlığı içeren 1. maddesinde ise "yardım" kavramı şöyle disipline edilmiştir:

Madde 1/ 10 : "Yardım" tarafların kendi mevzuatlarına göre tanımlanan nakdi ve aynı yardımlar veya bağışları ifade eder".

Madde 25 – “İşsizlik yardımları için gerekli koşullar : İşsizlik yardımları, sigortalının çalışmakta olduğu ülkede uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yapılır. Yardımın belirlenmesinde diğer tarafta geçen sigortalılık süreleri dikkate alınarak kendi mevzuatında öngörülen koşul, biçim ve usullere göre sağlanır”.

bb - Açıklama

Benimsenen hükme göre devletlerce sağlanan maddi destekler, hem yardım, hem de bağış niteliğinde olabileceği gibi nakdi ve aynı biçimde de olabilir. Yardımların tanımlanmasında, destek sağlayan devletin hukuku belirleyicidir.

Yine sözleşmede açıklandığı üzere işsizlik yardımı için yetkili hukuk çalışmanın yapıldığı devletin, yani çalışılan ülkenin hukuk nizamı olarak tespit edilmiş bulunmaktadır. Böylece hukuki ilişkinin esasına uygulanan hukuk düzeni, kural olarak işsizlik yardımı hakkında da yetkili kılınmıştır.

6 - Kaynakların Değerlendirilmesi

Yukarıda kısaca kendilerine değindiğimiz uluslararası hukuk kaynaklarındaki önemli kurallar ve onlar hakkında verdiğimiz genel bilgilerden ve yaptığımız yorum ve açıklamalardan, milletlerarası alanda benimsenerek yürürlüğe konulan temel düzenlemelerde, kişinin ister bireysel çapta bağımsız, isterse ailesel çapta kitlesel olarak cinsiyet¹⁸, ulusal ve sosyal köken farkı ve ayrımcılığı gözetilmeden korunup kollanması, hem ulusal, hem de uluslararası kaynaklarla topyekün birlikte desteklenip gerçekleştirilerek uygulanmaya konulmak suretiyle yaşama geçirilmesinin temel insani amaç oluşturduğu kolayca anlaşılmaktadır.

Anılan uluslararası kaynaklarda benzer yaklaşıma sosyal güvenliğin, bu arada konumuzla ilgili olarak “işsizlik yardımları”nın sağlanması

¹⁸ Eşit haklara sahip olma bakımından kadın - erkek arasında ayrıma izin verilen ve verilmeyen haklar konusunda karşılaştırmalı bilgi için bak. GÖREN, Zafer, *Türk - Alman - İsviçre Hukuklarına Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları*, Ankara 1991; TUNCAY, A. Can, *İş hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul 1982, s. 125, 177 vd. Ayrıca yeni bir düzenleniş biçimi için bak. Avrupa Sosyal Şartı Ek Protokol, Bölüm II, m. 1.

alanında da tanık olunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde özellikle “sosyal güvenlik yardımları” yalnızca çalışma münasebeti veya iş ilişkisi içerisinde tanımlanmamış, bunun yanı sıra tamamen sosyal refah devletinin ana erk, ilke ve insani amaçları ve uygulamaları doğrultusunda, sırf insan olunması sebebi, onuru ve mutluluğu hasebiyle onursal bir anlayış sonucu evrensel bir hak olarak ta tanınmıştır. Başka bir deyişle sanılanın ve SSK. nca savunulunun aksine, uluslararası kaynaklarda, birçok hak ve özgürlüklerin yanı sıra, sosyal güvenlik hakkı ve ona ilişkin belli başlı yardımlar çok değişik anlayış, düşünce ve gerekçelerle ele alınarak bahşedilmiştir. Bundan dolayı uluslararası kaynaklarda düzenlenen hakların benimsenmesinin gerekçesi, dayanağı ve çıkış noktası hakkında mutlak anlamda ratio legis yeknesaklığı ve amaç birlikteliği bulunmamaktadır.

Nitekim sosyal güvenlik yardımlarına dair teknik düzenlemelerde belirtilen değişik düzenleme nedenleri ve biçimlerine şöyle rastlanmaktadır:

a - Bir kısım uluslararası düzenlemelerde sosyal yardımlar ve bu meydana işsizlik yardımının, doğrudan doğruya çalışma hakkının sonucu ve tali bir ürünü olarak benimsendiğini görmekteyiz. Örneğin “Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme” (m. 19 vd.) ve “Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi” (m. 18).

b - Bazı kaynaklarda ise sosyal güvenlik ve yardımlarının çalışma ilişkisinin yanı sıra, iş ilişkisinden bağımsız bir insan hakkı olması itibariyle de düzenlediği görülmektedir. Örneğin “Avrupa Sosyal Şartı” (Bölüm I / 12 – 13).

c - Diğer bir bölüm anlaşmalarda ise, sosyal güvenlik yardımlarının çalışma ilişkisinden bağımsız olarak sosyal refah felsefesinin ışığında evrensel temel insani hak olarak hüküm altına alındığına tanık olmaktadır. Örneğin “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi” (m. 22 ve 25/1).

V - Sosyal Refah Devleti ve Uygulamaları

A - Dünyada

Kendilerine değinme fırsatı bulduğumuz Devletler Hukukunun birkaç önemli ve etkin pozitif kaynaklarından, uluslararası alanda geli-

şen önemli yaşamsal ilişkilerde tabir caizse gerçek anlamda toplumsal güvenliğin değişik versiyonlarının evrimine şahit olunmaktadır. Belirtilen yüksek standartlı kozmopolitan toplumsal gelişmeye, devlet kavramının uzun gelişme evresinde, eski çağların basit “Mülk Devlet” ve “Polis Devlet” anlayışından, 20. yüzyılda “Sosyal Devlet” rejimine geçişin son aşamasında ortaya çıkan “Sosyal Refah Devleti” sisteminin evriminde karşılaşılmıştır. Bilahare söz konusu refah ve mutluluk ideali için yardımlaşma, destek ve kollanmaların evrensel seviyede uluslararası koşulsuz sunuşu Birleşmiş Milletler öncülüğünde devletler hukukunca desteklenmiştir.

Söz konusu evrensel gelişmelerin ışığında sosyal güvenlik hukukunda sosyo - ekonomik destekler arasında “İşsizlik Sigortası”nın yanı sıra, “İşsizlik Yardımları” ve “Aile Ödentileri”¹⁹ şekilde değişik koruma biçimleri ortaya çıkıp uygulanmaya başlanmıştır.

Avrupa’da uygulamaya konulan “Sosyal Refah Devleti” anlayışının insana sağladığı ve bahşettiği sosyal destek etkinliklerini bir yana bıraksak bile, diyebiliriz ki, uygar yaşamda çalışma fiili, hırsı, azmi ve maddi getirisi (ücreti) insanda sürekli bir tutku, kamçı ve yaşam biçimi iken, işsizlik yardımı, aksine geçici olarak (arızı) ortaya çıkan olumsuz sosyo- ekonomik şartların sonucu ve ürünüdür.

Ayrıca önemle belirtelim ki, sosyal hukuk mevzuatı bakımından aranan koşulların gerçekleşmesinde ülkeler açısından bir ayırım göze çarpar. Örneği Angolo – Sakson sistemini uygulayan ülkelerde, genellikle vatandaşlık bağı global bağlantı noktası olarak kabul edilmesine karşın, kıta Avrupa’sında sosyal yardım ve hizmetler ile sosyal sigortalar mevzuatı bakımından bir ayırım gözetilir²⁰.

B - Almanya’da

Almanya’da sosyal yardım ve hizmetler hakkında bağlanma noktası genellikle vatandaşlık bağı olmayıp, aksine meskenin bulunduğu yer veya mutad olarak ikamet edilen yer kabul edilmişken, sosyal sigortalar için bağlanma noktası olarak çalışanın işini yürüttüğü yer be-

¹⁹ TUNCAY, A. Can, (dn. 18), age, s. 319.

²⁰ SÖZER, Ali Nazım, “Uluslararası Sosyal Hukukta Mülkîlik ve Şahsîlik İlkeleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, 121.

nimsenmiştir. Bundan dolayı Almanya'da çalışan yabancılar, sözü edilen bağlantılardan birine orada sahip olduklarında her türlü sosyal yardım ve hizmetin yanı sıra, zorunlu sosyal sigortadan da yararlanırlar²¹.

