

TÜRKİYE'DE YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİK HAKKI'NA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Dr. HÜSEYİN ALİ SADROLEŞRAFI*

Sunuş

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

* D. E. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

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

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

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

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

venlik kavramının kurumsallaşması gecikerek ancak son zamanlarda mümkün olmuştur⁵.

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

1. Giriş

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

2. Kavram ve Kapsam

Değişik sosyal risk ve tehlikelerle karşılaşan her bireye sosyal koruma şemsiyesi sağlamak, Sosyal Güvenlik Hukukunun başlangıçtan beri ana amaç ve gairesini oluşturmuştur. Ancak biz burada bireyin yaşamını olumsuz yönde etkileyen tüm riskleri değil, dar anlamda fizyolojik, sosyo - ekonomik bilhassa çalışma ilişkisi⁷ karşılığı mesleki nitelikli sosyal güvenliğini, bireyler özellikle yabancılar açısından irdeleyeceğiz.

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

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

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

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYAL GÜVENLİĞİN ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ KAYNAKLARI

I. Genel Olarak

Kamu hak ve özgürlüklerin⁸ başında gelen çalışmanın bir hak olarak devlete karşı ileri sürülmesi ve toplum karşısında bir ödev olarak tecessül etmesi yüzyıllarca süre almıştır. Sosyal güvenlik kavramının da özellikle çalışmaya müteferri ferri bir sonuç ve hak olarak ortaya çıkması, çalışma hakkına nazaran daha da uzun süre gerektirmiştir.

Başlangıçta geniş anlamda sosyal güvenlik güvencesi kişisel birikim - servet, aile desteği, mesleki dayanışma, yardımlaşma ve toplumsal hayır kurumları ve bazı unvanlara dayanılarak yerine getirilirken, günümüzde temel bir hak ve özellikle çalışma hakkının bir ürünü ve mütemmim bir cüzi niteliğinde insanın onur ve haysiyet meselesi olarak pozitif sosyo - ekonomik temel insan haklarının en başında kollektif tekniklerle⁹ yerine getirilmesi ve sahiplenmesi gereken bir insani gereksinim olarak ortaya çıkmıştır.

Geçen az bir zaman içinde sosyal güvenlik kavramı ve kurumları büyük bir gelişme, yayılma ve genişleme gösterip çalışma hakkının artık ayrılmaz ve yadsınmaz önemli bir parçası olarak birliktelik kazanmıştır. Çalışma hakkının gerçekleştiği her alanda artık bir sosyal güvenliğin varlığından söz edilir hale gelinmiştir¹⁰. O kadar ki, kolaylıkla «nerede çalışma varsa, orada -mutlaka- bir sosyal güvenlik hakkı vardır» sözü bir tekerleme halini almıştır. Beşeriyet tarihinde bir, en

⁸ Sosyal / kamu hak ve özgürlükleri kavramı ve gelişmesi için bak. MUMCU, Ahmet, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ank. 1992, s.78 vd.; AKIN, İlhan F., 5. bası, İst. 1987, s.277 vd.

⁹ Sosyal güvenliğin kollektif ve bireysel teknikleri ve gelişmeleri için bak. TUNCAY, Can, age, s.8-12.

¹⁰ Sosyal güvenliğin dünyada gelişimi hakkında derinliğine bilgi edinmek için bak. BİRKAN, Selahattin, «Dünya Ülkeleri Sosyal Güvenlik Gelişmesine Toplu Bakış», İş ve Hukuk Dergisi, yıl 9, sayı 104-106, 1974; TUNCAY, Can, s.16-22.

fazla iki yüzyıldan az bir zaman önce bunu hayal etmek ve bundan söz etmek bile olanak dışıydı.

