

YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA GENEL BİR BAKIŞ

Hasan DURSUN

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku (İdare Hukuku)
Doktora Öğrencisi.

ÖZET

Sosyal güvenliği; sosyal sigorta, sosyal yardım ve sosyal hizmetler oluşturur. Sosyal güvenlik hakkından yararlanma bakımından günümüzde geçerli olan ilke “ülkesellik” prensibidir. Bu ilkeye göre bir ülkede bulunan veya oturan kişi ister yerli isterse yabancı olsun sosyal güvenlik hakkından eşit bir şekilde yararlanmaktadır. Ancak, gerek sosyal sigortalar, gerek sosyal yardımlar, gerekse sosyal hizmetlerle ilgili Türk pozitif hukuk kurallarından bazıları ülkesellik ilkesine aykırı hükümler taşıyarak yabancılar aleyhine hükümler öngörmektedir. Sosyal güvenlikten yararlanma bakımından yabancılar aleyhine hüküm öngören kurallar, diplomatik misyonla ilgili uluslararası sözleşmeler dışında Türkiye tarafından onaylanan tüm uluslararası ve bölgesel sözleşmelere aykırı düşmektedir. Yine, sosyal güvenlikten yararlanma bakımından yabancı aleyhine hüküm öngören kurallar, Anayasanın 61’inci maddesinin 1’inci fıkrasına da aykırı düşmektedir. Bu fıkra, herkesin sosyal güvenlikten yararlanma hakkı olduğu ifade edildiğine göre vatandaş veya yabancı herkes sosyal güvenlikten eşit olarak yararlanmak durumundadır. Son olarak, Avrupa Birliği normlarına uyum açısından da sosyal güvenlikten yararlanma bakımından yabancılar aleyhine hüküm öngören kuralların kaldırılması gerekmektedir. Sosyal güvenlikten yararlanma bakımından “işlem eşitliği ilkesi” temel bir Avrupa Birliği normu olduğuna göre Avrupa Birliği karşısında katılım ülkesi konumunda bulunan Türkiye’nin söz konusu norma uyması kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Güvenlik, Yabancı, Ülkesellik İlkesi, İşlem Eşitliği

ABSTRACT

Social insurance, social aid (assistance) and social service altogether constituted the social security. The current rule, which is valid nowadays on getting benefit from the social security, is territorial principle. According to that principle, any person, whether citizen or foreigner that is stand or reside in a particular country gets benefit from the social security rights equally. However, some Turkish positive legal rules on social security, social assistance and social service make discrimination against foreigner. Rules that make discrimination on getting benefit form the social security rights against foreigner aside form the diplomatic mission agreements are against all the international and regional treaty, which is approved by Turkey. Again, the rules that make discrimination on getting benefit form the social security rights against foreigner are also against Turkish Constitution act of 61/1. In pursuant of that act, everybody has social security rights. So, whether citizen or foreigner everybody has to same social security rights. Lastly, to comply with the European Union norms all the rules which make discrimination on getting benefit form the social security rights against foreigner has to be abolished. Transaction equality on getting benefit from the social security rights is a basic "European Union rule". To accord that rule is inevitable in as much as now Turkey is "accession country position" for the European Union. That position makes an obligation for Turkey to abide for the European Union rule, which is aforementioned.

Keywords: Social Security, Foreigner, Territorial Principle, Transaction Equality

GİRİŞ

Sosyal güvenlik; bir mesleksel, fizyolojik veya sosyo-ekonomik riskten ötürü geliri veya kazancı sürekli veya geçici olarak kesilmiş kimselerin geçinme ve yaşama gereksinimlerini karşılayan bir sistemdir.¹ Sosyal güvenliği; sosyal sigortalar, sosyal yardım ve sosyal hizmetler oluşturur.² Sosyal sigortaları; toplumun tümünü veya bir kesimini tehdit eden tehlikeleri karşılamak için devlet eliyle kurulmuş ve tekel olarak işletilen bir sigorta kolu olarak tanımlamak³ olanaklı

¹ Bkz. Talas, C. (1976), Sosyal Ekonomi İkinci Kitap, s. 528.

² Bkz. Tuncay, C. (2000), Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 31.

³ Bkz. Karayalçın, Y. (1984), Risk-Sigorta, Risk Yönetimi, s. 29-30.

olduğu gibi belirli mesleksen, fizyolojik, ekonomik ve sosyal riskleri karşılamak için öngörülen tedbirlerin masraflarına toplu olarak karşı koymak⁴ şeklinde tanımlamak da olanaklıdır.

Sosyal güvenliğin diğer bir unsuru olan sosyal yardımları; kendi ellerinde olmayan nedenlerle yoksul duruma düşmüş birey ve gruplara, toplumdan dışlanmış olanlara, insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam seviyesi sağlamak amacıyla karşılıksız olarak yapılan aynı ve nakdi yardımlar olarak tanımlamak olanaklıdır.⁵ Sosyal yardımlar, artık tarihin eski dönemlerinde olduğu gibi bir yardımseverlik ve hayır konusu olarak değil, devletin bir görevi ve bireyin hakkı olarak ele alınmaktadır. Nitekim Avrupa Sosyal Şartı Bağımsız Uzmanlar Komitesi de, sosyal yardımların yasalarca düzenlenmiş gerçek bir hak olması gerektiğini ve ayrıca bu hakkın bağımsız yargı organları önünde dava hakkı vermesi gerektiğini belirtmiştir.⁶

Sosyal güvenliği oluşturan son unsur olan sosyal hizmetleri ise insanların sağlık ve iyilik halinin geliştirilmesine, kendilerine daha yeterli hale gelmelerine ve başkalarına bağımlı olmalarının önlenmesine, aile bağlarının güçlendirilmesine, bireylerin, ailelerin, grupların veya toplulukların sosyal işlevlerini başarıyla yerine getirmelerine ve refahlarının bir ölçüde de olsa artırılmasına yardımcı olmak amacıyla, sosyal hizmet elemanları ve diğer meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen etkinlik ve programlar bütünü olarak tanımlanabilir.⁷ Günümüz toplumlarında, aile bağları başta olmak üzere geleneksel dayanışma açısından görülen çözüme, özellikle sosyal dışlanmayla savaşım açısından sosyal hizmetlere duyulan gereksinimi hızla artırmaktadır.

Her ne kadar sosyal sigortalar, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetler birlikte sosyal güvenliği oluştursa da sosyal sigortalar ile sosyal yardım ve hizmetler arasında derin farklılıklar bulunmaktadır. Gerçekten de sosyal sigortalar; temel olarak primlerle finanse edilmesine rağmen, sosyal yardım ve hizmetler genellikle vergiler ile finanse edilir. İkinci olarak, sosyal sigortalarda bir karşılık esaslı bulunmasına rağmen sosyal yardım ve hizmetlerde herhangi bir

⁴ Bkz. Talas, a.g.e., s. 532.

⁵ Bkz. Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu (2007), s. 2.

⁶ Bkz. Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu (2007), s. 2.

⁷ Bkz. Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu (2007), s. 3.

karşılık söz konusu olmaksızın gereksinim içerisinde bulunan tüm kişileri kavrar. Son olarak, sosyal hizmet ve yardımların tek yanlı olarak devlet tarafından yapılması ve yararlanan kişinin herhangi bir mali katkısının söz konusu olmamasına rağmen, sosyal sigortalarda bu durum görülmez.⁸

Ülkesinde bulunduğu devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimse olarak tanımlanabilen yabancıyı⁹ üç kategoriye ayrılabilen insanlar oluşturmaktadır. Bunlar; yabancı bir veya bir kaç devletin vatandaşlığında bulunanlar (*yabancı "ecnebi" tebaa*), hiçbir devlet vatandaşlığından olmayan *vatansızlar ve mültecilerdir*.¹⁰

Yabancı tanımı bakımından bir hususun zihinden uzak tutulmaması gerekir. Türk pozitif hukukunda belirtilen "yabancı" ifadesi; her ne kadar yabancı ülke vatandaşı, vatansız ve mültecileri kapsar olsa da Türk soylu yabancıları kapsamaz. Gerçekten de, 25.9.1981 tarih ve 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş ve İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunun "tabi olacakları mevzuat" başlıklı 5'inci maddesinde; Türk soylu yabancılar, çalıştıkları kamu, özel kuruluş veya işyerinde uygulanan personel, sosyal güvenlik, çalışma, çalıştırma ve diğer konulara ilişkin mevzuat hükümlerine tabi kılınmıştır. Bu çerçevede, Türk soylu yabancıların sosyal güvenlik açısından artık Türk uyruklulardan herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

Bu çalışmada, önce, sosyal güvenlik hakkı konusunda milliyet unsurunun uluslararası ve bölgesel sözleşme ile düzenlemelerde nasıl ele alındığı üzerinde durulacak, daha sonra, Türk sosyal güvenlik hukukunda milliyet unsuru bakımından yer alan düzenlemelere değinilecektir. Çalışmanın sonunda ise sosyal güvenlik konusunda yapılan uluslararası ve bölgesel düzenlemelerin yabancılık unsuru bakımından kabul ettiği ilke veya ilkeler ölçüt kabul edilerek, Türk pozitif hukukunun bir değerlendirmesi yapılacaktır.

⁸ Krş. Talas, (1976), s. 538.

⁹ Bkz. Göger, E. (1976), Yabancılar Hukuku, s. 4.

¹⁰ Altuğ, Y. (1971) Yabancıların Hukuki Durumu, s. 9. Bununla birlikte, Berki, *yabancı* kavramının bir devlete mensup kişilerle "ecnebi tebaa" ile herhangi bir devlete bağlı olmayan ve tabiiyetsizler "heimatlos" olarak adlandırılan kişileri kapsadığını ifade etmektedir. Bkz. Berki, F.O. (1955) Türkiye'de Yabancılar Hukuku, s. 172. Berki, mültecilerden bahsetmediği için kanımızca yabancı kavramını dar ve hatalı olarak tanımlamıştır.

I- SOSYAL GÜVENLİK HAKKI BAKIMINDAN MİLLİYET UNSURUYLA İLGİLİ OLARAK ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ile BÖLGESEL ENTEGRASYON SÖZLEŞME ve DÜZENLEMELERİ

Bu kısımda, önce, sosyal güvenlikte milliyet unsuru bakımından Birleşmiş Milletler (BM) ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) hazırladığı uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemeler incelenecektir. Birleşmiş Milletler ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün hazırladığı uluslararası antlaşmalar incelenirken sadece Türkiye'nin onayladığı ve sosyal güvenlik hakkında milliyet unsuruna doğrudan değinen temel antlaşmalara temas edilecektir. Daha sonra ise, Bölgesel Entegrasyonlardan Avrupa Konseyinin konuyla ilgili sözleşmeleri incelenecek, en sonunda ise Avrupa Birliğinin sosyal güvenlikte milliyet unsurunu nasıl düzenlediği incelenecektir. Konuyla ilgili Avrupa Birliği düzenlemeleri incelenirken Birliğin yalnızca üçüncü ülkeleri ilgilendiren düzenlemelerine yer verilecektir. Bunun nedeni, Türkiye'nin henüz Avrupa Birliğinin tam üyesi olmaması ve Birliğin o düzenlemelerinin üçüncü ülkeler ve bu arada Türkiye açısından bir takım sonuçlar doğurmasıdır. Birliğin üçüncü ülkeleri ilgilendiren düzenlemelerinin Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından nasıl yorumlandığı üzerinde de kısaca durulacaktır. Bu kısmın başlığından da anlaşılacağı üzere sosyal güvenliğe ilişkin olarak Türkiye ile diğer devletler arasında yapılan ikili antlaşmalara değinilmeyecektir. Türkiye ile diğer devletler arasında yapılan ikili sosyal güvenlik antlaşmalarında sosyal güvenlikten yararlanma bakımından milliyet unsuruna değinen hükümler bulunsa bile o antlaşmalara değinilmemesinin temel nedeni, çalışmanın oylumunun (hacminin) artacağı korkusudur.