Almanyanın kaliteli bir çalışma sistemiyle kısa bir zamanda yakaladığı sosyal refah devletinin yüksek yaşam standartlarına uygun yürürlüğe koyduğu uluslararası belgelerin ışığında düzeyli bir sosyal güvenlik sistemi ve ağını harekete geçirmiş olduğuna tanık olmaktadır. Söz konusu değişik sosyal güvenlik uygulamaları arasında kural olarak ücret karşılığı çalışan kişiler, müstahdemler ve mesleki eğitim görenler "işsizlik sigortası" ve "işsizlik parası" kapsama alınmış olmasına karşın, "işsizlik yardımı" sigortalılık süresini doldurmamış oldukları için "işsizlik parası" talep etmeye hakları olmayan işçilerle bu haklarını kullanmış olan işsizlere "muhtaç" duruma düşmeleri halinde belirli koşullarla ödenir²². Görüldüğü üzere "işsizlik yardımı" ancak ve ancak öteki olağan olanakların mevcut olmadığı durumlarda, son çare olarak sadece yoksulluk halinde ödenebilir. Böylece işsizlik yardımının ödenme koşulları olağan bir vaziyet olmayıp, istisnai durumlar ve olağanüstü şartlarla (force major) ilgili bulunmaktadır.

C - Türkiye'de

Benzer sosyal refah düşünceleri bizim hukukumuzda da yabancı değildir. Türk Hukukunda çok güçlü olmasa da anılan politikaların ilginç uygulamalarına rastlanmaktadır²³. Bu araştırmada özellikle üzerinde durduğumuz 3201 sayılı kanunun yanı sıra, başka bir düzenlemeyi dahi örnek olarak anımsatmak isteriz:

a - Bilindiği üzere 3201 sayılı kanun, Türk vatandaşlarının sadece yurt dışında geçen "çalışma sürelerini" değil, aynı zamanda iş hukuku anlamında teknik iş ilişkisi içerisinde olmadan yurt dışında hiçbir işte çalışmamış 18 yaşını doldurmuş "ev kadını" olarak geçen süreleri" de sosyal güvenlik hukuku bakımından değerlendirmiştir (m. 1).

21 SÖZER, Ali Nazım, (dn. 17), s. 121.

22 Geniş bilgi için bak. Avrupa Topluluğu Sosyal Güvenlik Hukuku, Ocak 2000, s. 132, 140 - 141.

23 Türk Hukukunda ayrıntılı bilgi için bak. TUNCAY, Can, (dn. 18), s. 44 vd; TUNÇOMAĞ, Kenan, *Sosyal Sigortalar*, 5. Bası, İstanbul 1990, s. 54 vd.

b – Benzer amaçla bir başka düzenlemeye “Yabancı Memleketlerde Türk Asıllı ve Yabancı Uyruklu Öğretmenlere Sosyal Yardım Yapılması Hakkında Kanun” da karşılaşılmaktadır²⁴.

3201 sayılı kanunun uygulamasında “Kesin dönüş” kavramı ile ilgili olarak şunu söyleyebiliriz. Kendisine emekli aylığı bağlanan bir kimseye yabancı bir ülkede tekrar çalışma olanağının tanınması yasal düzenlemeye bağlandığından, yeniden çalışmaya başlaması artık kurumca sorgulanamayıp, karara bağlanan kesin dönüşün de gerçekleşmediği iddia edilmemesine karşın, yasal boşluktan yararlanılarak bir yandan “çalışma hakkı”nın ferî semeresi olan, öte yandan sosyo – ekonomik insan haklarının sonucu olarak ödenen “işsizlik yardımı” konusunda hangi haklı gerekçe ve düşünceyle bu kadar fahiş ayırım gözetilip ağır sonuç ve yaptırımlar nasıl savunulabilir! Daha ağırlıklı olan çalışma hakkı karşısında kanun koyucunun yasal düzenlemesi, düşünce ve tutumu belli ve ortada iken; bizzat kendisinin benimseyip yol açmadığı bir sonucu, onunun adeta ferî bir semeresi olan bir konuda (işsizlik yardımı alma) daha ağırlıklı bir yaptırım kolayca nasıl savunulup uygulanabilir.

VI - Genel Değerlendirme

Her iki makalede dava konusunun değişik yönlerine ilişkin olarak sunduğumuz genel bilgilerden, gerek kanuni düzenlemeler hakkında yaptığımız araştırmalardan, gerekse verdiğimiz teorik açıklamalardan varılan sonuçları hukuksal kavramlar gözetilerek somut bir biçimde ortaya koyup genel değerlendirmeye tabi tutmak istenirse, uyuşmazlığın esasına ilişkin sorunları aşağıdaki hususlarda toplayıp ard arda şöyle özetleyebiliriz.

A - Zamanaşımı Süreci Açısından

Madde 3/ II. fıkra uyarınca yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanmak suretiyle emekli olmayı sağlamak için aranan 2 yıllık başvuru süresi davacı bakımından geçmemiştir. Davacının, iptal kararına karşı, hem süresi içerisinde yetkili mahkemede iptal /tespit davası aç-

²⁴ Bak. SADRİLEŞRAFİ, Hüseyin Ali, “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Sosyal Güvenlik Hakkı”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Yıl 19 –20, sayı 1 – 2, 1999 –2000, s. 853 – 873.

ması, hem de etkin bir idari tedbir olarak sunduğu 31. 7. 1998 tarihli nitelikli dilekçeyle zamanaşımı süresini kestigiinden, kurumca ileri sürülen zamanaşımı defî doğru olmayıp yanlıştır. Bu bakımdan olayda, zamanaşımına uğrama realitesi mevcut olmadığından, defî olarak ileri sürülmesi hukuki dayanaktan yoksundur.

B - Çalışma Kavramı Bakımından

3201 sayılı kanuna göre bağlanan aylık, daha sonra yurt dışına çıkma veya yurt dışında bulunma nedeniyle kesilmez. Aylığın kesilmesi için behemehal yeniden yurt dışında çalışmaya başlamak gerekir. Doktrinde Prof. Tuncay açıklanan konuya değinirken "Gerçekten 3201 sayılı kanunun 6/ B maddesi aylığın kesilmesini sadece yurt dışında yeniden çalışma şartına bağlamış olup işsizlik yardımı almadan söz etmemiştir" Kaldı ki, 3201 sayılı kanun değerlendirilecek yurt dışı çalışmaları arasına işsizlik süresini de katmışsa da bu süre hizmet süresi olmadığı gibi bir yılla sınırlandırılmıştır" diyerek önemli bir gerekçe daha eklemiştir²⁵.

Madde 6/B-I. fıkra uyarınca bağlanan emekli aylığının sonradan kesilmesini sağlamaya ilişkin olarak aranan "yeniden yurt dışında çalışmaya başlama" koşulu bu olayda iddia edilmeyip mevcut değildir. Yurt dışında yeniden çalışma eyleminin gerçekleşmemiş olması nedeniyle SSK. nın iptal kararı bu hüküm açısından da kanuna aykırıdır. Bundan dolayı kurumun aldığı iptal kararı ve müteakiben giriştiği eylem ve işlemler ileride açıklanacak sair sebeplerle birlikte baştan beri geçersizdir. İdare Hukuku prensipleri açısından ise, yetki aşımı olduğundan, alındığı tarihten itibaren iptalini gerektirir.

C - Borçlanma Yapabilme Koşulu Zaviyesinden

Yurt dışında çalışanların ön koşul olarak Türkiye'ye kesin dönüş yapmadan yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanmaları mümkün değildir. Nitekim olayda da davacı yurda kesin dönüş yapıp yeterli sigortalılık sürelerini belgelendirerek borçlanma talebinde bulunmuş, söz konusu gerekler kurumca resmen tespit ve teyit edilip onaylandıktan sonra sigortalı talebi kabul edilerek kendisine emekli aylığı bağlanabilmiştir.

²⁵ TUNCAY, Can, (dn. 18), s. 369.

Bilindiği üzere kanunda “yurda kesin dönüş” kavramı tanımlanıp hükme bağlanmadığından, iş doktrin ve içtihada kalmıştır. İleride işaret edileceği üzere doktrinde yeni yeni olumlu görüşler görünmeye başlamışken, maalesef son zamanlara değin Yargıtay, sorunun çözümüne yetersiz ve olumsuz, katı bir yaklaşımla isabetli bir görüş ortaya koyamadığından, emekçilerin dertlere dert, çilelerine ise çile katmıştır. Ancak son zamanlarda yayınlanan yüksek mahkemenin birkaç kararında umut verici bazı gelişmelere rastlanabilmektedir.

Uygulamada başvuran kişinin yurda kesin dönüşü, genellikle pasaportuna bu konuda yazılan resmi yazıdan veya vurulan iptal damgasından anlaşılmaktadır.