Devletin kendi işlerine karışmasından kurtulmak ve rahatlık içinde kendi işine bakmak kaygısıyla devletin kendisine karışmasını istemeyen ve kendi kaderini en iyi kendisinin ayarlayabileceği inancıyla kişiyi elden geldiğince serbest bırakmaya çalışan XVIII yüzyıla egemen olan sosyo - politik zihniyetinde ve devlet anlayışında sosyo - ekonomik haklar gelişemedi. Bu yanılgıdan ancak XIX uncu yüzyılda kişinin mutluluğu uğruna devlete bir takım yeni görevler yüklemek suretiyle çıkılacağı anlaşılmıştır. Bu nedenle devlete yetki karşılığı görevler ve etkin yükümlülükler yüklenmeye başlanmıştır. Söz konusu görevlerin başında kişinin sahip olduğu özgürlüğünü kullanabilmesi için, ona geniş maddi olanaklar sağlanması gelir. Böylece devletin sadece kişiler arası eşitliği tökezleyen engelleri kaldırmakla yetinmeyeceği (18. asır anlayışı), buna ek olarak özgürlüklerin etkili ve yaşanabilmesi için bireysel özgürlüklerin sınırlandırılması suretiyle ona başka etkin yapıcı görevler vererek pasif durumdan ayrılmakla aktif rol ve olumlu yol tutması ile mümkün olmuştur¹¹.

Gelişen bu ilerici, devrimci anlayışta sanayi devrimi¹², işçi sınıfının doğuşu¹³ ile 1814 den itibaren başlayarak 1830-1848 yılları arasında Avrupa'da cereyan edip süre gelen işçi hareketleri ve halk devrimleri öncü rol oynamış, bunu sosyal-sosyalist düşünce akımları izlemiş ve kamçulamıştır¹⁴.

Kanımızca sosyo - ekonomik nitelikli temel hakların toplumsal gerçekleştirilmesi için atılan adımlar, 20. yüzyılda insanın kendi yaşamına yönelik en büyük başarı ve atılımlardan biri olmuştur. Başlangıçta bu hakların başında çalışma hakkı, sakat ve ihtiyarlara yardım etmek, ilk eğitim ve mesleki eğitimi yüklemek, işçi - işveren ilişkilerinde eşitliği sağlamak, kredi, tarım ve benzeri kurumlara yer vermek geliyordu¹⁵. XX. çağda ise ancak sosyal güvenlik hakkı ortaya çıkmış ve savunulmuştur.

11 AKIN, İlhan F., Kamu Hukuku, 5. bası, İst. 1987, s.307 vd.

12 Sanayi devrimi için bak. TALAS, Cahit, s.36 vd.

13 İşçi sınıfının ortaya çıkışı için bak. TALAS, s.15 vd.

14 AKIN, İlhan, age, s.339 vd., 353 vd.

15 AKIN, İlhan, age, s.347-351.

II. Hukukî Kaynaklarda

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

1. ULUSLARARASINDA

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

18. yüzyıla damgasını vuran, insan ve yurttaş haklarında dönüm noktası ve kilometre taşı olan bu ünlü bildiride çalışma hakkı yer almadığı gibi, pek tabii sosyal güvenlikte bir kavram olarak hiç geçmemiştir¹⁶.

B. Milletler Cemiyeti Misakı (28.4.1919)

a. Genel Olarak

10.1.1920 tarihinde yürürlüğe giren misak' da (Cemiyeti Akvam Misakı) daha çok barışı ve güvenliği yeniden sağlamak gayesi ön planda olduğundan, doğrudan doğruya ne çalışma ne de sosyal güvenlik hakkı düzenlenmiştir. Sadece m.23/a bendinde «milletler cemiyeti üyeleri ... kendi ülkelerinde ... ve ticari ve sanayi münasebetlerde buldukları diğer bütün ülkelerde erkek kadın ve çocuğa adilane ve insani iş şartları temine ve bu şartları devam ettirmeğe ve bu gayeye erişmek üzere lüzumlu milletlerarası teşkilatı kurmaya ve idame ettirmeğe çalışacaklardır» denilmiştir¹⁷.

Türkiye bu misaka 1923' de katılmıştır.

¹⁶ Bildiri 17 maddeden oluşmuş bulunmaktadır. Fazla bilgi için bak. CİVELEK, Jale, «1789 Bildirisi ve Fransız, Türk Kamu Özgürlükleri Üzerindeki Etkisi», Argumentum, Haziran 1992, Yıl 2, Sayı 23, s.359-363.