1- SOSYAL GÜVENLİK HAKKI BAKIMINDAN MİLLİYET UNSURUYLA İLGİLİ OLARAK ULUSLARARASI SÖZ- LEŞMELERDE YER ALAN HÜKÜMLER

a- Birleşmiş Milletler Antlaşmalarında

aa- İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde

Birleşmiş Milletlerin insan hakları konusunda hazırladığı temel bir belge olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde 8 çekimser oya karşılık Türkiye'nin

de verdiği 48 oyla kabul edilmiştir.¹¹ Bildiride sosyal güvenlik hakkı bakımından çeşitli hükümlere de yer verilmiştir. Daha somut bir deyişle, Bildirinin 22 ve 25'inci maddelerinde sosyal güvenlik hakkına yer verilmiştir. Bildirideki bu hükümler, kanımızca, sosyal güvenliğin temel bir insan hakkı olarak kabul edildiğinin somut bir göstergesidir.

Sosyal güvenlik hakkının çekirdeğini oluşturan İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 22'inci maddesinde; herkesin, toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenliğe hakkı olduğu, 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 hakkının bulunduğu belirtilmiş, 25'inci maddesinde ise; her şahsın kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyecek, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığını ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkanlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı olduğu, analık ve çocukluğun özel ihtimam ve yardım görme hakkını verdiği, evlilik içinde veya dışında doğsun bütün çocukların aynı sosyal korumadan faydalanacakları ifade edilmiştir.¹²

bb- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmede

Birleşmiş Milletler ve onun içinde kurulmuş bulunan İnsan Hakları Komisyonu, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde açıklanan hakların gerçekleştirilmesi konusunda katılan devletlere yükümlülük yükleyen, açıklanan haklara saygı gösterilip gösterilmediğini belirleyecek bir denetim sistemini öngören iki sözleşme hazırlamıştır. Bunlardan ilki, Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Civil and Political Rights) olarak adlandırılmakta, diğeri ise Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşmeler, BM Genel Kurulunun 16.12.1966 tarihli toplantısında oylanarak kabul edilmiş, ancak bunların yürürlüğe girebilmesi için bir on yıl beklenmiştir. Çünkü her iki metin de yürürlük şartı olarak en az 35 devletin Sözleşmeleri onaylayıp katılma belgelerini Genel Sekreterliğe vermesini öngörmekteydi. Bu şart, katılan devlet sayısının otuz beşi

¹¹ Bkz. Kapani, M. (1996), İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 24. Sözleşmenin tam metni için bkz. 27.5.1949 tarih ve 7217 sayılı Resmî Gazete.

¹² İnsan Hakları Evrensel Bildirisi konusunda özlü bilgi için bkz. Kapani, (1996), s. 23-29.

bulmasıyla 1976 tarihinde yerine gelmiştir. Sözleşmeler, 1976 yılından itibaren *İkiz Sözleşmeler* olarak adlandırılmıştır.¹³

Daha somut bir ifadeyle, Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 16.12.1966 tarih ve 2200A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imza, onay ve katılmaya açılmıştır. Bununla birlikte, bu sözleşmelerden birincisi 23 Mart 1976, ikincisi ise 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmede sosyal güvenliğe ilişkin açık hükümler bulunmadığından, diğer sözleşme üzerinde durulacaktır.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme; 4.6.2003 tarih ve 4867 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, 10.7.2003 tarih ve 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanmıştır.¹⁴

Bu sözleşmenin 2 maddesinde sosyal güvenliğe doğrudan doğruya temas edilmiştir. Daha açık bir deyişle, Sözleşmenin 9'uncu maddesinde; bu sözleşmeye taraf devletlerin *herkesin* sosyal sigorta da dahil olmak üzere sosyal güvenlik hakkını tanıyacakları ifade edilmiştir. Sözleşmenin 11'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; bu sözleşmeye taraf devletlerin, *herkesin*, yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahip olduklarını kabul edecekleri, taraf devletlerin bu hususta hür rızaya dayalı uluslararası işbirliğinin temel önemini kabul ederek bu hakkın gerçekleşmesini güvence altına almak için uygun tedbirler alacakları, 2'nci fıkrasında ise, bu sözleşmeye taraf devletlerin *herkesin* açlıktan kurtulma temel hakkını kabul ederek, münferiden ve uluslararası işbirliği yoluyla özel programları da içeren gerekli tedbirleri; teknik ve bilimsel bilgilerden tam olarak yararlanmak suretiyle, beslenme ilkeleri konusundaki bilgileri yayarak ve doğal kaynakların en etkin bir şekilde geliştirilmesini ve kullanılmasını sağlayacak şekilde tarımsal sistemleri düzelterek ya da geliştirerek besinlerin üretilmesi, korunması ve dağıtılması yöntemlerini iyileştirmek ve gerek gıda maddeleri ihraç eden, gerekse gıda maddeleri ithal eden ülkelerin sorunlarını dikkate alarak, dünyadaki besin maddelerinin ihtiyaca göre adil bir şekilde dağıtımını sağlamak amaçlarına yönelik olarak alacakları ifade edilmiştir.

¹³ Bkz. Kapani, (1996), s. 3-32.

¹⁴ Sözleşmenin tam metni için bkz. 11.8.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete.

Görüldüğü üzere, Sözleşme, sosyal güvenlik hakkı bakımından “herkes” ibaresini kullanarak, bu konuda yerli-yabancı ayrımının yapılamayacağı esasını benimsemiştir.

cc- Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmede

Mülteci; siyasi nedenlerle vatandaşı bulunduğu ülke veya hiç bir vatandaşlığı yoksa normal ikametgâhı dışında iradesi ile veya iradesi dışında bulunan ve hiç bir hükümetten diplomatik koruma görmeyen kimse şeklinde tanımlanabilir.¹⁵

Uluslararası toplum açısından önemli sorun doğuran iltica ve mülteci sorunlarını çözebilmek amacıyla Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan “Mültecilerin Hukuku Durumuna dair Sözleşme” Cenevre’de, 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye bu sözleşmeyi, 29.8.1961 tarih ve 359 sayılı Kanunla onaylanmıştır.¹⁶ Bu sözleşme onaylanırken ilginç bir “ihtirazi kayıt” konmuştur. Bu kayda göre; sözleşmenin hiç bir hükmü, mülteciye Türkiye’de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz. Kanımızca, konulan bu kayıt son derece yersizdir. Çünkü, zaten sözleşmenin temel ereği, mültecilerin de diğer insanlar (vatandaşlar) gibi temel hürriyetler ve insan haklarından fark gözetmeksizin faydalanmasını sağlamaktır. Nitekim, bu husus, sözleşmenin başlangıç kısmında da açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Sözleşmede sosyal yardım bakımından mültecilerle vatandaşlar arasında tam bir eşitlik esası benimsenmiştir. Nitekim, sözleşmenin “sosyal yardım” başlıklı 23’üncü maddesinde; akit devletlerin, ülkelerinde düzenli surette ikamet eden mültecilere sosyal yardım ve iane konularında vatandaşlara yapılan muamelenin aynısını yapacakları ifade edilmiştir.

Sözleşmede çalışma koşulları ve sosyal sigorta bakımından da vatandaşla mülteci arasında eşitlik esası benimsenmiştir. Sözleşmenin “çalışma mevzuatı ve sosyal sigorta” başlıklı 24’üncü maddesinde; Sözleşmenin taraflarının ülkelerinde, devamlı surette ikamet eden mültecilere şu konularda vatandaşlara yapılan muamelenin aynısını yapacakları ifade edilmiştir. Bunlar; mevzuatla düzenlendiği veya idari makamların yetkisine tabi oldukları ölçüde, istihkaka dahil olmak

¹⁵ Bkz. Altuğ, (1971), s. 9.

¹⁶ Sözleşmenin tam metni için bkz. 5.9.1961 tarih ve 5927 sayılı Resmi Gazete. Türkiye, 1961 Anayasası yürürlüğe girmeden önce sözleşmeleri sadece kanunla onaylamakta, onay hususunda Bakanlar Kuruluna yetki vermemekteydi.

şartıyla aile yardımları da dahil işçi istihkakları, çalışma zamanı, fazla çalışma saatleri, ücretli tatil, evde çalışmaya ait kısıtlar, çalışmaya başlama yaşı, çıraklı ve mesleki yetiştirme, kadınların ve gençlerin çalışması, toplu iş sözleşmeleri ile verilen menfaatler ile *sosyal sigorta (iş kazaları, meslek hastalıkları, analık, hastalık, sakatlık, yaşlılık, ölüm, işsizlik ve aile mükellefiyetlerine)* ve *milli mevzuata göre bir sosyal sigorta sistemine dahil diğer herhangi bir tehlikeye ait kanuni hükümler*dir. Bununla birlikte, müktesep haklar ve iktisap edilmek üzere olan hakların korunması için özel anlaşmalar ile ikametgâh memleketinin milli mevzuatının emrettiği ve tamamen devlet fonlarından karşılanan ödenek veya ödenek parçaları ile normal bir emeklilik ödeneği için gerekli aidat şartlarını taşımayan kimselere yapılan yardımlar hakkındaki özel anlaşmalar bakımından öngörülecek durumların bu son durum¹⁷ bağlamında mülteciler bakımından sınırlama oluşturacağı yine bu maddede belirtilmiştir.

Bu maddede, ayrıca, bir mültecinin iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda ölümüne ait tazminat haklarına, hak sahibinin akit devlet ülkesi dışında ikamet etmesi yüzünden halel gelmeyeceği; âkit devletlerin, sosyal sigorta konularında müktesep haklara veya iktisap edilmek üzere olan haklara ilişkin akdettikleri veya akdedecekleri anlaşmalardan mezkur anlaşmaları imzalayan devletlerin vatandaşlarında aranan koşulları taşımak kaydıyla mültecileri de faydalandırabilecekleri; akit devletlerin, akit olmayan devletler ile aralarında yürürlükte bulunan veya bulunacak olan bunlara benzer anlaşmalardan mültecileri, mümkün olduğu nispette faydalandırmak olanağını müsaait surette inceleyecekleri hususları da belirtilmiştir.

dd- Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesinde

Birleşmiş Milletler tarafından diplomatik ilişkiler, ayrıcalıklar ve bağımsızlıklar konusunda ulusların farklı anayasal ve sosyal sistemlerine bakılmaksızın aralarında dostane ilişkilerin geliştirilmesi için hazırlanan “Diplomatik İlişkiler Viyana Sözleşmesi” 18.4.1961 tarihinde Viyana’da imzalanmıştır. Bu sözleşmenin onaylanması 4.9.1984 tarih ve 3042 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunun 6.11.1984 tarih ve 84/8724 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.¹⁸

Bu sözleşmenin 33’üncü maddesinde; bir diplomatik ajanın, gönderen devlet için yapılan hizmetler bakımından kabul eden devlette yürürlükte olan sosyal güvenlik hükümlerinden bağımsız olduğu, bu

¹⁷ Bu paragrafta italik olarak yazılan kısımlar.