Ç - Yurt Dışındaki Sigorta Primlerinin İadesi Yönünden

Davacının gerek emekliliğe ilişkin borçlanma işlemlerinin tamamlanmasının ardından ve müteakiben eşi ve ev eşyalarıyla birlikte 20.7.1995 tarihinde Almanya'dan ülkeye döndükten ve orasıyla çalışma bağı kalmadığından -aylığın kesilmesinden çok önce- yurt dışındaki sigorta primlerinin ülkeye iadesini 30.6.1996'da kurumdan istemiş olması, gerekse söz konusu primlerin bizzat SSK'ca iadesinin 11.9.1996 tarihinde sağlanıp gerçekleştirilmiş bulunması, taraflar bakımından ülkeye kesin dönüş niyetini ortaya koyup açığa vurması ve kanıtlaması açısından son derece önemli ve belirleyicidir. Sigorta primlerinin hem resmen iadesinin istenmiş olması, hem de kurumca istemin sonuçlandırılmasına yönelik girişilen resmi eylem ve işlemler, yurda kesin dönüş niyetinin varlığına nisbi emarenin ötesinde “kesin karine” derecesinde kanıtlayıcı ve destekleyici niteliktedir. Türkiye'de gerçekleştirilen emeklilik işlemlerinden sonra, yabancı sosyal güvenlik kuruluşundan birikmiş sigorta primlerinin toptan iadesinin istenip bitirilmiş olması, bizatihi çalışan kişi ile söz konusu yabancı devlet arasında çalışma ilişkisini sona erdirdiğine de önemli kanıt teşkil eder. Olayın başlı başına bu cephesi de davacının Türkiye'ye kesin dönüşüne dair irade ve niyetini güçlü bir biçimde desteklenmektedir. Belirtilen şartlar içerisinde, davacıda ülkeye kesin dönüş niyetinin mevcut olduğunu, herkesten önce SSK'nın öncelikle bilinmesi gerekir.

D - İşsizlik Yardımı Alınması Cephesinden

Davacının yirmi yılı aşkın bir süre Almanya'da canla başla çalıştıktan sonra, eşinin orada çalışması nedeniyle yaşam koşulları altında yeniden geri dönüp oradan kısa bir süre arızı olarak (7 ay) "işsizlik yardımı" alması, genellikle aile gelirlerinin aniden düşmüş olması, geçimlerinin zorlaşmış bulunması ve aynı zamanda o ülkenin eski çalışanı olduğu unutmamalıdır. Sözü edilen olgu yukarıda değinilen uluslararası düzenlemelerin prensip olarak cinsiyet ve vatandaş – yabancı ayırımı gözetmeyen bireyi ve aile bireylerini hem bağımsız, hem birlikte koruyup kollayan evrensel direktifleri yönünden, daha ziyade yüksek ekonomik seviyeye ulaşan Alman devletince yürürlüğe konulan "Sosyal Refah Devleti"nin ana erkleriyle desteklenen, insan emeğine ve yaşamına gösterilen engin kolektif koruyup koruma düşüncesinin sonucu olduğunu hesaba katmak gerekir. Kesin dönüşünü almış yabancı uyruklu işçi ve çalışan ile onun çalıştığı yabancı ülkenin sosyal güvenlik kuruluşu arasında, anılan manevi bağ ve toplumsal insani değerlerin dışında geriye başka ne bağlantı kalabilir.

Bilindiği üzere 3201 sayılı kanun, Türk sosyal güvenlik kuruluşlarına emeklinin yabancı ülkede yeniden çalışmaya başlaması durumunda, yalnızca bağlanan emekli aylığının kesilmesine hükmederek idareye yetki vermiştir. Kanunda, işsizlik yardımının alınmasının doğrudan doğruya maaş kesme sebebi sayılmadığı gibi, kesin dönüş sayılmayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme de mevcut değildir.

Yasal durum böyle iken, SSK daha önce kabul edip borçlandırmak suretiyle kesin karara bağladığı "ülkeye kesin dönüş" kavramını, sırf bu yüzden bozup yok saymak suretiyle, kanunun ruhunda ve lafzında olmayan bir yaptırıma girişip, arkadan da yasaya aykırı bir red ile davacının yaşam kaynağını kurutmuştur. İdarece alınan iptal kararı, ardından da zincirleme girişilen icrai eylem ve işlemler bir yaptırım niteliğinde olduğundan, kanunilik ilkesine de aykırı tasarruflardır.

Bunlardan başkaca Alman hukuk sisteminde işsizlik yardımı kendisine özgü bir sosyal yardım mekanizması olarak öngörülmüştür. Gerçekten Almanya bir yandan uluslararası toplumun, öte yandan Avrupa Birliği'nin önde gelen çok gelişmiş bir ekonomik ve siyasal bir üye devleti olarak ulaştığı sosyal refah devleti erki ve ereğinin bir gereği olarak yürürlüğe koyduğu güçlü sosyal güvenlik uygulamaları sonucunda belirli koşulların varlığı halinde orada yaşama hakkı olan herkese verilmektedir.

Verilen bilgilerden anlaşıldığı gibi Türkiye’de değişik gerekçe ve amaçlarla bölük pörçük ayrı ayrı sosyal yardım başlıkları altında benimsenen sosyal yardım hakları²⁶, Alman sosyal yardım teşkilatında daha kapsamlı ve nitelikli bir biçimde işsizlik yardımının altında toplanmaya çalışılmıştır. Böylece ülkesinde rahat yaşanabilir bir sosyal yaşamı bahşeden yaşlılık ve malullük emekliliğine sahip olanların dışında, genellikle çalışmaya muktedir olmakla birlikte herhangi bir sebeple çalışmayan veya çalışamayan yardıma muhtaç kimselere de, sırf yaşamlarını sürdürüp asgari sosyal yaşam standardının altına düşmemek amacıyla işsizlik yardımı yoluyla destek sağlanmaktadır.

Almanya, uluslararası hukukun yüklediği evrensel yükümlülüğün kaçınılmaz sonucu olarak geniş insani destek politikaları uyarınca işsizlik yardımı ile benzer sosyal yardımları, yerli yabancı ayrımı gözetmeksizin ülkede oturmasına veya ikamet etmesine izin verdiği yardıma muhtaç işsiz olan herkes gibi, işsiz olan sığınmacı ve göçmenlere dahi bahşetmiştir. Almanya’nın sergilediği eşgüdümlü eşitlikçi yaklaşımın Birleşmiş Milletlerce benimsenen İnsan Hakları Bildirgesinde ilan edilen “Evrensel Koruma” ilkesinin bir gereği olduğunu anımsatmakta yarar vardır.

Anılan bağlamda denilebilir ki, davacının sözü geçen şartlar altında, maaşının kesilmesinden çok önceki bir tarihte Almanya’dan kısa bir süre için işsizlik yardımı almış olması, tamamen olumsuz ve elverişsiz maddi yaşam şartlarından kaynaklanan *arızı bir durumun* sonucu olup, yurda gerçekleştirdiği kesin dönüş niyetiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

E – Sosyal Güvenlik Hakkı Köşesinden

20. yüzyılda milli ve milletlerarası kaynaklarda güçlü bir biçimde desteklenen “Sosyal Güvenlik Hakkı” yaşamsal sosyo - ekonomik temel insan hakları arasında vazgeçilmez evrensel yerini almıştır. Özellikle iş hukuku alanında, çalışmanın doğal bir uzantısı ve zorunlu ürünü olarak kendisini kabul ettirmiştir. Yabancı ülkelerde çalışanlar açısından ise söz konusu hak, benimsenen sistemler uyarınca ya çalıştıkları

²⁶ Türkiye’de değişik sosyal yardım çeşitleri ve şartları hakkında fazla bilgi için bak. SÖZER, Ali Nazım, *Türkiye’de Sosyal Hukuk*, II. baskı, İzmir 1998, s. 87 vd.

rı yabancı ülkelerde, ya da kendi devletlerinden birinde asgari olarak sağlanmaya çalışılmıştır.

Davadaki olayda ise, Almanya'da uzun zamandan beri çalışmış olan davacı, sosyal güvenlik konusunda kendisine tanınan seçim (option) hakkını, ana vatanından yana kullanarak Türkiye'ye kesin dönüş yapmıştır. Davacının gerek kesin dönüş sebebiyle çalışma ilişkisini, gerek sigorta primlerini transfer ettirdiğinden emeklilik ilişkisini kesdiğinden, hatta orada tekrar ikamet etmesini yitirmese de zorlaştırdığından dolayı Almanya'dan emekli olma olanağı kalmamıştır. Bu yüzden bu hakkın Türkiye'ce sağlanmasından başka seçenek yoktur. Başlangıçta davacı kuruma başvurup yükümlülüklerini harfiyen yerine getirmişse de, bilahare malum iddiayla SSK bağladığı aylığını kesmiştir. Sigortalı bir yandan kararın iptali ve emekliliğinin tespiti için süresi içerisinde dava açmakla yetinmemiş, tedbirli vatandaş olarak bir başvuru dilekçesi daha sunmuştur. Maalesef idare anlaşılabilir bir umursamazlıkla hukuka aykırı bir surette cenderede çırpınan vatandaşının haklı taleplerine dahi kulaklarını tıkamıştır.