¹⁷ Milletler cemiyeti teşkilatı ve misakı hakkında geniş bilgi için bak. MERAY, Seha, Devletler Hukukuna Giriş, 2. bası, s.141 vd.; BİRSEL, Cemil, Devletler Hukuku - Giriş, İst. 1940, s.287 vd.; LÜTEM, İlhan, Devletler Hukuku Dersleri, İst. 1958, s.160 vd.

b. Milletlerarası Çalışma Örgütü

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

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

3. Atlantik Demeci (14.8.1941)

Amerika Birleşik Devletleri devlet başkanı Roosevelt ve İngiltere Başbakanı W. Churchill tarafından daha iyi bir dünya istikbali için 2. dünya savaşı esnasında yayınlanan söz konusu -yazılı- demecin ortak prensipleri arasında 5. fıkrada «herkese daha iyi çalışma şartları, ekonomik ilerleme ve sosyal güvenlik temini için ekonomik sahada milletlerarası tam işbirliği vücuda getirmek» arzusu dile getirilmiştir.

4. Birleşmiş Milletler Antlaşması (San Fransisko, 26.6.1945)

a. Genel Olarak

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

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

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

b. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (Paris, 10.12.1948)

Ekonomik ve sosyal komisyona bağlı insan hakları alt komitesince hazırlanarak Birleşmiş Milletler genel kurulunca bildirgede yer alan bütün hakların dünyada fiilen tanınmasını ve uygulanmasını sağlamak gayesiyle kabul ve ilan edilmiştir¹⁸.

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

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

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

Pozitif yeni sepet haklardan çalışma hakkı (m. 6) ve sosyal güvenlik hakkı (m. 9) etkin bir şekilde bu sözleşmede düzenlenerek güvence altına alınmıştır¹⁹.

d. Uluslararası Çalışma Örgütü Statüsü (10.5.1944)

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

Örgütün statüsünün başlangıcında adaletsizliği, sefaleti ve mahrumiyeti mucip olan çalışma şartları mevcut bulunduğunu tespitle çalışma, ihtiyarlık ve iş göremezlik maaşları bağlanması, eşit iş için eşit

¹⁸ Fazla bilgi için bak. KAPANİ, Müniciİ, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, İst. 1991, s.23 vd.; TALAS, Cahit, age, s.153 vd.; ÇELİK, Edip, Milletlerarası Hukuk, c.1, s.470; GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.42-43.

¹⁹ Fazla bilgi için bak. KAPANİ, MÜNÇİ, age, s.35 vd.; TALAS, Cahit, Toplumsal Politika, s.160-169.

ücret gibi pek çok önemli konunun düşünüldüğü dile getirilmiştir. Örgütün hedef ve amaçlarına ilişkin bildirmede ise, tam çalışma ve yaşam standardının yükseltilmesi ile sosyal güvenlik önlemlerinin yaygınlaştırılması amaçlanmıştır (m. 3).

Sözü edilen gayeleri gerçekleştirmek üzere örgüt çalışma ve sosyal güvenlik hakkına ilişkin pek çok sözleşme benimseyip yürürlüğe koymuştur²⁰. İkinci bölümde bunlara ayrıca değineceğiz.

5. Avrupa Konseyi Statüsü (Londra, 5.5.1949)

a. Genelikle

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

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

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

b. Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi

Ana statüde dökümü yapılan hakların tanınip sayılması bu sözleşmeye kalmıştır. Ancak 3. 9. 1953' de yürürlüğe giren sözleşmede ekonomik, sosyal ve kültürel yeni sepet haklardan olan çalışma hakkı ile emeklilik gibi sosyal güvenliğe dahil haklar düzenlenmemiştir²¹.

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

²⁰ Uluslararası çalışma örgütü teşkilatı ve çalışmaları hakkında geniş bilgi için bak. ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, II. bası, İst. 1992, s.34-36; TALAS, Cahit, s.104-148.

²¹ Avrupa insan hakları sözleşmesinin hazırlanışı ve temel nitelikleri için bak. KAPANİ, Münci, age, s.43 vd.; ÇELİK, Edip, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi», Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İst. 1979, s.81-88; ÇELİK, Edip, age, s.471-474.

c. Avrupa Sosyal Şartı (Torino, 18.11.1961)

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

1965' de yürürlüğe giren şartta üye devletlere sosyal güvenliğin tam anlamıyla sağlanması için bir sosyal güvenlik sistemi oluşturmak veya mevcut sistemi korumak ve aşamalı olarak daha da üst düzeye çıkarmak yönünden çaba harcamak yükümlülüğü yüklenmiştir²².