¹⁸ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. 24.12.1984 tarih ve 18615 sayılı Resmi Gazete.

bağışıklığın; kabul eden devletin vatandaşı olmamaları veya kabul eden devlette daimi ikametgâhları bulunmaması ve gönderen devlette veya bir üçüncü devlette yürürlükte olan sosyal güvenlik hükümlerinden yararlanırl olmaları koşuluyla diplomatik ajanın münhasır hizmetinde bulunan özel hizmetçilere de uygulanacağı, bağışıklıktan yararlanamayan şahısları istihdam eden bir diplomatik ajanın kabul eden devletteki sosyal güvenlik hükümlerinin işverene yükümllediği yükümlülüklere riayet edeceği, ancak sosyal güvenlik hükümlerinden bağışıklığın kabul eden devletin müsaadesi şartıyla bu devletin sosyal güvenlik sistemine isteyerek (gönüllü) katılmaya engel olmadığı, bu madde hükümlerinin, sosyal güvenlik hakkında daha önce akdedilmiş iki veya çok taraflı antlaşmaları etkilemeyeceği ve gelecekte bu gibi antlaşmaların akdedilmesine engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

ee- Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinde

Birleşmiş Milletler tarafından Konsolosluk ilişkileri, ayrıcalıklar ve bağışıklıkları konusunda ulusların farklı anayasal ve sosyal sistemlerinin farklılığına bakılmaksızın aralarında dostane ilişkilerin geliştirilmesi için hazırlanan “Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi” 24.4.1963 tarihinde Viyana’da imzalanmıştır. Bu sözleşmenin onaylanması 20.5.1975 tarih ve 1901 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunun 5.6.1975 tarih ve 7/10222 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.¹⁹

Bu sözleşmenin “sosyal sigorta rejiminden bağışıklık” başlıklı 48’inci maddesinde, Diplomatik İlişkiler Viyana Sözleşmesinin diplomatik ajanın kabul eden devlette sosyal güvenlikte bağışıklığını düzenleyen yukarıda incelenen 33’üncü maddesine paralel bir biçimde konsolosluk mensuplarının sosyal güvenlikten bağışıklığını düzenlemektedir. Daha somut bir deyişle, 48’inci maddede; gönderen devlet için yapılan hizmetler bakımından konsolosluk mensupları ve onlarla birlikte yaşayan aile fertlerinin kabul eden devlette yürürlükte olan sosyal güvenlik hükümlerinden bağışık olduğu, bu bağışıklığın; kabul eden devletin vatandaşı olmamaları ve kabul eden devlette daimi ikametgâhları bulunmaması ve gönderen devlette veya bir üçüncü devlette yürürlükte olan sosyal güvenlik hükümlerinden yararlanırl olmaları koşuluyla konsolosluk mensuplarının özel hizmetinde bulunan özel personele de uygulanacağı, bağışıklıktan yararlanamayan şahısları istihdam eden Konsolosluğun kabul eden devletteki sosyal güvenlik hükümlerinin işverene yüklediği yükümlülüklere riayet

¹⁹ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. 27.9.1975 tarih ve 15369 sayılı Resmi Gazete.

edeceği, ancak sosyal güvenlik hükümlerinden bağımsızlığın kabul eden devletin müsaadesi şartıyla bu devletin sosyal güvenlik sistemine isteyerek katılmaya engel olmadığı ifade edilmiştir.

b- Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde

Bu kısımda, 1946 yılından bu yana Birleşmiş Milletlerin bir uzmanlık kuruluşu olan ILO'nun sosyal güvenlikle ilgili olarak hazırladığı sözleşmelerde sosyal güvenlikten yararlanma bakımından milliyet unsuru hakkında ne gibi hükümler öngördüğü incelenecektir.

aa- Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 Sayılı Sözleşmede

ILO'nun sosyal güvenlik konusunda uluslararası standartları saptayan "1952 Sosyal Güvenlik (Asgari Normlar) Sözleşmesi" 28.6.1952 tarihinde Cenevre'de imzalanmıştır. Bu sözleşmenin onaylanması 29.7.1971 tarih ve 1451 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunun 1.4.1974 tarih ve 7/7964 sayılı kararıyla onaylanmıştır.²⁰ Bununla birlikte, Sözleşmenin kimi hükümlerine çekince konulduğunu ifade etmek gerekir.

Sosyal güvenlik hakkından yararlanma bakımından milliyet unsuruna, Sözleşmenin çekince konulmayan "yabancılara eşit muamele" başlıklı 68'inci maddesinde değinilmiştir. Bu maddenin 1'inci fıkrasında; yabancı uyruklu sakinlerin (mukimlerin) vatandaşlarla aynı haklara sahip bulunduğu, ancak, mevzuatın, tamamı veya önemli bir kısmı amme fonlarından karşılanan yardımlar veya yardım kısımlarına taallük eden hususlarla geçici devre yardımlarına ilişkin hususlarda, yabancılarla ülke uyruğunda olmakla beraber âkit devletin ülkesi dışında doğmuş olanlar hakkında özel hükümleri ihtiva edebileceği ifade edilmiştir. Maddenin 2'nci fıkrasında ise, işçi ve hizmetlilere uygulanan primli sosyal güvenlik sistemlerinde, sözleşmenin ilgili bölümündeki yükümlülükleri kabul etmiş bulunan diğer bir üye devletin uyruğunda olan korunan kimselerin, mezkur bölüm uygulamasında vatandaşlarla aynı haklara sahip olacakları, bununla birlikte, bu hükmün uygulamasının, müttekabiliyet (karşılıklılık) esasını

²⁰ Sözleşmenin tam metni için bkz. 15.10.1974 tarih ve 15037 sayılı Resmi Gazete. Bu sözleşmenin Türkçe çevirisinde vahim çeviri hataları yapılmıştır. Gerçekten de "yardım" ibaresi kimi durumlarda "soins" (sağlık yardımları: soins médicaux), kimi durumlarda ise "prestations" karşılığı (ihtiyarlık yardımları: prestations de vieillesse) olarak kullanılmıştır. Halbuki birinci durumda "bakım, aynen giderim", ikinci durumda ise "ödeme, nakden giderim" hâli söz konusudur. Her iki durumda da "yardım" ibaresi Türkçe açısından yerinde değildir. Bkz. Karayalçın, (1984), s. 36 dip not 1.

içeren iki veya çok taraflı anlaşmaların yapılmış olması şartına bağlanabileceği ifade edilmiştir.

bb- Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit İşlem Yapılması Hakkında 108 sayılı Sözleşmede

ILO tarafından, âkit taraflara, yabancıların sosyal güvenliğe tabi olma ve yardımlardan yararlanmaya hak kazanma bakımından kendi vatandaşlarıyla eşit işlem yapma yükümlülüğü yükleyen “Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit İşlem Yapılması Hakkında Sözleşmesi” 28.6.1962 tarihinde Cenevre’de imzalanmıştır. Sözleşme kısaca, “1962 Sosyal Güvenlik Eşit Muamele Sözleşmesi” olarak da adlandırılmaktadır. Onaylanması 29.7.1971 tarih ve 1453 sayılı Kanunla uygun görülen bu sözleşme, Bakanlar Kurulunun 5.4.1973 tarih ve 7/6217 sayılı Kararıyla onaylanmıştır.²¹

Bu sözleşmede sosyal güvenlik konusunda vatandaşlarla yabancıların tam bir eşitliğe sahip olduğu somut bir şekilde gösterilmiştir. Gerçekten de, Sözleşmenin 3’üncü maddesinde; bu sözleşmeyi uygulayan her üye devletin sözleşme mükellefiyetlerini kabul ettiği sosyal güvenlik dallarında, ülkesinde, bu sözleşmeyi uygulayan diğer üye devletler vatandaşlarına, sosyal güvenliğe tabi olma ve yardımlardan yararlanmağa hak kazanma bakımlarından kendi vatandaşlarıyla eşit işlem yapacağı, ölüm yardımları bahis konusu olduğunda, eşit işlemin, sözleşmeyi tasdik eden diğer bir üye devlet vatandaşının hak sahibi kimselerine bu kimselerin vatandaşlık durumuna bakılmaksızın sağlanacağı, ancak, Sözleşmeye taraf bir devletin, herhangi bir sosyal güvenlik dalında bir mevzuata sahip olmakla beraber bu mevzuatın uygulanmasında o taraf devletin vatandaşlarına kendi vatandaşlarıyla eşit işlem yapmayan diğer bir üye devletin vatandaşları hakkında, söz konusu sosyal güvenlik dalı bakımından bu maddenin yukarıdaki hükümlerini uygulayamayacağı ifade edilmiştir.

Sözleşmenin 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında; yardımlardan yararlanma bakımından eşit muamelenin ikamet şartına bağlı olmaksızın sağlanacağı, bununla birlikte, 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 yararlanmalarının da ikamet şartına bağlanabileceği ifade edilmiştir. Maddenin 2’nci fıkrasında ise, sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, iş

²¹ Sözleşmenin tam metni için bkz. 9.6.1973 tarih ve 14559 sayılı Resmi Gazete.

kazalarıyla meslek hastalıkları ve aile yardımları ayrıksı olmak üzere diğer yardımlardan yararlanabilmek bakımından analık ve işsizlik yardımları için yardım talep tarihinden hemen önce altı ay, malullük yardımları için yardım talep tarihinden, ölüm yardımları için de ölüm tarihinden hemen önce aralıksız olarak beş yıl, yaşlılık yardımları için 18 yaşından sonra on yıl -bu on yılın aralıksız olarak beş yılının yardım talep tarihinden hemen önce olması istenebilir- şeklinde saptanılan sürelerden daha uzun olmamak üzere tespit edilecek bir süre kadar ikamet etmiş olması şartının konulabileceği ifade edilmiştir.

Sözleşmenin 10'uncu maddesinde; bu sözleşme hükümlerinin mültecilerle vatansızlar hakkında karşılıklılık şartı aranmaksızın uygulanacağı, ancak devlet memurlarını kapsayan özel rejimlerle harpten zarar gören kimseleri kapsayan özel rejimlere ve sosyal yardım sistemlerine uygulanmayacağı, yine, hiç bir üye devletin, milletlerarası anlaşmalar gereğince kendi milli sosyal güvenlik mevzuatından ayrıksı tutulmuş olan kimseler hakkında sözleşme hükümlerini uygulamaya mecbur tutulamayacağı ifade edilmiştir.