F - Aylık Kesme ve Yeniden Aylık Ödeme Yöntemi ve Zamanı İtibariyle

Yasada, ister aylık kesme, isterse kesilen aylığın yeniden ödenmesi yöntemi ve zamanı hakkında gayet uygarca adil ve uyumlu bir düzenleme dikkati çekmektedir. Tamamen insancıl ve medeni bir zihniyetin ürünü olan işbu dengeli uygulama yönteminde, Türk sosyal güvenlik kuruluşlarınca bağlanan aylığın, yeniden çalışmaya başlanması nedeniyle kesilmesini, emeklinin yabancı ülkede çalışmaya fiilen başladığı tarihi takip eden ay başından itibaren benimsemiştir (m. 6/ B - I). Kesilen aylığın yeniden ödenmeye başlanması hakkında ise, yurda kesin dönüş tarihini takip eden ay başından itibaren tekrar ödenmeye başlanacağını hüküm altına almıştır (m. 6/ B - II). Açıklanan hükümlerden de kolayca anlaşıldığı üzere Türk kanun koyucusu, yüce gönüllülikle söz konusu statüdeki çalışanların ortada parasız pulsuz kalmalarını önlemek için azami özen göstermiştir.

Halbuki olayda SSK'nın davacının aylığını kesmesi, zaman ve yöntem itibariyle çok ilginç ve düşündürücüdür. Davacı kısa bir süre Almanya'dan işsizlik yardımı aldıktan, kocasının da çalışma sorunlarını halledip Almanya ile ilişkilerini kesip – adeta köprüleri yıkarak- geriye

bir şey bırakmayacak biçimde birlikte ülkeye döndükten uzunca bir vakit sonra emekli aylığını kesmiştir. Daha somut bir deyişle, maalesef kurum, davacı kocasıyla birlikte Türkiye'ye kalıcı bir biçimde döndükten, Almanya'da ister çalışma, ister ikamet iznini yitirdikten, oraya kolayca tekrar dönme olanağı ortadan kalktıktan, özellikle birikmiş sigorta primlerini ülkeye transfer ettirip sigortalılık sürelerini tasfiye ettirmesi nedeniyle²⁷ Almanya'daki sosyal sigorta güvencesini yitirdiğinden emekli olma olanağı ve şansını da tümüyle kaybettikten sonra, en olumsuz şartlarda maaşını kesmiştir. Böylece davacının nasıl geçineceğini düşünmeden, söz konusu yaptırımları ard arda uygulatıp, yaşam kaynağını kurutup, ağır ekonomik koşulların kol gezdiği pahalıkta parasız pulsuz ortada bırakmıştır. İnsan haklarının ağır bir ihlali olan, adil olmayan bu uygulama biçimi de, kanun koyucunun medeni yaklaşımıyla bağdaşmamaktadır.

G - İşçi Pasaportuna İptal Damgası Vurulması Bakımından

Kurumca da çok iyi bilindiği üzere Alman mevzuatı uyarınca, o ülkede çalışan yabancı işçi ülkesine kesin dönüş yapmadıkça pasaportuna kesin dönüşünü içeren iptal damgası vurulmaz. Ancak işçi ülkesine kesin dönüş yaptıktan sonra, geldiği kendi ülkesindeki Alman konsolosluklarınca ünlü kırmızı iptal veya geçersiz damgası (Ungültig) vurulur. Söz konusu iptal damgası üzerine ancak Almanya'dan sigorta primlerinin iadesi istenebilir. Anılan damganın vurulması sonucu artık o işçinin, beş (5) yıl boyunca turistik amaçla dahi olsa, Almanya'ya geri gitmesi mümkün değildir.

Davacı, Almanya bakımından ülkeye (Türkiye) kesin dönüşü ifade eden sözü geçen iptal damgasını son kez 30.1.1996 tarihinde İzmir Alman Konsololuğunda pasaportuna vurdurmuş bulunmaktadır. Gerçekten anılan damga yüzünden davacı belirtilen tarihten beri çok uzunca bir zaman geçmesine, hatta SSK. ca kendisi ve ailesi ortalarında parasız pulsuz bırakılarak perişan edilmesine rağmen, bir daha Almanya'ya gidememiş ve gitmemiştir de. Böylece değinilen bu önemli kanıt, davacının başlangıçtan beri ülkeye kesin dönüş niyetinin var

²⁷ SÖZER, Ali Nazım, "Türkiye - F. Almanya Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmeye Ek 2 Kasım 1984 Düzenleme Tarihli Sözleşme Işığında Hizmet Süreleri F. Almanya Ve Türkiye'de Geçen Türk İşçilerinin Emeklilikleri", Yeni İş Dünyası, Mart 1986, s. 21.

olduğunun sadece güçlü emaresi değil, belki kesin kanıtı niteliğinde olduğunu gösterir.

H - Yurda Kesin Dönüş Üzerine Ülkeye Yollanan Ev Eşyalarının Gümrükten Çekilmesi Yönünden

Yine bilindiği üzere iki devlet arasında varılan mutabakat uyarınca, yabancı ülkelerde çalışan Türk işçileri, ülkeye kesin dönüş yaptıkları takdirde gümrük kolaylıkları ve bağışıklarından yararlanabilmektedirler. Nitekim davacı da, değinilen haktan yararlanmak amacıyla birkaç gün arayla ev eşyalarını Türkiye'ye getirtmiştir. Söz konusu haktan yararlanmak suretiyle eşyaların İzmir Gümrük İdaresi'ne giriş tarihi 24. 7. 1995 dir. Bu bulgu dahi, öteki karineler gibi, davacının aylığı kesilmeden çok önce ülkeye kesin dönüş yaptığına önemli başka bir kanıttır.

İ - Uygulamalı Örneklemeler

“Hukuk mühendisliği”nin “devletler özel hukuku” alanında öncülerinden birisi olarak²⁸ zora sokulan hukuki durumun olduğunca gözler önüne serilmesi kanımızca iki uygulamalı örnekle aydınlatılabilecek durumdadır.

Örnek Bir: Davacı o gün yalnız /tek değil, Almanya'daki bir başka ev arkadaşı bayan (B) ile birlikte Türkiye'ye kesin dönüş yapmak kasdı ve amacıyla gelip borçlanmak suretiyle SSK'dan emekli aylığı bağlandıktan bir süre sonra, ikisi de tekrar Almanya'ya döndüklerinde, davacı evde oturup kısa bir dönem işsizlik yardımı almasına karşın, bayan (B) orada yeniden çalışmaya başlasaydı, sonuç ne olurdu? Cevabı çok basittir. Madde 6/B- I uyarınca bayan (B) orada tekrar çalışmaya başladıktan sonraki aydan itibaren sadece emekli aylığı kesilirdi. Tekrar yurda döndüğünde ise, aylığı başvurusunu takip eden ay başından itibaren yeniden hemen ödenmeye başlanırdı (m. 6/B- II). Sorun “yurda kesin dönüş” kavramı bakımından bu kadar açık ve tartışmasızdır.

Örnek İki: Sayın davacı yalnız başına yurda kesin dönüş yaparak

²⁸ Ek bilgi için bak. SADRULEŞRAFİ, Hüseyin Ali, *Şematik Devletler Özel Hukuku*, İzmir 1991.

SSK'ya başvurup borçlanmak suretiyle kurumdan emekli maaşı bağlandıktan yine bir süre sonra tekrar Almanya'da çalışmaya koyulsaydı sonucu ne olurdu? Yurda kesin dönüş koşulu yine kesin olarak gerçekleşmiş sayılırdı. Kısaca sonuç tartışmasız belli olup aynıdır (m. 6/B – I ve II).

Her iki senaryolu örnek olaydan da kolayca anlaşıldığı üzere, her iki durumda da aranan “yurda kesin dönüş” koşulu, mutlak surette mevcut olup kabul edilmiş olurdu. Kısaca her iki olayda da yurda kesin dönüş olgusu kuşkusuz ve istisnasız gerçekleşmiş sayılırdı. Hukuki pozisyon bu kadar açık ve kesindir.