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

d. Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu (Strasbourg, 16.4.1964)

17.3.1968'de yürürlüğe giren bu kodda Avrupada sosyal güvenliğin standardının daha yüksek seviyeye ulaştırılması ve kapsamının daha da genişletilmesi hedeflenmiştir²³.

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

6. Avrupa Topluluğu / Birliği Hukuku (Roma, 25.3.1957)

Dünyada özellikle Avrupa'da sosyal güvenlik politikasının boyutları genişlemeye doğru giderken, Avrupa çapında başka önemli bir gelişmeye AT içinde rastlanmaktadır. AT Hukuku anlaşmada «İşçilerin serbest dolaşımı» ilkesine binaen (m. 48) sosyal güvenlik sorununun hukuksal yönünü köklü bir biçimde değişikliğe uğratmıştır²⁴.

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

²² KAPANİ, Münci, s.65-67; TALAS, Cahit, age, s.171 vd.; GÜZEL / OKUR, age, s.45-46.

²³ GÜZEL / OKUR, s.46-47.

²⁴ Fazla bilgi için bak. TUNCAY, Can, age, s.24-25; TUNÇOMAĞ, Kenan, age, s.37-38; GÜZEL / OKUR, s.47-49.

B. ULUSAL KAYNAKLARDA

1. Genel Olarak

Sosyal güvenlik konusunda Osmanlı İmparatorluğunun son dönemine doğru bölük pörçük ufak adımlar atılmışsa da bu kavramın kapsamlı gelişmesi ve köklü kurumsallaşması ancak cumhuriyet devrine rastlar²⁵. Burada ülkemizde sosyal güvenliğin tanınmasına ilişkin temel hukukî kaynakları kısaca gözden geçireceğiz.

2. Anayasalar

a. 1924 Anayasası

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

b. 1961 Anayasası

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

c. 1982 Tarihli Anayasa

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

3. Kanunlar

Anayasaları doğal olarak diğer kanunlar izlemiştir.

Hukuk sistemimizde çalışma pozisyonları bağımlı-bağımsız; serbest

²⁵ Sosyal güvenlik kuruluşlarının gelişimi hakkında fazla bilgi için bak. GÜZEL, / OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. bası, İst. 1992, s.28 vd; TUNÇOMAĞ, Kenan, age, s.39 vd.

özel ve kamu kesiminde cereyan edip yapılabildiğinden, doğrudan doğruya en önemli etkisini sosyal güvenlik alanında göstermiştir. Gerçekten ülkemizde sosyal güvenlik kurumları çalışma statülerine göre düzenlenmiş ve farklılıklar göstermiştir.

Nitekim çalışanlar genel olarak primli sosyal güvenlik kurumu açısından:

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

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

b. Emekli Sandığı (RG. 17.6.1949 - 7235)

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

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

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

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

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

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

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

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

I. Genel Olarak

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

Bu mayanda 18. yüzyıl ve daha önceki çağlarda sosyal güvenlik kavramından bile söz edilmediğini gördük. Bu itibarla genel olarak sosyal güvenlik hakkının tarihçesi uzun bir geçmişe dayanmamaktadır. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi nihayet sosyal güvenlik konusu temel bir hak olarak tanınıp uluslararası hukuk tarafından evrensel boyutta desteklenip zamanla herkese tanınan bir hak olarak ortaya çıkmıştır. Önceleri iç hukuk alanında yabancıları soyutlayıp vatandaş anlamında kullanıldığından yabancıları da açıkça kapsayacak şekilde düzenlenmesi yolunda başka bir gelişme daha göstermiştir²⁶. Aşağıda sözü edilecek kaynaklarda yabancıardan açıkça söz ederek sosyal güvenlik hakkını doğrudan doğruya tanıyan hukuki - kanuni hükümlere değineceğiz.

II. Yabancıların Sosyal Güvenliğine İlişkin Hukuki Kaynaklar

A. ULUSLARARASI HUKUKTA

1. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

a. *Mültecilerin Hukuki Durumlarına Dair Sözleşme (New York, 10.12.1948)*

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

²⁶ Genel olarak insan haklarının uluslararası alana geçişi ve boyutları hakkında derin bilgiler için bak. KAPANİ, Münci, age, s.19 vd.

lara yapılan işlemlerin aynının yapılmasına hükmederken 24. maddede ise doğrudan doğruya sosyal güvenlik alanında aynı kimselere vatandaşlara nazaran farklı işlem yapılamayacağını belirtmiştir²⁷.