2- SOSYAL GÜVENLİK HAKKI BAKIMINDAN MİLLİYET UNSURUYLA İLGİLİ OLARAK BÖLGESEL ENTEGRASYON SÖZLEŞME ve DÜZENLEMELERİ

Yukarıda belirtildiği üzere bu kısımda, Bölgesel Entegrasyonlardan Avrupa Konseyinin sosyal güvenlikte milliyet unsuruna yer veren ve Türkiye tarafından onaylanan sözleşmeleri ile Avrupa Birliği'nin sosyal güvenlikte milliyet unsurunu nasıl düzenlediği ve yorumladığı incelenecektir.

a- Avrupa Konseyi Sözleşmelerinde

aa- Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında

Sosyal haklar bakımından çok ileri hükümler getiren ve önemli bir belge niteliği taşıyan Avrupa Konseyinin bu sözleşmesi 18.10.1961 tarihinde Torino'da imzalanmıştır. 16.6.1989 tarih ve 3581 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Avrupa Sosyal Şartı, Bakanlar Kurulunun 8.8.1989 tarih ve 89/14434 sayılı Kararıyla onaylanmıştır.²²

Avrupa Sosyal Şartının "sosyal güvenlik hakkı" başlıklı 12'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının (a) bendinde; sözleşmecî ülkelerin sosyal

²² Şartın tam metni için bkz. 14.10.1989 tarih ve 20312 sayılı Resmi Gazete.

güvenlik haklarının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere uygun ikili ve çok taraflı sözleşmeler yaparak veya başka yollarla bu sözleşmelerde yer alan koşullara bağlı olarak; korunan kişilerin sözleşmecî ülkeler arasında ne suretle olursa olsun yer değiştirmeleri sırasında diğer sözleşmecî taraf yurttaşları ile sosyal güvenlik mevzuatından doğan yardımların muhafazası dahil sosyal güvenlik hakları itibariyle kendi yurttaşları ile eşit muamele görmelerini sağlamayı taahhüt edecekleri ifade edilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı, milliyet unsuru hükümleri az sonra incelenecek olan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartıyla kaldırıldığı için üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır.

Avrupa Sosyal Şartının imzalandığı 18.10.1961 tarihinden bu yana ortaya çıkan temel sosyal değişimleri dikkate almak ve Avrupa Sosyal Şartını güncellemek ve uyarlamak ve Şart'a yeni haklar eklemek amacıyla yine Avrupa Konseyince, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı hazırlanmış ve 3 Mayıs 1996 tarihinde Strazburg'da imzalanmıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Sosyal Şartının yerini almıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 27.9.2006 tarih ve 5547 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunun 22.3.2007 tarih ve 2007/11907 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.²³ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının kimi hükümlerine çekince konulmuşsa da, milliyet unsuruyla ilgili hükümlerine herhangi bir çekince konulmamıştır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının Birinci Bölümünde, akit tarafların ulusal ve uluslararası nitelikteki tüm uygun yollarla sayılan bir takım hak ve ilkelerin etkili bir biçimde gerçekleştirilebileceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı sayacakları ifade edilmiştir. Sayılan ilke ve politikalar arasında, 12. ilke olarak; "tüm çalışanlar ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu", 13. ilke olarak "yeterli kaynaklardan yoksun olan herkesin sosyal ve tıbbi yardım alma hakkına sahip olduğu", 14. ilke olarak ise, "herkesin sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkına sahip olduğu" ifade edilmiştir.

Şartın ilerideki maddelerinde sosyal güvenlik hakkı ayrıntılandırılmıştır. Daha somut bir deyişle, Şartın II. Bölümünün "sosyal güvenlik hakkı" başlıklı 12'nci maddesinde; akit tarafların, sosyal güvenlik hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla; bir sosyal güvenlik sistemi kurmayı ya da sürdürmeyi, sosyal güvenlik

²³ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının tam metni için bkz. 9.4.2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazete.

sistemini Avrupa Sosyal Güvenlik Kodunun onaylanması için gereken düzeyden daha düşük olmamak üzere yeterli bir düzeyde sürdürmeyi, sosyal güvenlik sistemini giderek daha yüksek bir düzeye çıkarmaya çalışmayı, uygun ikili veya çok taraflı sözleşmeler akdiyle ya da başka yollarla bu sözleşmelerde yer alan koşullara bağlı olarak; korunan kişilerin taraf ülkeler arasında ne suretle olursa olsun yer değiştirmeleri sırasında, sosyal güvenlik mevzuatından doğan yardımların muhafazası da dahil olmak üzere sosyal güvenlik hakları açısından diğer tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarının eşit muamele görmelerini, akit taraflardan her birinin mevzuatına göre tamamlanan sigorta ve çalışma sürelerinin birleştirilmesi yoluyla sosyal güvenlik haklarının verilmesi, sürdürülmesi ve yeniden başlatılmasını taahhüt edecekleri ifade edilmiştir.

Şartın II. Bölümünün “sosyal ve tıbbi yardım hakkı” başlıklı 13’üncü maddesinde; akit tarafların, sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı, böyle bir yardım görenlerin, bu nedenle siyasal ve sosyal haklarının kısıtlanmasını önlemeyi, herkesin, kişisel veya ailevi mahrumiyet halini önlemek, gidermek ya da hafifletmek için gerekebilecek öneri ve kişisel yardımları uygun kamusal ya da özel hizmetler eliyle alabilmesini sağlamayı, bu maddede belirtilen hükümlerin ülkelerinde yasal olarak bulunan diğer akit tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarını eşit tutarak, 11 Aralık 1953 tarihinde imzalanmış olan Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülükler çerçevesinde uygulamayı taahhüt edecekleri ifade edilmiştir.

Gözden Geçirilmiş Şartın “sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı” başlıklı 14’üncü maddesinde ise, akit tarafların sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; sosyal hizmet yöntemlerinden yararlanarak, toplumda bireylerin ve grupların refah ve gelişmelerine ve sosyal çevreye uyum sağlamalarına katkıda bulunacak hizmetleri teşvik etmeyi ya da sağlamayı, bireylerin ve gönüllü ya da diğer örgütlerin bu tür hizmetlerin kurulması ve sürdürülmesine katılmalarını özendirmeyi taahhüt edecekleri ifade edilmiştir.

bb- Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde

Türkiye’nin de katılımıyla 14.12.1972 tarihinde Paris’te imzalanan ve bölgesel sosyal güvenlik alanında önemli bir belge niteliği

taşıyan bu sözleşmenin onaylanması 13.7.1976 tarih ve 2023 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulu da bu sözleşmeyi 31.8.1976 tarih ve 7/12537 sayılı Kararname ile onaylamıştır.²⁴

Bu sözleşmenin giriş kısmında; “16 Nisan 1964 tarihinde imzaya açılmış bulunan Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu’nun 73. maddesi hükmüne göre, bu kod’u imzalayan tarafların *yabancılar ile göçmen işçilerin, sosyal güvenlikleri bakımından, özellikle, kendi vatandaşlarıyla eşit muamele görmeleri* ve kazanılmış hakları ile beklenen hakların muhafazasına ilişkin sorunları düzenleyen özel bir sözleşme yapılması için çaba harcadıklarını göz önünde bulundurarak;

Âkit Taraflardan her birinin sosyal güvenlik mevzuatına göre *Âkit Tarafların vatandaşlarıyla*²⁵ *mültecilere ve vatansız kimselere eşit muamele yapılması* prensibini, korunan kimselerin Âkit Tarafların ülkeleri arasında yer değiştirmiş olmalarına rağmen, sosyal güvenlik mevzuatı ile sağlanan yardımlardan yararlanma hakkını muhafaza edeceklerine dair olan prensibi ve yalnız Avrupa Sosyal Şartının bazı hükümlerini değil, Milletlerarası Çalışma Örgütüncü düzenlenen bir çok sözleşmelerin temelini teşkil eden prensipleri de teyit ederek;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmaya varmışlardır.” denilerek yabancı ile vatandaş arasında sosyal güvenlik hakkı bakımından tam bir eşitliği sağlanması gereği üzerinde durulmuştur.

Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 2’nci maddesinin 1 ve 2’inci fıkralarında; Sözleşmenin, hastalık ve analık, malullük, yaşlılık, ölüm, işsizlik, iş kazalarıyla meslek hastalıkları halinde yapılan yardımlar ve aile yardımları ile ölüm ödenekleri şeklinde primli ya da primsiz tüm sosyal güvenlik rejimleri hakkında uygulanacağı kabul edilmiş, ancak maddenin 4’üncü fıkrasında; sosyal ve tıbbi yardım ile savaştan ve sonuçlarından zarar görenlere yapılan yardımlara ilişkin rejimler, devlet memurları ile devlet memuru gibi işlem görenlerin tabi buldukları özel rejimler hakkında uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

Sözleşmenin 10 ve 11’inci maddelerinde sosyal güvenlik hakkı bakımından yabancı ile vatandaşın aynı haklara sahip olduğu dolaylı bir şekilde ifade edilse de, 14’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında; “Bir Âkit Taraf ülkesinde çalışan işçiler, diğer bir Akit taraf ülkesinde ikamet etmiş olsalar veya bunları çalıştıran müessesenin iş merkezi veyahut işverenin ikametgâhı diğer bir Âkit Taraf ülkesinde bulursa

²⁴ Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin tam metni için bkz. 21.2.1977 tarih ve 15857 sayılı Resmi Gazete.

²⁵ Sözleşme metninde hatalı olarak “vatandaşlarıyla” ibaresine yer verilmektedir.

dahi, ülkesinde çalıştıkları Âkit taraf mevzuatına tabi olurlar.” hükmüne yer vererek sosyal güvenlikte ülkesellik ilkesine, bir başka deyişle, bir ülkede çalışan yabancı veya yerli tüm çalışanların eşit haklara sahip oldukları ifade edilmiştir.

cc- Milletlerarası Nakliyat İllerinde Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliğine Mütedair Avrupa Sözleşmesinde

Bu sözleşme, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün organizasyonu ile yapılan bir konferans sonucu imzalanmıştır. Bu sözleşmenin yukarıdaki İLO sözleşmeleri kısmında incelenmesi yerine burada incelenmesinin temel nedeni, Sözleşmenin bölgesel bir nitelik taşımasıdır. Sözleşme, 3-9 Temmuz 1956 tarihleri arasında Cenevre’de toplanan Hükümetlerarası Konferansta kabul edilmiş ve 15.12.1960 tarih ve 165 sayılı Kanunla Türk hukukuna aktarılmıştır.

Sözleşmenin 3’üncü maddesinin 1’inci fıkrası, 4’üncü maddesinin 1 ve 2’nci fıkraları ve 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde; uluslararası taşıma (nakliyat) işlerinde çalışan işçilerin âkit taraf ülkesinde bulunması koşuluyla yerli-yabancı ayrımı yapılmaksızın sosyal güvenlik hakkı açısından eşit muameleyle tabi tutulacağı açıkça ifade edilmiştir.

dd- Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ve Ek Protokolünde

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bu sözleşme, 11.12.1953 tarihinde Paris’te imzalanmıştır. Sosyal ve Tıbbi Yardım Avrupa Sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşmeye bir ek protokol eklenmiştir. Bu sözleşmenin onaylanması 25.3.1976 tarih ve 1973 sayılı Kanunla uygun bulunmuş Bakanlar Kurulunun 29.4.1976 tarih ve 7/11753 sayılı Kararıyla da onaylanmıştır.²⁶

Sözleşmenin giriş kısmında; bu sözleşmeyi imzalayan Avrupa Konseyi’ne üye hükümetlerin, Avrupa Konseyinin amacının üyeleri arasında, özellikle sosyal gelişmelerini kolaylaştırmak amacıyla daha sıkı bir işbirliğini gerçekleştirmek olduğunu, bu amaç uyarınca, sosyal ve tıbbi yardım mevzuatlarının birbirlerinin vatandaşlarına eşit olarak uygulanması ilkesinin kabul edildiği ifade edilmiştir.

Sözleşmenin 1’inci maddesinde; sözleşen taraflardan her birisinin, ülkesinin bu sözleşmenin uygulanacağı bölümlerinde kanuna uygun olarak bulunan ve yeterli geçim olanaklarından mahrum olan

²⁶ Sözleşmenin tam metni için bkz. 1.8.1976 tarih ve 15664 sayılı Resmi Gazete.

diğer sözleşen tarafların vatandaşlarını, ülkesinin o bölümünde yürürlükte olan mevzuatın öngördüğü sosyal ve tıbbi yardımdan kendi vatandaşları ile eşit şekilde ve aynı koşullar altında yararlandırmayı taahhüt edecekleri ifade edilmiştir.