J . YARGITAY KARARLARI AÇISINDAN

1 – Kararların İçeriği

a – 2147 Sayılı Kanunun Uygulamasında

2147 sayılı kanun prensip itibariyle gerek borçlanma, gerekse aylık bağlanması için yurda kesin dönüş koşulunu aramamıştır. Gerçekten yüksek mahkeme başlangıçtan beri 2147 sayılı kanun yürürlükte olduğu tarihte hem “yurda kesin dönüş” hem de “işten ayrılma” kriterleri üzerinde ortaya çıkan tartışma ve çelişkiyi, kanunların hiyerarşik üstünlük kuralı doğrultusunda, ideal hukuk yönünde gidermeye düzeyli çaba harcayarak, ister insan haklarının tecellisinde, ister hak-sızlıkların giderilmesinde değerli hizmetler sunmuştur.

Nitekim Yarg. 10. HD'ne konu teşkil eden bir davada sonuç itibariyle şu kararı vermiştir: “3201 sayılı kanunun aksine, 2147 sayılı kanunla, bu kanun gereğince yapılan borçlanmaya dayanılarak tahsis talebinde bulunulabilmesi ve yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için, yurt dışındaki işten ayrılmaya ve Türkiye'ye kesin dönüş yapma koşulu getirilmemiş ve aranılmamıştır. Anılan yasada kesinlikle böyle bir hüküm mevcut değildir. Böyle olunca da, 2147 sayılı kanunda öngörülen koşulların oluşmasından ve tahsis yapılmasından sonra da, dış ülke yasalarından da yararlanabilmek için, o dış ülkedeki çalışmalarını sürdürmenin mümkün ve tabii bulunduğu, aksine yasal bir engel bulunmadığı, dairesimizin yerleşmiş görüş ve uygulamalarının da bu doğrul-

tuda bulunduğu açıktır”²⁹.

Nihayet kanunun uygulamasına ilişkin olarak yeni yayınlanan bir uyuşmazlık hakkında, Yarg. 20. HD. 9. 7. 2001 tarihli olan kararında özetle aynen şöyle demiştir: “*Davalı 2147 sayılı yasadan yararlandırılarak işten ayrılma şartı aranmaksızın 1. 3. 2001 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini istemiştir. Yurt dışındaki çalışmalarını kesin dönüş yapmaksızın borçlanan ve yurt dışı çalışmaları değerlendirilerek yaşlılık aylığına hak kazanan davacıya yaşlılık aylığı bağlanması için, yurt dışında çalıştığı işten ayrılması zorunluluğu yoktur ... Mahkemece, bu maddi ve hukuki olguları göz önünde tutmaksızın davacıya yurt dışındaki işten ayrılmaksızın yaşlılık aylığı bağlanmasına karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir*”³⁰.

Görüldüğü üzere yüksek mahkeme, 2147 sayılı kanunun uygulamasına ait anılan ilamlarında, yurt dışında geçen hizmetlerin borçlanması suretiyle yaşlılık aylığının bağlanabilmesi için, çalışan kişinin yurda kesin dönüş yapmasına ve işten ayrılmasına gerek olmadığı gibi zorunluluğu da bulunmamaktadır.

b - 3201 Sayılı Kanunun Uygulamasında

Yasal düzenlemelerle yargı kararları arasında ortaya çıkan uyumsuzluğu gidermek amacıyla yeni bir düzenlemenin yapılması gerekince, 3201 sayılı kanun yayınlanmıştır. Yeni yasada “yurda kesin dönüş” koşulu açıkça benimsenmiştir. Söz konusu düzenlemenin sonucunda yüksek yargı organı kuvvetler ayrılığı sistemi uyarınca önceden harcadığı çabaları bırakarak kanunu olduğu gibi uygulamaya koyulmuştur. Ne var ki, yasada yurda kesin dönüş koşulunun aranması sonucu yargı organları, önüne yığılan çoğu uyuşmazlıklarda “işsizlik yardımı” alma kavramının niteliğinin yorumu ve çözümü ile karşı karşıya gelmiştir. Kanunda işsizlik yardımı hakkında sarıh bir düzenleme yapılmadığından, mevcut boşluğu doldurmakla karşı karşıya kalan yargı

²⁹ Karar hakkında ek bilgiler için bak. KILIÇOĞLU, Mustafa, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma* (İçtihatlı – Açıklamalı), Ankara 2002, s. 123 – 125.

³⁰ Yarg. 21. HD, E. 2001 / 5186, K. 2001 / 5417 nolu işbu karar konusunda ek bilgiler için bak. Yargıtay Kararları Dergisi (YKD), C. 28, Sayı 5, Mayıs 2002, s. 774 – 775.

organları, daha önce gösterdikleri olumlu yaklaşımı, 1997 yılından itibaren bilhassa HGK. nun etkisiyle belirli varsayımlarla oluşturulan karineler ışığında olumsuz yönde karar vermeye başlamışlardır.

Genellikle sosyolojik ve hukuki gerçeklerle fazla bağdaşmayan anılan katı görüşün kabul edilmesi, sonunda yüksek mahkemeyi işsizlik yardımı kavramının gerek yorumunda, gerekse niteliğinin belirlenmesinde yeni çıkış yolları ve insancıl arayışlara itmeye başlamıştır. Nitekim mahkeme zamanla karşı karşıya geldiği uyuşmazlılarda verdiği kararlarda yeni bulgular ve ip uçları vermekten geri kalmamıştır. Bir kaçında şu görüş ve gerekçelere yer verildiğini görmekteyiz:

Yargıtay 21. HD. ilkin başarılı bir kararında özetle şöyle karar vermiştir: *“Yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerinin borçlanılmasından sonra, yaşlılık aylığı bağlanması durumunda; zaman zaman yurt dışına çıkılması ya da, çalışılan ülkeden işsizlik yardımı alınması, yaşlılık aylığının kesilmesini gerektirmez”*³¹.

Yargıtay 21. HD. daha sonra verdiği bir başka kararında yine özetle *“yurt dışında çalışan işçinin işinden ayrıldıktan sonra; çalıştığı ülkenin mevzuatı gereğince iş bulununcaya kadar ödenen işsizlik sigortasından yardım görmesi durumunda bu olgu, yurda kesin dönüş yapmadığı şeklinde anlaşılabilir. Kesin dönüşten amaç, yurt dışındaki eylemli çalışma yaşamına son vermektir. Maddede öngörülen ... yurt dışındaki çalıştığı işyerinden ayrılmak suretiyle Türkiye’ye dönmektir. 3201 sayılı yasanın 3. maddesindeki çalışmama koşulu ile ikamet etme amaçlanmamaktadır. Somut olayda davacı yurt dışında aktif sigortalı olarak çalışmayıp, işsizlik sigortasından yardım aldığından, yurt dışı çalışmalarının tamamı geçerli sayılmalıdır ”* demiştir³².

21. Hukuk Dairesi önceki görüşünden çark edip dönerken şöyle demiştir: *“Yasada öngörülen kesin dönüşten amaç; işçinin yurt dışından ekonomik ve sosyal yönden ilişkisini kesip Türkiye’ye yerleşmesidir. Başka bir anlatımla, işçinin borçlanma yaptığı tarihte, yurt dışındaki işyerinden veya sosyal güvenlik kuruluşundan aktif veya pasif sigortalı olarak yardım almaması asıldır ... Hal böyle olunca Almanya Sosyal Güvenlik mevzuatı gereğince işsizlik sigortasından yar-*

³¹ Yarg. 21. HD. 3. 12. 1996, E. 6625, K. 6714 nolu karar hakkında geniş bilgi için bak. YKD, C. 24, S. 4, Nisan 1998, s. 574 - 575.

³² Yarg. 21. HD, 26. 6. 1997, E. 1997 / 4377, K. 1997 / 4500 için bak. YKD, C. 24, S. 3, Mart 1998, s. 418 - 420.

dım gören kimsenin, Almanya'da ikamet ettiği ve iş ilişkisinin devam ettiği giderek kesin dönüş yapmadığı açık seçiktir. Somut olayda davacının, borçlandığı tarihte ve sonrasında Alman Sosyal Güvenlik Kurulu'ndan işsizlik yardımı aldığı anlaşıldığından yasanın aradığı "kesin dönüş" koşulunun oluşmadığının kabulü gerekir" 33.

Bu görüşe Yarg. 10. HD. "Federal Almanya'da işsizlik sigortasından yardım almak kişinin Almanya'da oturduğuna veya yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturur" şeklinde bir savla katılmıştır³⁴.