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

b. Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşme (1952)

Sosyal güvenliğin asgari esaslarını belirleyen Uluslararası Çalışma Örgütünün 102 sayılı sözleşmesi olan düzenlemenin 68. maddesinde sosyal güvenlik konusunda devletlere seçme hakkı tanınsa da²⁸ genel olarak vatandaş-yabancı ayırımı gözetilmeden eşitlik ilkesini getirmiştir²⁹.

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

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

24.4.1964 tarihinde yürürlüğe giren milletlerarası çalışma örgütünün 118 sayılı olan bu sözleşmesi karşılıklılık şartı aranmaksızın mülteci ve vatansızları da kapsayacak şekilde (m. 10/1) yabancılarla vatandaş arasında eşit işlem esasını (m. 3/1) koymuştur³⁰.

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

²⁷ DUYGULU, Ercan İşveren Yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu Mevzuatı, Manisa 1992, s.10.

²⁸ Üye devletlerin onaylayacakları riskler konusunda sahip oldukları ve bağlı buldukları seçme hakkında bak. TUNCAY, Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. bası, İst. 1984, s.23-24.

²⁹ ŞANLI, Cemal, Türkiye'de, Yabancıların Sosyal Güvenliği, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB), sayı 2, T.1981, s.26; TUNCAY, age, s.23-24.

³⁰ ŞANLI, Cemal, agm, s.26-27; GÜZEL / OKUR, s.44.

d. Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (18.4.1964)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Devletler Hukukuna göre diplomatik özellikleri ve dokunulmazlıkları bulunan elçilik ve konsolosluklar gibi yerlerde yerel işyeri mevzuatı gibi sosyal güvenlik mevzuatı da uygulanmaz. Ancak söz konusu işyerlerinde çalışan Türk uyruklu personelin sigortalılık durumları farklıdır. Sayın Ercan Duygulu «ancak bu işyeri işverenlerinin kuruma müracaat ederek, işyerlerinde çalışıp da kendileri için gerekli belgeleri düzenleyip prim ödemek istedikleri Türk personeli için prim ödendiği sürece, sigortalı sayılacak, bunun dışında herhangi bir işlem yapılamayacaktır» demektedir³¹. Kanımızca görüşte isabet payı yoktur. Bilindiği üzere anılan sözleşme açıkça bu tür yerli çalışanları zaten bağışıklıktan istisna etmiştir (Söz. m. 33/2-a). Sözleşme karşısında sayın yazarın görüşü, ancak kabul eden devletin vatandaşı olmayan veya orada daimi ikametgahı bulunmayan yabancı özel hizmetkarlar bakımından geçerlidir. Belirtilen şartlar yoksa, anılan kimse-ler açısından yerel sosyal güvenlik rejimi zorunludur. Anlaşma uyarınca söz konusu şartları taşımayan çalışanları istihdam eden diplomatik ajanlar, kabul eden devletin sosyal güvenlik mevzuatının işverene yüklediği vecibelere uymak zorundadır (m. 33/3). Aynı zorunluluk gönderin devletin veya üçüncü devletin sosyal güvenlik hükümlerinden yararlanmayan tüm çalışanlar için de geçerlidir (m. 33/2-b).

Sayın Duygulu pek haklı olarak «diplomatik dokunulmazlığı bulunmayan yabancı kuruluşlar ile dini kuruluşlarda (patrikhane, kilise gibi) işverenlerle aralarında hizmet akdi bulunmak koşuluyla Türk personeli hakkında ise, sosyal sigortalar hükümlerinin uygulanması doğaldır» demektedir³².

Kanımızca yabancı hayır ve eğitim kurumlarını da bu işyerlerine ekleyebiliriz.

Türkiye bu sözleşmeye katılmıştır (RG. 24.12.1984 - 18615)

e. *Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (24.4.1963)*

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

³¹ DUYGULU, Ercan, age, s.10.

³² DUYGULU, Ercan age, s.10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Avrupa Konseyi Hukukunda

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

1. 6. 1953' de yürürlüğe girmiş olan bu sözleşme uluslararası kara, hava, iç su ve demir yolu ile yapılan uluslararası taşımacılıkta çalışanların sosyal güvenlik meselesi uluslararası boyut ve standartta çözümlenmiştir (m. 2-4)³³.