Sözleşmenin II. Bölümünün 6'ncı maddesinde ilginç bir hükme yer verilmiştir. Bu maddenin 1'inci fıkrasına göre âkit taraflar, ülkelerinde kanuna uygun olarak ikamet eden diğer âkit tarafların vatandaşlarını, sadece ilgilinin yardıma muhtaç bulunması nedeniyle vatanlarına iade edemezler.

Sözleşmeye Ek Protokolün 2'nci maddesinde ise, yardım sözleşmesinin 1. bölüm hükümleri ve bu arada yukarıya aktardığımız 1'inci madde hükmünün sözleşmeye taraf olan devletlerin vatandaşları için öngörülen şartlar çerçevesinde mültecilere de uygulanacağı ifade edilmiştir.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere sosyal ve tıbbi yardım bakımından yerli-yabancı ayırımına yer olmaksızın tam bir eşitlik esası benimsenmiştir.

ee- Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesinde

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bu sözleşme, 24.11.1977 tarihinde Strazburg'da imzalanmıştır. Sözleşmenin amacı, 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 düzenlenmesi ve göçmen işçilerin ve aile bireylerinin sosyal gelişme refahlarını kolaylaştırmaktır. Türkiye'nin yaklaşık 3.000.000'u Avrupa'da olmak üzere tahminen 3.700.000 vatandaşı²⁷ yurt dışında bulunmaktadır. Bu açıdan, söz konusu sözleşme Türkiye açısından büyük önem taşımaktadır. Bu sözleşmenin onaylanması 25.12.1979 tarih ve 2257 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunun 25.11.1980 tarih ve 8/2006 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.^{28 29}

²⁷ 31.12.2006 tarihi itibarıyla.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Yurtdışındaki Vatandaşlarımıza İlişkin Gelişmeler ve Sayısal Bilgiler 2005-2006 raporu'na bkz. (<http://www.csgb.gov.tr/images/articles/editor/2005-2006%20YILI%20Raporu.doc>, Erişim Tarihi, 5.8.2008).

²⁹ Sözleşmenin tam metni için bkz. 27.1.1981 tarih ve 17233 sayılı Resmi Gazete.

Sözleşmenin “sosyal güvenlik” başlıklı 18’inci maddesinin 1’inci fıkrasında; her akit tarafın, topraklarındaki göçmen işçilere ve aile bireylerine sosyal güvenlik alanında ulusal yasalar ve âkit taraflar arasında yapılmış veya yapılacak ikili ya da çok taraflı anlaşmalar uyarınca kendi yurttaşları ile eşit muamele yapmayı üstleneceği ifade edilmiştir.

Sözleşmenin “sosyal ve tıbbi yardım” başlıklı 19’uncu maddesinde; her âkit tarafın topraklarında hukuki olarak bulunan göçmen işçilere ve aile bireylerine, uluslararası anlaşmalar, özellikle 1953 yılında yapılmış Sosyal ve Tıbbi yardım Avrupa Sözleşmesi yükümlülükleri uyarınca kendi yurttaşlarına yapmakta olduğu esaslar üzerinden sosyal ve tıbbi yardım yapmayı üstleneceği ifade edilmiştir.

Sözleşmenin “iş kazaları ve meslek hastalıkları işçi sağlığı” başlıklı 20’nci maddesinde ise; iş kazaları ve hastalıklarının önlenmesi ve işçi sağlığı konusunda, göçmen işçilerin bir akit tarafın kanunları ve toplu sözleşmelerin uygulanmasında kendi özel durumları dikkate alınarak yerli işçilerle aynı hak ve korumaya sahip olacakları, kabul eden ülkede bir iş kazasında sakatlanan veya meslek hastalığına yakalanan göçmen işçinin o ülke yurttaşlarının yararlandığı ilkelerle eşit olarak mesleki rehabilitasyondan yararlanacağı ifade edilmiştir.

Sözleşme, görüldüğü üzere göçmen işçilerle yerli işçiler arasında tam bir eşitlik esasını benimsemiştir.

b- Avrupa Birliği Düzenlemelerinde

Bu kısımda, Avrupa Birliğinin temelini oluşturan Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Antlaşması ile Avrupa Birliğinin üçüncü ülkeleri ilgilendiren tüzüğünde sosyal güvenlik hakkı bakımından milliyet unsurunun nasıl düzenlediği ile Avrupa Birliği Adalet Divanının sosyal güvelikte milliyet unsurunu nasıl yorumladığı incelenecektir.

aa- Avrupa (Ekonomik) Topluluğu Antlaşmasında

Avrupa’nın bütünleşmesi açısından önemli bir kilometre taşı oluşturan Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, 25 Mart 1957 tarihinde Roma’da imzalanmıştır. Eş anlı olarak *Roma Antlaşması* ve kimi zaman da *Ortak Pazar Antlaşması* diye de anılan bu antlaşma ile Avrupa’nın önemli ülkeleri arasında bir taraftan gümrük birliği

gerçekleştirilmiş, diğer taraftan ise ekonomik bütünleşme sağlanmıştır.³⁰

Daha açık bir deyişle, AET ile üye ülkeler arasında, malların, sermayenin ve emeğin serbestçe dolaştığı bir ortak pazar ve gümrük birliği kurulması öngörülmüştür. 7 Şubat 1992 tarihinde Maastricht’de imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması ile AET’yi kuran Roma Antlaşmasında değişiklik yapılarak AET yerine geçmek üzere “Avrupa Topluluğu” (AT) kurulmuş ve “Avrupa Ekonomik Topluluğu”nu kuran Antlaşmanın adı da “Avrupa Topluluğu’nu Kuran Antlaşma” (ATA) şeklinde değiştirilmiştir.³¹

Ortak Pazar’a üye ülkelerin sosyal güvenlik sistemleri birbirinden farklı olduğu, ulusal nitelik taşıdığı için serbest dolaşım ilkesi açısından büyük engel teşkil etmektedir. İşte, Avrupa Topluluğu’nu Kuran Antlaşmanın 51’inci maddesi bu soruna çözüm getirmektedir. Söz konusu maddeye göre “Konsey, Komisyonun teklifi üzerine ittifakla sosyal güvenlik alanında işçilerin serbest dolaşımının temini amacıyla lüzumlu tedbirleri kararlaştırır, bu gaye ile Konsey, özellikle gezgin işçilere ve onların bakmakla yükümlü buldukları akrabalarına aşağıdakileri sağlayacak bir sistem geliştirir; a) yardımlara hak kazanılması, bunların muhafazası ve yardımların hesaplanmasına ilişkin çeşitli iç mevzuatlara göre dikkate alınması gereken tekmil sürelerin birlikte hesaplanması, b) üye devletlerin ülkelerinde oturan kişilere ödeneklerin ödenmesi”. Bu maddede, esas itibariyle ikili antlaşmalarda yer alan esaslar genel hatları ile tekrarlanmakta ve dolaşan işçilerin (yabancı ülkelerde geçen hizmetlerinin birleştirilmesi dahil) sosyal güvenlik haklarının korunması için ülkeler arasında işbirliği yapılması gereğine vurgu yapılmaktadır. Kişilere serbest dolaşım hakkını sağlayan 48’inci maddenin tamamlayıcısı niteliğindeki 51’inci madde, bundan sonra yapılacak antlaşmalara da temel teşkil edecektir. Bu maddelerdeki temel düşünce; serbest dolaşımdan yararlanan işçilere özgü bir sosyal güvenlik sistemi oluşturmak ve onların serbest dolaşımını kolaylaştırmaktır.³²

bb- 1408/71 Sayılı Tüzükte

Avrupa Topluluğu Konseyi tarafından kabul edilen bir dizi tüzük, Topluluğa dahil üye ülkelerin sosyal güvenlik sistemleri arasında ortak ilkelerin benimsenmesinde ve yakınlaşma sağlanmasında

³⁰ Bkz. Tekinalp, G. ve Ü. Tekinalp (2000), Avrupa Birliği Hukuku, s. 7.

³¹ Bkz. Tekinalp ve Tekinalp, a.g.e., s. 8.

³² Tuncay, (2000), s. 38.

önemli rol oynamıştır. Bunlar arasında; 1971 ve 1972 yıllarında kabul edilen 1408/71 sayılı Tüzük ile Bu Tüzüğün Uygulama Esaslarını Gösteren 574/72 sayılı Tüzük oldukça büyük önem taşımaktadır.³³

Avrupa Topluluğu Üyesi Ülkelerde Yer Değiştiren Ücretli ve Ücretsiz Çalışanlar ile Bunların Aile Bireyleri ve Hak Sahiplerinin Sosyal Güvenliğine İlişkin 14.6.1971 tarih ve 1408/71 sayılı AET Konsey Tüzüğü'nün³⁴ "eşit işlem" başlıklı 3'üncü maddesinde; üye devletlerden birisinin ülkesinde oturan ve kendilerine bu tüzük hükümleri uygulanan kişilerin, bu tüzükte mevcut olan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, her üye devlet mevzuatında öngörülen hak ve yükümlülüklerle o devletin vatandaşları ile aynı koşullar dahilinde tabi olacakları, bu hükmün sosyal güvenlik kurumları organlarının üyelerini seçme ve onların atanmalarına katılma hakkının kullanılmasında da uygulanacağı, ancak, üye devletlerin mevzuatlarında ilgililerin bu organlara seçilmeleri ve atanmaları konusunda yer alan hükümlere dokunulamayacağı, iki taraflı sosyal güvenlik sözleşmelerinden yararlanmanın, iki taraflı sözleşmelerde aksine hüküm yoksa, bu Tüzüğün uygulandığı bütün kimselere yaygınlaştırılacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Tüzüğün bu hükmüyle "uyrukluğa" (tabiiyete) dayalı ayrımcılık yasaklanmaktadır.

Tüzüğün 3'üncü maddesinde düzenlenen "işlem eşitliği ilkesi" 859/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü uyarınca sosyal güvenlik alanında 3. ülke vatandaşlarına da yaygınlaştırılmıştır.³⁵

Bundan öte, Tüzüğün 10'uncu maddesinde "ikamet" unsuru bakımından da sosyal güvenlik hakkı açısından ayrımcılık yapılamayacağı öngörülmektedir. Gerçekten de, bu maddenin 1'inci fıkrasında; bu tüzükte aksine hüküm bulunmadıkça, bir veya birden fazla üye devlet mevzuatına göre hak kazanılan malullük, yaşlılık veya ölüm yardımları, iş kazası veya meslek hastalığı gelirleri ve ölüm ödeneklerinin, yararlanıcının ödemeyi yapmakla yükümlü kurumun bulunduğu üye devlet ülkesi dışında bir üye devlet ülkesinde *oturması* nedeniyle indirilemeyeceği, değiştirilemeyeceği, durdurulamayacağı, kaldırılmayacağı ve geri alınamayacağı, bu hükmün ölüm aylığına veya gelirine hak kazanmış olan bir eşin yeniden evlenmesi halinde yapılan toptan ödemelere de uygulanacağı ifade edilmiştir.