Aynı daire, yurt dışından "hastalık yardımı" alınmasına ilişkin bir uyuşmazlık konusunda da yine aynı mealdeki görüşünü sürdürerek, o kişinin yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine saymıştır³⁵

Sözü edilen dairelerin karar değişikliğinde Yargıtay HGK yönlendirmesi etkili olmuştur. Gerçekten genel kurul bir olayda özetle şu yönde karar kılmıştır: "Yurt dışında çalışan işçi, borçlanmaya başlamasına rağmen, Alman Cumhuriyeti'nden işsizlik yardımı almaya devam ediyorsa, bu yardımın ödenmesi koşullarından olan Almanya'da ikamet ettiği, dolayısıyla yurda kesin dönüş yapmadığı anlaşıldığından borçlanma ve aylık bağlanma işleminin iptali doğrudur" 36.

HGK bir diğer kararında yine benzer gerekçelerle görüşünü şöyle vurgulamıştır: "Yurt dışında çalışan işçinin, işinden ayrıldıktan sonra o ülkenin sosyal güvenlik kuruluşundan geçici iş göremezlik ya da işsizlik sigorta yardımı alması, o kişinin yurt dışında oturmasına ve yur-

³³ Yarg. 21. HD, 20. 11. 1997, E. 7353, K. 7596 için bak. YKD, C. 24, S. 6, Haziran 1998, s. 897 - 898.

³⁴ Yarg. 10. HD, 18. 12. 1997, E. 5651, K. 8998; Aynı doğrultuda 10. HD, 22. 10. 1997, E. 8333, K. 8154. Sözü edilen karar hakkında fazla bilgi için bak. SÖZER, Ali Nazım, "Sosyal Sigortalar Hukuku Açısından Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, s. 266 vd; TUNCAY, s. 369.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bak. KILIÇOĞLU, Mustafa, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma*, s. 113 vd .

³⁶ Yargıtay. Genel Kurulu, E. 1997 / 10 – 588, K. 1997 / 857 için bak. YKD, C. 24, Ocak 1998, sayı 1, s. 9 – 15. Ayrıca SÖZER, Ali Nazım, (dn. 34), s. 266 vd; TUNCAY, (dn. 18), s. 370 – 371.

da kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturur"³⁷.

İşsizlik sigortasından yardım alınmasını kişinin yabancı ülkede oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına güçlü bir kanıt ve karine oluşturduğuna ilişkin görüş Yargıtay HGK'nun bir başka kararında yinelenmiştir³⁸.

Söz konusu ilamlara karşın Yarg. 10. HD, yeni yayınlanan E. 2001 / 6105 ve 23. 11. 2001 tarihli bir kararında "Yurt dışı hizmet borçlanması ve yaşlılık aylığı tahsili için ön koşul yurda kesin dönüş yapmaktır" derken, öbür yandan ılımlı bir yaklaşımla "kötü niyetli olmaması, kötü niyetin iddia ve ispat da edilmemesi, günün ekonomik koşullarına" da önemle dikkat çekmekten kaçınmamıştır³⁹.

Yarg. 10. HD'nin yeni yayınlanan kurum işleminin iptali amacıyla yurt dışında geçen hizmetlerin borçlanılabilmemesine yönelik açılan bir dava münasebetiyle verdiği 13. 12. 2001 tarihli ilamda -adeta- yüksek mahkeme içtihatlarıyla oluşturulan karineye dayanarak olumsuz görüşünü yinelerken, buna rağmen karinenin çürütülmesine yönelik kayda değer çok önemli bir açılım yaptığına da tanık olunmaktadır. Fevkalade ehemmiyetle üzerinde durulacak olan hükümde özetle şöyle denmektedir: "Somut olayda, davacının borçlanma ve aylık bağlama tarihini kapsar biçimde işsizlik sigortasından aylık aldığı tartışmasızdır. Yargıtay'ın ve dairemizin yerleşmiş görüşlerine göre, yurt dışında işsizlik sigortasından aylık alanların aldıkları ülkede ikamet etme zorunluluğu vardır. İşsizlik sigortasından aylık almak, yurda kesin dönüş yapmanın ve yurt dışında oturmanın karinesini teşkil eder. Bu karinenin aksinin aynı güç ve nitelikteki delillerle kanıtlanması gerekir. Davacı, açıklanan doğrultuda yurda kesin dönüş yaptığını kanıtlayamadığına göre, davanın reddine karar verilmesi gerekirken ..."⁴⁰.

Hüküm fıkrası özellikle yabancı ülkeden işsizlik yardımı alma konu-

³⁷ Yarg. HGK, 22. 4. 1998, E. 1998 / 21 – 284, K. 300 hakkında geniş bilgi için bak. KILIÇOĞLU, Mustafa, (dn. 29), s. 90 vd; YKD, C. 24, Sayı 9, Eylül 1998, s. 1277 – 1281.

³⁸ 28. 4. 1999 tarih ve 10 – 645/ 237 sayılı karar hakkında kapsamlı bilgi için bak. KILIÇOĞLU, Mustafa, (dn. 29), s. 97 vd.

³⁹ Bak. YKD, C. 28, sayı 7, Temmuz 2002, s. 1038 – 1041.

⁴⁰ Yarg. 10. HD, E. 2001 / 7801, K. 2001 / 8847 nolu ilamı hakkında ayrıntılı bilgi için bak. YKD, C. 28, Sayı 5, Mayıs 2002, s. 728 vd.

sunda yüksek yargı organınca daha önceden benimsenen kuvvetli karinenin kesin olmadığı, aksine nisbi bir karine olduğunun açıkça açıklanması bakımından önemli bir saptamadır. Böylece hüküm, karinenin aksinin aynı güç ve nitelikte olan delillerle kanıtlanmasına kapı aralamıştır. Mevcut olumsuz şartlar altında böyle bir açılımın sağlanmasının önemi yadsınamaz. Takdirle karşıladığımız anılan açılımla mevcut çıkmazdan çıkışta açtığı çıkış yolunun, kaçınılmaz haksızlıkların giderilmesinde önemi ve değeri küçümsenemez. Zira yargı organları bundan böyle her olayda yaşamın karakteristik durumuna ve özgün şartlarına uygun karineyi çürütebilecek aksi güçte ve nitelikte olan kanıtları değerlendirip haklı ile haksızı ayırt ederek, kanunu yasa koyucunun istediği yönde ve uyumda uygulamak şansına erişebileceklerdir.

Nihayet Yarg. 10. HD. nin belirlediğimiz yeni bir ilamında muris sigortalının yurt dışı hizmet borçlanmasını takiben Alman sigorta kuruluşundan "hastalık yardımı" almasına ilişkin benzer bir uyuşmazlık (kurum işleminin iptali) konusu dolayısıyla ana görüşünü yenilemekle birlikte, yine de üste değindiğimiz 13. 12. 2001 günlü kararında olduğu gibi, mirasçı davacı bakımından "*davacının kötü niyetli olmaması, kötü niyetinin iddia ve ispat da edilmemesi ... karşısında sigortalının ölümü üzerine davacıya ödenen ölüm aylıklarının istirdadı mümkün değildir*" diyerek⁴¹ "kötü niyet – iyi niyet" ayrışımına girişmiştir.

2 - Kararların Değerlendirilmesi Ve Eleştirisi

a - Doktrinde

Doktrinde, yüksek mahkemenin 3201 sayılı kanunun uygulamasına dair takındığı tavır ve aldığı kararlar lehine bazen olumlu görüşleri sürülmesine rağmen, çoğu hukukçularca eleştirilmiştir. Yeni olan sözü edilen görüşleri şöyle özetleyebiliriz:

Literatürde Sayın Arıcı HGK'nun görüşüne "*kesin dönüş ikametini ülkeye nakletmek, hayat akışını Türkiye'de devam etmek kasıt ve iradesinin varlığını gerekli kılar*" diyerek katılmıştır⁴².

⁴¹ E. 2001 / 6105, K. 2001 / 8089, 23. 11. 2001 tarihli olan işbu ilam hakkında bak. YKD, C. 28, S. 7, Temmuz 2002, s. 1038 – 1041.

Sayın Arslanlı ise kanunun düzenleniş nedenine deyirirken, 2147 sayılı yasada bulunmayan kesin dönüş koşulunun istismar edildiğini, 3201 sayılı yasadaki kesin dönüş koşuluna yer verilisinin bir tepki olarak getirildiğini belirterek Yargıtay'ın kararlarını desteklemiştir⁴³.