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

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

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

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

c. Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi (Paris, 14.12.1972)

1. 3. 1977'de yürürlüğe girmiş olan bu temel sözleşmenin girişinde sosyal güvenlik mevzuatında akit devlet vatandaşlarıyla mülteci ve vatansız kimselere eşit işlem yapılacağı esası getirilmiş, madde 2'de de sosyal güvenliğin kapsamının geniş tutulduğu açıklanmıştır³⁴.

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

³³ ŞANLI, agm, s.26.

³⁴ ŞANLI, agm, s.27; TUNÇOMAĞ, Kenan, «Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Ana Çizgileri», Birinci Avrupa Hukuku Haftası, ist. 1979, s.115-150.

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

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

Türkiye Sözleşmeyi onaylamıştır (RG. 27.1.1981 - 17233).

e. Avrupa Sosyal Şartı

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

B. İÇ HUKUKTA YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

1. 1961 Anayasası

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

2. 1982 Tarihli Anayasa

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

Anayasanın bu buyurucu direktifini hiyerarşi olarak diğer kanuni

³⁵ GÜZEL / OKUR, s.46-47.

³⁶ TALAS, s.179-180.

kaynaklar izlemiştir. Şimdi sözü edilen temel mevzuatımızı yabancılar açısından inceleyebiliriz.

3. Kanunlar

a. Emekli Sandığı Kanunu (8.6.1949)

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

Sosyal güvenliğe ilişkin temel mevzuatımız içinde Türk vatandaşlığını açıkça arayıp şart koşan ender, hatta tek olduğunu söyleyebiliriz. Yabancılar, Kanununun kapsamı dışında tutulduğundan onların Emekli Sandığının sosyal güvenliğinden yararlanmaları kabil değildir³⁷.

b. Sosyal Sigortalar Kanunu (17.7.1964)

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

Aksine m.3/I-G bendinde yabancı bir ülkede bulunan herhangi bir işletme veya kurum tarafından o işyeri adına ve hesabına Türkiye'ye gönderilen yabancı işyeri temsilcilerini -eğer- kendi ülkelerinde sigortası bulunduğunu bildirdiği takdirde SSK'ya tabi tutulmayarak tamamen kapsam dışında bırakmıştır. Buna karşı m. 3/II-A bendinde ise sadece bazı sigorta kolları bakımından (ki bunlar malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarıdır) kurumdan yazılı istekte bulunmadıkça kısmen kapsam dışında bırakmıştır³⁸.

Sonuç olarak yabancı kişilerle ilgili iki maddenin içeriğinden çıkan sonucu özetlersek görüldüğü gibi, hukukumuzda yabancılik prensip ola-

³⁷ ŞANLI, agm, s.26.

³⁸ TUNCAY, Can, age, s.120-122; ŞANLI, agm, s.25-26; GÜZEL / OKUR, age, s.97-98; DUYGULU, Ercan, İşveren Yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu Mevzuatı, s.9-10, 12.

rak sosyal güvenlik hakkından yararlanmaya engel değildir. Yalnız kanun koyucu onların yararlanmalarını kendine özgü bir biçim ve usulde düzenlemiştir.

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

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

«Sigortalı Sayılmayanlar» başlığını taşıyan m. 24/II -a hükmü, şöyle bir düzenlemeyi içermektedir: «Türk asıllı yabancılar hariç yabancı uyruklular ...». Bu hükümden görüldüğü üzere Türk soylu yabancılar dışında diğer yabancılar Bağ-kur sosyal sigortasından yararlanamazlar³⁹.

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

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

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

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

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

³⁹ ŞANLI, agm, s.26.

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

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

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

Serbest bölgelerde Türkiye Cumhuriyeti sosyal güvenlik mevzuatı hükümleri uygulanır».

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

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

Madde aynen şöyledir:

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

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

g. Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşleryerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun (RG. 29.9.1981-17473).

2527 sayılı olan işbu kanun ve uygulama yönetmeliği "Türk Soylu Yabancıları" genel olarak eşitlik kural, çerçevesinde Türkiye'de kolayca çalışmalarına olanak sağlarken, sosyal güvenlik kurumları ile ilişkileri kapsamında (m. 2) bu bakımdan tabi olacakları mevzuata yollamada bulunarak düzenleme yapmıştır (m. 5).