³³ Bkz. Tuncay (2000), s. 38. Bununla birlikte, 21.3.1972 tarih ve 574/72 sayılı AET Konsey Uygulama Tüzüğü'nde "milliyet" unsuruna değinilmediği için söz konusu tüzükten sadece isim olarak bahsedilmekle yetinilecektir.

³⁴ Tüzüğün Türkçe tam metni için bkz. Ekdemir, H. Ş. (2005), Avrupa Birliği-Türkiye Sosyal Güvenlik Normları, s. 4-111.

³⁵ Bkz. Ekdemir, a.g.e., s. 253.

cc- Avrupa Adalet Divanının Yorumunda

1408/71 sayılı Tüzüğün 3'üncü maddesinde düzenlenen "işlem eşitliği" ilkesinin serbest dolaşım bağlamında nasıl uygulanacağı uygulamada çeşitli sorunlara yol açmıştır. Bu sorunların nasıl giderileceği konusunda Avrupa Adalet Divanının çeşitli içtihatları bulunmaktadır. Bu kısımda söz konusu içtihatların incelenmesi uygun olacaktır.

Avrupa Birliği sosyal güvenlik normları bakımından işlem eşitliği; serbest dolaşımdan yararlanma hakkını kullanan ücretli veya ücretsiz çalışanların mevzuatına tabi oldukları üye devletin sosyal güvenlik sistemlerinin uygulanmasında o devlette yaşamış ve çalışmış olan kimselerle aynı işlemden yararlanacakları anlamını taşır.³⁶

Avrupa Adalet Divanının bu bağlamda "Allue ve Coonan v. Venedik Üniversitesi" ile ilgili 30 Mayıs 1989 tarih ve 33/88 sayılı davada verdiği karar büyük önem taşımaktadır. Bu olayda, İtalyan mevzuatı, gerçekte çoğunluğu İtalyan vatandaşı olmayan asistan (yardımcı) öğretmenlerin sosyal güvenlik primlerini (gerekli miktarları ücretlerinden kesilmek üzere) bizzat kendilerinin ödemelerini öngörüyordu; buna karşın, normal ücretli bir istihdamda primlerin ücret dışında kalan büyük bir kısmı işveren tarafından ödeniyordu. Böylece, primlerin tamamını ödemekle yükümlü olan yabancı dil asistan öğretmenleri üniversitenin diğer asistan öğretmenlerinden daha düşük miktarda ücret alıyorlardı. Yabancı dil asistan öğretmenlerin başvurusu üzerine Divan şu sonuca ulaşmıştır:

1408/71 sayılı Tüzüğün 3'üncü maddesinde öngörülen işlem eşitliği ilkesi, bir üye devletin, genel olarak, diğer üye devletlerin işçilerini kapsayan sosyal güvenlik sisteminin o üye devletlerin vatandaşı olan bazı işçi gruplarına uygulanmaması hâlinde ihlal edilmiş olur.³⁷

Avrupa Adalet Divanı, "URSSAF Société A Responsabilité de Minoi" ile ilgili 21 Kasım 1991 tarih ve C-27/91 sayılı davada da önemli bir karar vermiştir. Bu davada Divan şu kararı vermiştir:

Her ne suretle olursa olsun uyrukluğa dayalı ayrımcılığın yasak edilmesi, sosyal güvenlik primlerini tahsil etmekle görevli bir kuruluşa, ulusal eğitim sistemine dahil olmayan bir stajyer işçi için ulusal sosyal giderlerin hesaplanmasında bu sisteme dahil bir işçiye uygulanan bir kesintiden daha az elverişli bir kesintinin uygulanması işlevini yükleyen düzenlemeye engeldir.

³⁶ Ekdemir, (2005), s. 250.

³⁷ Karar hakkında bkz. Ekdemir, (2005), s. 250.

Divan bu kararına gerekçe olarak şu görüşü ileri sürmüştür: *Anılan karar uyarınca primlerin ödenmesi koşullarıyla ilgili olarak, işlem eşitliği nedeniyle bir göçmen işçi bütün mesleki yaşamı boyunca aynı sosyal güvenlik sistemine tabi olmuş işçilerle aynı düzeyde sosyal güvenlik haklarından yararlanma olanağına sahip kılınmıştır. Bu gösteriyor ki, bir üye devlette kazanılmakta olan haklar ilgilinin başka bir üye devlet ülkesine gitmesi hâlinde onun yardımından yararlanma haklarının belirlenmesi sırasında bu sonuncu devletçe nazara alınacaktır. Bir kimse ücretli veya ücretsiz bir faaliyet icra etmek üzere serbest dolaşım hakkına sahiptir. Aynı kimse bir üye devletin mevzuatı uyarınca sosyal güvenlik konusunda kazanmakta olduğu haklardan vazgeçmeye zorlanamaz; çünkü, böyle bir durumda o kimse Topluluğu kuran Antlaşma ile tanınan serbest dolaşım haklarından mahrum bırakılacaktır.*³⁸

Stanton/Insati v. Belçika davasında da 7.7.1988 tarih ve 143/87 sayılı Kararıyla Divan, aynı görüşü benimsemiştir. Divan; ATA'nın 48 ve 52'nci maddelerinin, bir üye devlet ülkesinde mesleki faaliyet icra eden ücretsiz çalışanların ulusal mevzuata göre sosyal güvenlik primlerini ödemekten bağımsız tutulmalarının sebep olarak böyle bir bağımsızlıktan yararlanma hakkı veren istihdamın diğer bir üye devlet ülkesinde uygulandığı ileri sürülerek reddedilemeyeceği anlamında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.³⁹

Yine "BACHMANN v. Belçika" ile ilgili 28 Ocak 1992 tarih, C-204/90 sayılı, "Komisyon/Belçika..." ile ilgili aynı tarih, C-300/90 sayılı davalarda Divan, şu kararı almıştır:

*Bir gerçek veya tüzel kişinin bir ek aylık için veya gelir vergisinin hesaplanması sırasında bir yaşam sigortası için yatırılan primlerde uygulanan ulusal indirimden (bu ödemeler başka bir üye devlette yapılırsa idi ne miktar indirim uygulanacak idiyse o ölçüde yapılması suretiyle) yararlanma hakkı reddolunamaz.*⁴⁰

Divan, "KENNY v. Insurance Officier" ile ilgili 28 Haziran 1978 tarih ve 1/178 sayılı davada da önemli bir karar vermiştir. Son olarak incelenecek olan bu karara yol açan olayda, Britanya sosyal güvenlik mercileri İrlanda'daki bir tutukluluk süresinin Birleşik Krallıktaki bir tutukluluk süresine eşdeğer olduğunu düşünmüşler ve talep sahiplerinin hapiste iken hastalıkları sırasında hastalık para yardımlarından yararlanma hakkına sahip olmadıklarını beyan etmişlerdir. Divan;

³⁸ Karar hakkında bkz. Ekdemir, (2005), s. 251.

³⁹ Karar hakkında bkz. Ekdemir, (2005), s. 251.

⁴⁰ Karar hakkında bkz. Ekdemir, (2005), s. 251.

anılan mercilerin bu şekilde hareket etme haklarının bulunduğunu, ancak böyle bir harekette bulunmaya mecbur olmadıklarını bildirmiştir. Bu davaya ilişkin olarak Divan kararı şöyledir:

Antlaşmanın 6 ve 48. maddeleri ve 1408/71 sayılı Tüzüğün 3/1. maddesi, üye devletlerin kurumlarının öyle hareket etmeye mecbur olmamalarına karşın ulusal ülkede meydana gelmesi halinde para yardımlarından yararlanma hakkının düşmesine veya askıya alınmasına sebep teşkil eden bir olaya diğer bir üye devlet ülkesinde meydana gelen müteakbil bir olayın eşdeğer tutulmasına engel değildir; bu husustaki karar, milliyet ayrımı yapılmaksızın ve anılan olayın gerçekte diğer üye devletlerin vatandaşları hakkında bir ayrımcılığa yer verecek şekilde belirlenmemiş olması koşulu ile ulusal mercilere aittir.⁴¹

Sosyal güvenlikte milliyet unsuru bakımından Birleşmiş Milletler (BM) ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) hazırladığı uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemeler ile Avrupa Konseyinin konuyla ilgili sözleşmeleri ve Avrupa Birliğinin düzenlemeleri ve yorumlarından açıkça anlaşılacağı üzere sosyal güvenlik hakkı bakımından oldukça ayrıksı durumlar bir kenara bırakılacak olursa yabancı ile vatandaş arasında tam bir "eşitlik" esası benimsenmektedir. Bu durum, aşağıda konuyla ilgili Türk pozitif düzenlemelerini değerlendirmede temel bir mihenk taşı oluşturacaktır.

II- SOSYAL GÜVENLİK HAKKI BAKIMINDAN MİLLİYET UNSURUYLA İLGİLİ OLARAK TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA YER ALAN HÜKÜMLER

Sosyal güvenlikte milliyet unsuru bakımından Türk pozitif hukukunda yer alan düzenlemeler incelenirken, sosyal güvenliğin unsurlarıyla uyumlu olarak Türk pozitif hukuku üçe ayrılacaktır. Bunlar, daha açık bir deyişle, sosyal sigortalarla, sosyal yardımlarla ve sosyal hizmetlerle ilgili Türk pozitif hukuku şeklinde ayrımlanacaktır.

1- SOSYAL SİGORTALARLA İLGİLİ MEVZUAT

Sosyal sigortalarla ilgili temel kanun 31.5.2006 tarih ve 5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu"dur. Sosyal sigorta alanında oldukça köklü ve yeni hükümler öngören bu kanunla 8.6.1949 tarih ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, 17.7.1964 tarih ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu,

⁴¹Karar hakkında bkz. Ekdemir, (2005), s. 253.

2.9.1971 tarih ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu ve 17.10.1983 tarih ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu önemli ölçüde kaldırılmış, 17.10.1983 tarih ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Kanunu ile 24.5.1983 tarih ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun bütünüyle ilga edilmiştir. Bu açıklamalardan sonra yabancıların sosyal güvenlik hakkının Türk sosyal sigorta mevzuatında nasıl düzenlendiğini incelemek gerekir.

a- Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun “sigortalı sayılmayanlar” başlıklı 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (e) bendinde; “yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye’ye bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tâbi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar”ın, (I) bendinde ise, “kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ve temsilciliğin bulunduğu ülkede sürekli ikamet izni veya bu devletin vatandaşlığını da haiz bulunan Türk uyruklu sözleşmeli personelden, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda sigortalı olduğunu belgeleyenler ile kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı hallerde, işverenleri tarafından bulunulan ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanlar”ın sigortalı sayılmayacakları hükme bağlanmıştır.

Bununla birlikte, Genel sağlık sigortası bakımından sigortalı sayılanlar ile sayılmayanları düzenleyen 5510 sayılı Kanunun 60’ncı maddesinde; ikâmetgahı Türkiye’de olan kişilerden vatansızlar ve sığınmacılar⁴² ile *mütekabiliyet* esası da dikkate alınmak şartıyla, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişilerin⁴³ genel sağlık sigortalısı sayılacakları ifade edilmiştir.

b- İşsizlik Sigortası Kanununda

25.8.1999 tarih ve 4447 sayılı “İşsizlik Sigortası Kanunu”nun “işsizlik sigortasının amaç ve kapsamı ile yetkili, görevli ve sorumlu

⁴² 5510, m. 60/1-c.