Prof. Dr. Tuncay ise sözü geçen kararlara karşı somut görüşünü şöyle özetlemiştir: *“Kesin dönüş yapan kimsenin yurt dışından işsizlik ödeneği alıyor olması sadece kendisini ve yabancı ülke mevzuatını ilgilendiren bir konu olup borçlanma sisteminin iptali ile kurumca bağlanan aylığın kesilmesini gerektirmez”*⁴⁴.

Olumlu görüşünü belirleyebildiğimiz başka bir hukukçu ise Prof. Dr. Sözer'dir. Değerli hoca anılan kararlara karşı eleştirisini bir öneri sunumu ile birlikte şöyle dile getirmiş bulunmaktadır: *“Kesin dönüşün ne anlama geldiği hususunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Bu kavram, ikametgahın, yaşamın ağırlık alanını tek bir ülkeye taşınması olarak nitelenebilir. Ancak bilinmelidir ki, yurt dışında çalışan birçok işçimiz hem alışkanlıklarını hem de çocukları ile olan bağlarını koparmamak için ileri yaşlarda yılın yarısını ülkemizde, diğer yarısını da çalıştıkları ülkede geçirmektedir. Anılan nedenlerle, kesin dönüş kavramı sosyolojik gerekçelere olduğu kadar işçilerimizin ve hatta ulusumuzun menfaatine uygun düşmemektedir ... Sorunun kalıcılığı açısından en uygun davranış 3201 sayılı yasadaki bu koşulun kaldırılmasıdır”*⁴⁵.

Nihayet Yargıtay üyesi Sayın Kılıçoğlu yüksek mahkemenin kararlarını eleştirirken görüşünü şöyle ortaya koymuş bulunmaktadır: *“3201 sayılı yasanın kesin dönüşü tanımlamadığına göre katı bir belirlemeye gidilemeyecektir. Burada gerçek ölçütün eylemli çalışma olgusuyla sınırlaması gerekir. Yabancı ülkede eylemli bir çalışma yoksa kişinin Türkiye'ye dönüş iradesi beyana bağlı olmalıdır. Eğer kişi yurt*

⁴² ARICI, Kadir, *“Sosyal Sigortalar”*, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, TMK, İst. 1999, s. 399; KILIÇOĞLU, Mustafa, (dn. 29), s. 88.

⁴³ ARASLI, Utkan, *“Sosyal Sigortalar”*, Genel Görüşme, TMK, İst. 2000, s. 298; Kılıçoğlu, Mustafa, s. 88 – 89.

⁴⁴ TUNCAY, Can, (dn. 2) İstanbul 2000, s. 370.

⁴⁵ SÖZER, Ali Nazım, (dn. 34), TMK, s. 270; ayrıca bak. KILIÇOĞLU, Mustafa, (dn. 29), s. 88.

dışına tekrar dönerek eylemli bir çalışması olursa aylık kesilir ... İrade ögesi zaman içinde değişen bir olgudur. Kesin dönüş iradesiyle Türkiye'ye gelen vatandaş, yurt dışında yeniden iş verilmesiyle iradesini değiştirmesinden doğal ne olabilir"⁴⁶. Bu görüşü biz de benimsiyoruz ve kendisine katılıyoruz.

b - Kanımızca

Yüksek mahkemenin son iki kararında uzlaştırıcı bir yorum ve bağdaştırıcı yaklaşımla hukuk alanımıza sunduğu yeni olanak umut kaynağı olmaktadır. Özellikle incelemekte olduğumuz uyuşmazlıkların hakkaniyete uygun adaletli bir biçimde çözümünde önem taşımaktadır. Aşağıda ana başlıklar altında topladığımız açıklamalarda, olayda mevcut karineyi çürütecek pek çok sosyo – ekonomik olgu, hukuksal nice güçlü ve nitelikli kanıtlayıcı bilgi, belge ve bulgunun yan yana toplanmış bulunduğu görülmüştür.

Görüşümüzü yeterince tam kanıtlamak amacıyla, olayın kronik gelişme seyrini tarihleri itibariyle ana başlıklar altında bir arada şu hususlarda toplayıp şöyle sergileyebiliriz:

Türkiye'ye kesin dönüş tarihi	: 25. 02. 1994
Emekli aylığının bağlandığı tarihi	: 01. 04. 1994
Almanya'dan işsizlik yardımı aldığı tarih 1995 (Toplam 11 ay)	: 12. 09. 1994 – 20. 07. 1995
Eşiyle birlikte ülkeye son dönüş tarihi	: 20. 07. 1995
Kesin dönüş üzerine gönderilen ev	
Eşyalarının gümrükten çıkış tarihi	: 24. 07. 1995
Pasa. İptal damgasının vurulduğu tarih	: 30. 01. 1996 - İzmir
Sigorta primlerinin istem tarihi	: 30. 06. 1996
Almanya'dan sigorta primlerinin iade tarihi	: 11. 09. 1996
Kurumca maaşın kesildiği tarih	: Eylül 1997

Olayın periyodik gelişme akışını içeren tablodan, gerek Alman devleti, gerekse Türkiye Cumhuriyetinin düzenlemeleri açısından, davacı-

⁴⁶ KILIÇOĞLU, Mustafa, (dn. 29), s. 89.

nın ilk teşebbüsünden beri ülkeye kesin dönüş amacı taşıdığı ve bu niyetle Türkiye'ye resmen dönüş yaptığı kuşkuya yer olmadan anlaşıl-
maktadır. Durum bu kadar açık olmasına rağmen, maalesef SSK sa-
yın davacı Almanya ile tüm iş ve sigorta bağlarını koparıp, sürekli
Türkiye'de yaşarken, yaklaşık 3 yılı aşkın bir süre sonra maaş kesi-
mine tevessül ettiği görülmektedir.

Yukarıda değinilen Yarg. 10. HD' nin özellikle son iki ilamının (23. 11.
2001 ve 13. 12. 2001) sunumu ışığında olayda toplanan söz konusu
güçlü ve nitelikli kanıtları, uygarlığın yadsınamaz medeni ilkelerini
taşıyan Medeni Kanun' un dört temel kuralı (m. 2 – 3) ile karşılaştı-
rıp değerlendirildiğinde güçlü bir ifade ile denilebilir ki;

1. *Kötü niyetli olmamak* : Davacının başlangıcından beri asla kötü ni-
yeti mevcut değildir.

2. *Gayri ızzar etmemek* : Davacı hiçbir kurum veya kişiyi zarara sok-
ma kastı ve amacı da asla taşımamıştır.

3. *Hakkı suiistimal etmemek*: Davacı başvuru hakkını gerçekten doğ-
duğuna samimiyetle inandığı için kullanmıştır.

4. *İyi niyet sahibi olmak* : Davacı başvuru tarihinde hüsnüniyet sahi-
bi bir kişi olarak yurda kesin dönüş iradesini almıştır.

Olayın akışı içinde sözü edilen ilkeler karşısında, güçlü karineleri gö-
ze çarpan belli başlı olgulara dayanarak şöyle açıklayabiliriz:

a - Davacı kuruma başvurduğunda geçen çalışma hizmetlerini belge-
lendirerek Almanya'dan yurda kesin dönüş niyetiyle ayrılmış ve dö-
nüş yapmıştır.

b – En önemli iyi niyet göstergesi olarak sigorta primlerini kuruma is-
tetmiş ve yurda getirmesini kuruma sağlatmıştır.

c - Almanya'ya kısa dönüşü sırf kocasının yurda dönüşünü sağlamak
niyetiyle olmuş ve bunu kısa sürede başararak kocası ile birlikte yur-
da dönmüştür.

ç- Davacının işsizlik yardımı alması tamamen arızı bir durumun ve
hayat şartlarının tesadüfi sonucu olmuştur. Şöyle ki, davacı söz konu-
su yardımı kocasının orada işsiz olması yüzünden maddi sıkıntıya
düşüklerinden, elde olmadan arızı bir surette kısa bir dönem almış
ve ardından işi biter bitmez birlikte yurda dönerek isteğiyle bırakmış-
tır.

d - Kurumca aylığı, davacı eşiyle birlikte yurda dönüp Türkiye'ye sürekli yerleştikten çok sonra kesilmiştir.

e - Davacı yaklaşık dört seneden beri eşiyle birlikte Türkiye'de parasız pulsuz perişan bir halde tahammül edilmez şartlar altında yaşamaya devam etmesine rağmen, Almanya'dan kesin dönüşün olumsuz sonuçları nedeniyle oraya bir daha kolay gitmesi, çalışması veya yardım alması tamamen zorlaşmış olduğundan mümkün olmamış, emekli olması olanağı ise hemen hemen tamamen ortadan kalkmıştır.

Üstte değinilen yüksek mahkeme kararlarının çoğunun ağırlıklı olarak ulusal hukuk kaynakları gözetilerek verildiği gözlemlenmektedir. Çoğu ilamlardan uluslararası hukukun temel kaynaklarının yeterince değerlendirilmediği de anlaşılmaktadır. Oysa daha önce değinilen söz konusu kaynakların evrensel kurallarının, özellikle yabancı ülke, hukuk ya da insan haklarıyla ilişkili konularda belirleyici rol ve yetkisi yadsınamaz. Devletler umumi hukuku, bu arada devletler özel hukuku, özellikle yabancılar hukuku başta olmak üzere devletlere bilhassa yabancı ülkelerle ilişkili veya kişilerle ilgili olan uyuşmazlıklarda ulusal hukuklarını uygularken, öncelikle uluslararası kuralların asgari standartlarına uymak zorunluluğunu öngörmüşlerdir. Nitekim söz konusu kaçınılmaz eğilim hatta gereksinimi, Türk yasa koyucusu Anayasa'nın 16. maddesinde tavrını açık bir surette ortaya koymuştur.

Yüksek mahkemenin yargısal uygulamalarıyla ilgili düşüncemiz hakkında şöyle diyebiliriz: Yargıtay'ın son zamanlara kadar sergilediği kazai tutum, yukarıda değişik düzeylerde haklarında açıklamalarda bulunduğumuz uluslararası hukukun temel bilgi kaynaklarında insan hakları idealinin gerçekleştirilmesinde yer edinen çağdaş akımlarla ve ulaşılan hümanist yaklaşımlarla bağdaşmadığı, hatta bazen çeliştiği ortadadır. Bununla beraber daha önce önemle üzerinde durduğumuz son iki kararında ortaya koyduğu uzlaşmacı ve ayırt edici yeni yaklaşımıyla uluslararası hukukun insan hakları alanında benimsediği yeni görüşlere ve uygulamalara yaklaştığı rahatlıkla söylenebilir.

Sonuç

Yukarıda konuya ilişkin (*yabancı ülkeden kısa süreli işsizlik yardımı alınması*) genel değerlendirmelerin ışığında vardığımız sonuçları, özetlemek gerekirse, biri rasyonel ve radikal, öteki liberal olmak üzere iki görüş noktasında toplayabiliriz:

1 – Öncelikle olayın özgünlüğünü göz önünde tutarak söz konusu şartlar altında davacıya geçici bir süre için gittiği yabancı ülkede ödenen işsizlik yardımı, uluslararası düzenlemelerin evrensel direktifleri ışığında kural olarak sırf çalışma ya da iş ilişkisinin sonucu ödenmeyip, daha ağırlıklı olarak yukarıda belirtilen sosyal refah devletince hedeflenip yaşama geçirilen yüksek standartlı insancıl uygulamalar sonucu ödendiği anlaşılmaktadır.

Bundan dolayı 3201 sayılı yasa, yabancı ülkelerde çalışmış olanlardan emeklik işlemleri kesin karara bağlanmış olanlar hakkında, sadece ve sadece yeniden yurt dışında çalışmaya başladıkları takdirde, Türkiye Cumhuriyeti'nce bağlanan emekli veya yaşlılık aylığının kesileceğini açıkça benimseyerek düzenlenmiştir. Buna karşı kanunda doğrudan ya da dolaylı bile olsa, yabancı ülkeden geçici bir süre işsizlik yardımı almasına dair herhangi bir yaptırım uygulanacağına ilişkin olumsuz bir irade açıklamamıştır. Anılan sebeplerle davacı hakkında idarece alınan iptal tasarrufu ile sonradan yaptırım biçiminde uygulanan diğer idari - icrai eylem ve işlemlerin geçersizliğinin belirtilmesi suretiyle anılan idari kararların alındığı ve uygulandığı tarihten başlamak üzere tüm hukuki sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılması gerekir.

2 – Üstte savunulan rasyonel ve radikal çözüm yetkili makamlarca benimsenmediği takdirde, davacının iptal kararına karşı, ister 31. 7. 1988 tarihinde bir tedbir olarak sunduğu dilekçe sonucu olsun, ister yetkili mahkemede açtığı iptal ve tespit davası sonucu olsun, “zamanaşımı” süresi kanunen kesilmiş bulunduğundan, ona karşı defi olarak ileri sürülemez. Bu bakımdan mahkeme öncelikle idarece öne sürülen zamanaşımı definin geçersiz olduğunu karara bağlayıp davacının isteminin reddinin kanuna aykırı olduğunu belirtmelidir. Sonuç olarak İzmir 2. İş Mahkemesince verilen kararın, söz konusu dilekçenin verildiği tarihten itibaren işleme konulması gerekir. Liberal yaklaşımın sonucu olan bu çözüm tarzı, kanımızca davacı bakımından kazanılmış asgari hak durumundadır.

Sözün Özü: Yasada bağlanan maaşın kesilmesi hakkında sadece yurt dışında tekrar çalışmaya başlanması durumunda idareye (Sosyal güvenlik kuruluşu) yetki verilmiştir. Belirlenmiş söz konusu durum dışında bağlanan maaşı kesmeye ilişkin olarak idareye herhangi bir yetki verilmediğinden, idarenin hukuk düzenince karşılıklı disipline edilip kesin sağlama bağlanan iki / çok taraflı hukuki ilişkilere dayanan uyuşmazlıklarda tek yanlı olarak aylık kesmeye hakkı olamaz. İdare de herhangi bir vatandaş ve kişi gibi, geçerli gerekçelerle hukuk devleti kuralları çerçevesinde ihtiyati tedbir, iade ve tazminat hakkı dahil her türlü önlem olmak üzere yargı ve dava yoluyla hak aramalı ve istemini sağlamaya çalışmalıdır; geçersiz evlilik ve icra takiplerinde olduğu gibi. Kanımızca SSK'nın yargısal yollarla sağlanması gereken bir sonucu, idari işlem yoluyla tek taraflı sağlamaya kalkışması, yetki aşımı dışında hukuk devletiyle sağlanmaya ve güvenceye bağlanmaya çalışılan temel insan haklarıyla bağdaşmaz. Hukuk devletine yakışmayan bu sağlıksız ve çok tehlikeli yol ve yöntem mutlaka önlenmelidir.

Sosyal güvenlik kuruluşu başvuru tarihinde bütün kanuni koşulları aramak ve belgelendirmek zorundadır. Uygun görürse başvuruyu kabul etmeli, aksi takdirde tereddüt ederse istemi işleme koymayıp reddetmelidir. Bu duruma göre istemi reddedilen vatandaşın idari yargıda hakkını arayacağı doğaldır. Buna karşı kurum icabı kabul edip işleme koyarak tamamlandıktan sonra, ileride şartlara aykırılık veya herhangi bir hukuk ihlali tespit ettiği takdirde, kendisi de yargı yoluyla hakkını aramalıdır. Hiç kimse kendi davasında hem davacı, hem de yargıç olamaz. Hukuk devletinde normal prosedür budur. Karşılıklı icap – kabul şeklinde kanun ve hukukun önünde kesin sonuca bağlanan sosyal güvenlik gibi yaşamsal bir hakkı, yargı yolu dışında kurumun tek yanlı olarak ilişkiyi tümünden bozup maaşı keserek vatandaşın ihtiyarlığında perişan surette kaplumbağa hızıyla çalışan bir yargı sürecine itip zorlayamaz. Vatandaş uzun muhakeme sürecinden sonra haklı çıkıp davasını kazansa bile, kendisine yüklü tazminat ödense dahi yıllarca katlandığı sıkıntı ve çektiği acının yüreğinde açtığı yarayı sarmaz ve kapatmaz.

Görüldüğü üzere Almanya "Sosyal Refah Devleti" nin gereklerini layıkıyla yerine getirirken, ulusal köken, cinsiyet ayırımı gözetmeden oturmasına kanunen izin verdiği veya katlandığı yabancının (hele onun eski çalışanı ve işsizlik yardımı alan bir işçisinin eşi olduğunu

da hesaba katarak) yaşam keyfine artıdan mutluluk katarken; “Sosyal Hukuk Devleti” nin niteliklerini Aziz Atatürk’ün “medeniyyetin üzerine çıkmak” mükemmel direktiflerini gereği gibi yeterince başaramayan Türkiye Cumhuriyeti’nin yetkili ve görevli bir kurumu kendi vatandaşının asgari yaşam kaynağını kurutmaktan ve onu perişan etmekten kaçınmamıştır. Hem de davacının Almanya’dan, yurt dışındaki işyerinden ve yabancı sigorta kuruluşundan geri dönülmeyecek bir biçimde ilişkisini tam kesmiş olduğu bir sırada ...