⁴³ 5510, m. 60/1-d.

kişiler” başlıklı 46’ncı maddesinin 2’nci fıkrasında, işsizlik sigortasının sadece müteakabiliyet (karşılıklılık) esasına dayalı olarak yapılan anlaşmalara göre çalışan yabancı işçileri kapsayacağı ifade edilmiştir. Bu maddenin 3’üncü fıkrasında ise, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda sigortalı sayılmayanların İşsizlik Sigortası Kanununun kapsamına dahil olmadığı ifade edilmektedir.

c- Yükseköğretim Personel Kanunu ve İlgili İkincil Mevzuatta

11.10.1983 tarih ve 2914 sayılı “Yükseköğretim Personel Kanunu”nun “yabancı öğretim elemanlarına ödenecek ücretler” başlıklı 16’ncı maddesinde; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 34’üncü maddesine göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak yabancı uyruklu öğretim elemanlarına ödenecek ücretin Bakanlar Kurulunca belirlenecek esaslara dahilinde Yükseköğretim Kurulunca tespit edileceği hükme bağlanmıştır.

Kanundaki bu hükme dayanılarak, 14.10.1983 tarih ve 83/7148 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile “Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanı Çalıştırılması Esaslarına İlişkin Karar”⁴⁴ yürürlüğe konulmuştur. Bu kararın “sosyal güvenlik hakkı” başlıklı değişik⁴⁵ 12’nci maddesinde şöyle bir hüküm yer almıştır: “Sözleşmeli statüde çalışan yabancı uyruklu öğretim elemanlarının sosyal güvenlikleri Sosyal Güvenlik Sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁴⁶ uyarınca tüm sigorta kollarına prim ödenerek sağlanır.”

d- Serbest Bölgeler Kanunu ve İlgili İkincil Mevzuatta

6.6.1985 tarih ve 3218 sayılı “Serbest Bölgeler Kanunu”nun 10’uncu maddesinde; serbest bölgelerde faaliyet gösterecek işyerlerinde yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı personelin çalıştırılabileceği ve buna ait esasların yönetmelikte düzenleneceği, ayrıca, serbest bölgelerde Türkiye Cumhuriyeti sosyal güvenlik mevzuatı hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu kanunun uygulanmasını sağlamak üzere “Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği”⁴⁷ çıkartılmıştır. Bu yönetmeliğin “sosyal

⁴⁴ Bkz. 31.10.1983 tarih ve 18207 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁵ Bkz. 25.12.2006 tarih ve 2006/11518 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı. Bu karar için bkz. 10.1.2007 tarih ve 26399 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁶ Metinde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunundan bahsedilmektedir ancak bu kanunun neredeyse tüm maddeleri, 5510 sayılı Kanunla kaldırılmıştır.

⁴⁷ Bkz. 10.3.1993 tarih ve 21520 sayılı Resmi Gazete.

güvenlik ve sosyal yardım esasları” başlıklı 21’inci maddesinde; serbest bölgede faaliyette bulunan kullanıcılar ile bunların yanlarında bir iş akdine göre çalışan işçiler hakkında yabancı uyruklular da dahil olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti sosyal güvenlik mevzuatı hükümlerinin uygulanacağı, ancak, Türkiye ile diğer ülkeler arasında sosyal güvenlik konusunda yapılan sözleşmeler varsa, bu sözleşme hükümlerinin de uygulanacağı, sosyal güvenlik kurumlarına, yükümlülere, sigorta primlerinin döviz veya Türk Lirası olarak ödenebileceği, hak sahiplerine tediyelerin ise sosyal güvenlik kurumları tarafından Türk Lirası olarak yapılacağı ifade edilmiştir.

2- SOSYAL YARDIMLARLA İLGİLİ MEVZUAT

a- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununda

29.5.1986 tarih ve 3294 sayılı “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu”nun “amaç” başlıklı 1’inci maddesinde, Kanunun amacının; fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye’ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler alarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek olduğu ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, Kanunun kapsamı, Kanunun amacına uyarsız bir biçimde kaleme alınmıştır. Gerçekten de Kanunun “kapsam” başlıklı 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasında; fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayan ve bu kuruluşlardan aylık ve gelir almayan *vatandaşlar* ile geçici olarak küçük bir yardım veya eğitim ve öğretim imkanı sağlanması hâlinde topluma faydalı hale getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişilerin Kanunun kapsamı içerisinde olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Kanunun kapsamında vatandaşlık unsuruna vurgu yapılmıştır.

b- 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanunda

1.7.1976 tarih ve 2022 sayılı “65 yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun” isminden de anlaşılacağı üzere yalnızca Türk vatandaşlarını kapsamına almaktadır. Bu kanun ile 65 yaşını doldurmuş muhtaç,

güçsüz ve kimsesizler ile 65 yaş altındaki özörlöölere aylık bağlanmasının usul ve esasları düzenlenmektedir.

Kanunun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, 65 yaşını bitirmiş kişilere aylık bağlanabilmesi için gerekli olan koşullara temas edilmiştir. Gerçekten de, bu maddede; 65 yaşını doldurmuş, kendisine kanunen bakmakla mükellef kimsesi olmayan, sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlanmayan, nafaka bağlanmamış veya bağlanması mümkün olmayan, mahkeme kararıyla veya doğrudan doğruya kanunla bağlanmış herhangi bir devamlı gelire sahip bulunmayan ve muhtaçlığını İl veya İlçe İdare Heyetlerinden alacakları belgelerle kanıtlayan *Türk vatandaşlarına* belirli bir tutarda aylık bağlanacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Kanundan yararlanmak için "Türk vatandaşı olma" koşulu somut bir şekilde aranmaktadır.

Bu kanuna, 1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Kanunla eklenen Ek 1'inci maddede ise 65 yaşını bitirmemiş özörlöölere hangi koşullarda ve ne miktarda aylık bağlanacağı konusu düzenlenmektedir. Gerçi bu maddede, 65 yaşını bitirmemiş özörlöölere aylık bağlanması için her ne kadar Türk vatandaşlığı koşulunun bulunması gerektiği ifade edilmese de kanımızca 65 yaşını doldurmamış özörlöölü yabancılara aylık bağlanması olanaklı değildir. Çünkü, bu kanun, isminden de anlaşılacağı üzere yalnızca Türk vatandaşlarını kapsamına almaktadır.

c- Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanunda

18.6.1992 tarih ve 3816 sayılı "Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun"un gerek amaç gerekse kapsam maddesinde "Türk vatandaşları" ibaresine yer verilmektedir. Gerçekten de, Kanunun "amaç" başlıklı 1'inci maddesinde, Kanunun amacının; hiç bir sosyal güvenlik kurumunun güvencesi altında olmayan ve sağlık hizmetleri giderlerini karşılayacak durumda bulunmayan *Türk vatandaşlarının* bu giderlerinin Devlet tarafından karşılanması ve bunun usul ve esaslarının belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir. Kanunun "kapsam" başlıklı 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında ise, Kanundan yararlanabilmek için aranan koşullar; hiç bir sosyal güvenlik kurumunun güvencesi altında bulunmamak, aylık geliri veya aile içindeki gelir payı asgari ücretin vergi ve sosyal sigorta primi dışındaki miktarının 1/3'ünden az olmak, Türkiye'de ikamet etmek ve

Türk vatandaşı olmak şeklinde saptanmıştır. Görüldüğü üzere 3816 sayılı Kanundan yararlanabilmek için “Türk vatandaşı olma” koşulunu yerine getirmek yetmemekte, bunun yanında, Türkiye’de ikamet etmek de gerekmektedir.

d- Vakıflar Kanunu ve İlgili İkincil Mevzuatta

Vakıflar Genel Müdürlüğünün “sosyal yardım konusunda” önemli görevleri bulunmaktadır. Gerçekten de, 20.2.2008 tarih ve 5737 sayılı “Vakıflar Kanunu”nun 36’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde; Vakıflar Genel Müdürlüğünün mazbut vakıfların vakfiyelerinde veya vakfiye yerine geçen hüccet, berat, ferman gibi belgelerinde yazılı hayri, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetleri yerine getireceği ifade edilmiştir.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, sosyal hizmet konusundaki görevlerini temel olarak ana hizmet birimlerinden birisi olan Hayır Hizmetleri Daire Başkanlığı eliyle yürütmektedir. Gerçekten de, 5737 sayılı Kanunun Hayır Hizmetleri Daire Başkanlığının görevlerini düzenleyen 52’nci maddesinde bu husus somut bir şekilde gösterilmiştir. Hayır Hizmetleri Daire Başkanlığı; bu maddenin 1’inci fıkrasının (a) bendinde; vakfiyelerde yer alan hayır şart ve hizmetleri yerine getirmek, (c) bendinde; vakfiyelerde yazılı hayır şart ve hizmetleri yerine getirmek üzere her seviyeden eğitim-öğretim tesisleri, öğrenci yurtları, sağlık ve sosyal yardım kurumları, aşevleri gibi tesisler açmak, yönetimini sağlamak, öğrencilere eğitim yardımı yapmak, ihtiyaç sahibi insanlara sosyal yardımlarda bulunmak, muhtaç ve engellilere aylık bağlamak, (d) bendinde; sosyal yardım hizmeti veren kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak, (e) bendinde ise uluslararası kuruluşlarla işbirliği yaparak sosyal politikalar ve sosyal yardım projeleri üretme ve yürütmek görevleriyle donatılmıştır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü; vakfiyelerde yer alan hayır şartlarının yerine getirilmesi amacıyla muhtaç durumda bulunanlara, âma ve özürülere aylık bağlamak, imaret açmak ve faydalandırmak ile sosyal yardım yapma konularını düzenlemek üzere Muhtaç Aylığı ve Vakıf İmaret Yönetmeliği⁴⁸ çıkartmıştır. Bu yönetmeliğin “aylık bağlanacak veya imareten faydalanacaklar” başlıklı 5’inci maddesinde aylık bağlanması ve imareten faydalanabilmesi için bulunması zorunlu olan şartlar belirtilmiştir. Bu şartlar arasında isabetli bir biçimde “Türk vatandaşı olma” koşulu bulunmamaktadır.

⁴⁸ Bkz. 28.12.1989 tarih ve 20386 sayılı Resmi Gazete.

e- Yabancı Memleketlerde Türk Asıllı ve Yabancı Uyruklu Öğretmenlere Sosyal Yardım Yapılması Hakkında Kanun

16.12.1960 tarih ve 168 sayılı “Yabancı Memleketlerde Türk Asıllı ve Yabancı Uyruklu Öğretmenlere Sosyal Yardım Yapılması Hakkında Kanun”un 1’inci maddesinin 1’inci fıkrasında; yabancı memleketlerde Türk kültürüne hizmet eden Türk asıllı ve yabancı uyruklu öğretmen veya din görevlilerine; görevlerinden ayrılışları halinde kendilerine, vefatları halinde ise dul ve yetimlerine bu kanun hükümlerine göre *sosyal yardım* yapılacağı belirtilmiştir. Bu maddenin 2’nci fıkrasında ise sosyal yardımdan yararlanabilmek için bulunması gereken koşullar sıralanmıştır.

Kanun, isminden de anlaşılacağı üzere sosyal yardımın yapılmasında yabancı aleyhine herhangi bir ayrımcılık öngörmemektedir. Hatta tam tersine sosyal yardımdan faydalanabilmek için “Türk asıllı ve yabancı uyruklu öğretmen veya din görevlisi” olma koşulunu aradığından yabancı lehine isabetli bir şekilde pozitif bir ayrımcılık öngörmüştür.

f- Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yükseköğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanun ve İlgili İkincil Mevzuatta

15.6.1989 tarih ve 3580 sayılı “Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yükseköğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanun”un gerek “amaç” gerekse “kapsam” maddesinde Kanundan yararlanabilmek için “Türk vatandaşı olmak” koşulu aranmamaktadır. Gerçekten de, Kanunun “amaç” başlıklı 1’inci maddesinde, Kanunun amacı; öğretmenlik mesleğini ve eğitim uzmanlığını çekici hâle getirerek eğitimin kalitesini yükseltmek; öğretmen ve eğitim uzmanı yetiştiren yükseköğretim kurumlarına talebi artırmak için Milli Eğitim Bakanlığı adına mecburi hizmet karşılığı parasız yatılı veya burslu öğrenci okutma ve bunlarla ilgili usul ve esasları düzenlemek olduğu ifade edilmiş, Kanunun “kapsam” başlıklı 2’nci maddesinde ise Kanunun; öğretmen ve eğitim uzmanı yetiştiren yükseköğretim kurumlarının öğretmen ve eğitim uzmanı yetiştiren programlarında, Milli Eğitim Bakanlığı adına mecburi hizmet karşılığı ön lisans, lisans ve lisansüstü öğrenim yapmaya hak kazanmış olan öğrencileri kapsayacağı belirtilmiştir.

3580 sayılı Kanunda, Kanundan yararlanabilmek için Türk vatandaşı olmak koşulu aranmamasına rağmen, bu kanunun

uygulanmasını göstermek için çıkartılan Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yüksek Öğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Yönetmelikte⁴⁹ söz konusu koşul aranmıştır. Gerçekten de, Yönetmeliğin “parasız yatılı veya burslu okutulacak öğrencilerde aranacak şartlar” başlıklı 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak” parasız yatılı veya burslu okutulacak öğrencilerde aranacak koşullardan birisi olarak yer almıştır. Kanunda aranmayan bir koşulun yönetmelikle öngörülmesinin, yönetmeliği kanuna, dolayısıyla, hukuka aykırı bir hâle getireceği açıktır.

g- İlköğretim ve Ortaöğretimde Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanun

Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumlarında öğrencilerin parasız yatılı veya burslu okumaları ve bunlara yapılacak sosyal yardımlar, 17.6.1982 tarih ve 2684 sayılı “İlköğretim ve Ortaöğretimde Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanun”da düzenlenmiştir. Kanunun “parasız yatılı ve burslu okuyacak öğrencilerin tespiti” başlıklı 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında; Milli Eğitim Bakanlığının, ilk ve ortaöğretim kurumlarında, kalkınma planlarında öngörülen hedefler doğrultusunda parasız yatılı ve burslu öğrenci okutacağı, parasız yatılı ve burslu okumak için maddi olanaklardan yoksun ve başarılı olmanın esas olduğu, ancak sınavsız olarak parasız yatılı öğrenciliğe kabul edilenler ile 6792 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanuna göre yetiştirme yurtlarından gelen veya aynı Kanun gereğince haklarında tedbir kararı verilmiş olan öğrencilerden, parasız yatılı veya burslu okumak isteyenlerin ailelerinin maddi durumunun dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Kanun, ilk ve ortaöğretim kurumlarında, parasız yatılı ve burslu öğrenci olarak okuyabilme bağlamında “Türk vatandaşı olma” koşulunu aramamaktadır. Bundan da öte, Kanunun, “sınavsız olarak parasız yatılı alınacak öğrenciler” başlıklı 5’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, Milli Eğitim Bakanlığınca belirlenecek esaslar ve kontenjan dahilinde, Başbakanlığın izni alınarak yabancı uyruklu öğrencilere de parasız yatılılık hakkı tanınabileceği ifade edilmektedir. Bu hükümden yabancı uyruklu öğrencilere bursluluk hakkının tanınamayacağı anlamı çıkmaktadır.

2684 sayılı Kanun yabancılara parasız yatılılık hakkının tanınabileceğini açıkça belirtmesine karşın ilgili yönetmelik bu yolu da

⁴⁹ Bkz. 3.1.1990 tarih ve 20391 sayılı Resmi Gazete.

kapatmıştır. Daha açık bir deyişle, bu kanunun uygulanmasını sağlamak için Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı İlköğretim ve Ortaöğretim Kurumlarında Burs, Parasız Yatılılık ve Sosyal Yardımlar Yönetmeliği adlı bir yönetmelik çıkartılmıştır.⁵⁰ Bu yönetmeliğin “başvuru şartları” başlıklı 5’inci maddesinde, ilköğretim kurumlarında burslu, ortaöğretim kurumlarında ise parasız yatılı veya burslu okumak üzere sınava girmek için aranan koşullar sıralanmıştır. Maddenin 1’inci fıkrasının (a) bendinde, söz konusu sınava girmek için aranan koşullardan birisi “Türkiye Cumhuriyeti veya Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı olmak” şeklinde saptanmıştır. Yönetmeliğin bu hükmünün özellikle parasız yatılılık bakımından 2684 sayılı Kanuna, dolayısıyla, hukuka aykırı olduğu açıktır.

h- Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğünde

Kızılay’ın kuruluş ve görevleri, 6.4.1993 tarih ve 93/4397 sayılı Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü ile düzenlenmiştir.⁵¹ Bu tüzüğün “hukuki statü” başlıklı 2’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında Kızılay’ın temel ilkelerinden birisi olarak ayırım gözetmemek ilkesine yer verilmiş ve bu ilke şu şekilde tanımlanmıştır: “(Kızılay) Hiçbir milliyet, ırk, din, cinsiyet, sosyal şart veya siyasal veya siyasal inanç farkı gözetmez. İnsanlara yalnız ıstırapları ölçüsünde yardıma koşmaya ve öncelikle en ivedi ihtiyaçları karşılamaya çalışır.”

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere Kızılay’ın hizmetleri yerli-yabancı ayırımına göre farklılaşmamaktadır.

3. SOSYAL HİZMETLERLE İLGİLİ MEVZUAT

a- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda

Türk pozitif hukukunda sosyal hizmetlerle ilgili temel mevzuat, 24.5.1983 tarih ve 2828 sayılı “Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu”dur. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunun yürüttüğü sosyal hizmetler bakımından yerli-yabancı ayırımı öngörülmemiştir. Daha somut bir deyişle, Kanunun “amaç” başlıklı 1’inci maddesinde Kanunun amacı; korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiş, “genel esaslar” başlıklı 4’üncü

⁵⁰ Bkz. 8.12.1983 tarih ve 18245 sayılı Resmi Gazete.

⁵¹ Bkz. 22.5.1993 tarih ve 21588 sayılı Resmi Gazete.

maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendinde ise; sosyal hizmetlerin yürütülmesi ve sunulmasında sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilemeyeceği, hizmet talebinin hizmet arzından fazla olması halinde önceliklerin, muhtaç olma derecesi ve başvuru veya tespit sırası esas alınarak belirleneceği ifade edilmiştir.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere sosyal hizmetler bakımından haklı olarak vatandaş lehine bir farklılık öngörülmemiştir.

b- Yükseköğretim Kanunu ve İlgili İkincil Mevzuatta

Türkiye'de sosyal hizmetlerle ilgili diğer bir mevzuatı, "Yükseköğretim Kanunu" ve ilgili ikincil mevzuat oluşturmaktadır. 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun "cari hizmet maliyeti" başlıklı 46'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında; Devlet ve öğrenci tarafından yapılacak cari hizmet ödemelerinin miktar ve bölgelere göre oranları ile yabancı uyruklu öğrencilerden alınacak ücretlerin miktarı ve uygulamaya ilişkin esas ve usullerin her yıl Bakanlar Kurulunca en geç Temmuz ayı içerisinde belirleneceği ifade edilmiştir.

Kanunda her ne kadar en geç temmuz ayı içerisinde belirleneceği belirtilse de katkı payları ile ilgili Bakanlar Kurulu kararları, genellikle, eylül ayı içerisinde çıkartılmaktadır. Çıkartılan bu kararlarda, ilgili öğretim yılında yükseköğretim kurumlarında cari hizmet maliyetlerine öğrenci katkısı olarak yerli ve yabancı öğrencilerden alınacak katkı payları gösterilmektedir. Örneğin, Bakanlar Kurulunun 12.9.2008 tarih ve 2008/14110 sayılı kararıyla 2008-2009 Eğitim-Öğretim Yılında Yükseköğretim Kurumlarında Cari Hizmet Maliyetlerine Öğrenci Katkısı Olarak Alınacak Katkı Payları ile İkinci Öğretim Ücretlerinin Tespitine Dair Karar'ın⁵² "yabancı uyruklu öğrencilerden alınacak katkı payı" başlıklı 9'uncu maddesinde; normal öğretim ücreti olarak yabancı uyruklu öğrencilerden, müteakabiliyet esasına bağlı olarak üniversiteler arasında yapılacak işbirliği protokol hükümleri saklı kalmak kaydıyla, *öğrenci katkı payının üç katı ödeme günündeki kur üzerinden döviz olarak defaten alınacağı*, ancak, yabancı uyruklu statüsündeki Türk asıllı öğrencilerden alınacak katkı payı miktarlarının Yükseköğretim Kurumlarınca belirleneceği, Türkiye'deki üniversitelerde öğrenim gören yabancı uyruklu öğrencilerden müteakabiliyet esas çerçevesinde öğrenci katkı payının alınmayacağı, müteakabiliyet esasına dahil olmayan yabancı uyruklu öğrencilerden normal öğrenim süresi içerisinde başarısız olanlara aynen Türk öğrencilerinde olduğu gibi zamlı öğrenci katkısı alınacağı, bu yabancıların yapacağı zamlı ödeme-

⁵² Bkz. 18.9.2009 tarih ve 27001 sayılı Resmi Gazete

lerin, döviz olarak o günkü kur üzerinden defaten alınacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere öğrencilerden alınacak katkı payı bakımından yabancı öğrenci aleyhine hükme yer verilmiştir.

Sosyal hizmetlerle ilgili diğer bir mevzuatı, Yükseköğretim Kanunu ve ilgili ikincil mevzuatın oluşturduğu tezimize itiraz yöneltilecek yükseköğretim konusunun sosyal hizmet sayılamayacağı ileri sürülebilir. Kanımızca tezimize karşı ileri sürülebilecek bu itirazda bir haklılık payı bulunmamaktadır. Gerçekten de, Türkiye’de yükseköğrenim öğrencilerine Devletin yaptığı masraf, tam anlamıyla bir sosyal hizmet niteliği taşımaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, sosyal hizmet; insanların sağlık ve iyilik halinin geliştirilmesine, kendilerine daha yeterli hale gelmelerine ve başkalarına bağımlı olmalarının önlenmesine, aile bağlarının güçlendirilmesine, bireylerin, ailelerin, grupların veya toplulukların sosyal işlevlerini başarıyla yerine getirmelerine ve refahlarının bir ölçüde de olsa artırılmasına yardımcı olmak amacıyla, sosyal hizmet elemanları ve diğer meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen etkinlik ve programlar bütünüdür. Devlet, yükseköğretim hizmeti vererek; bireylerin sosyal işlevlerini başarıyla yerine getirmelerine ve refahlarının bir ölçüde de olsa artırılmasına yardımcı olmaya çalışmakta ve bu hizmet diğer meslek mensupları tarafından (üniversite öğretim elemanları) yürütülmektedir. Bu çerçevede, yükseköğretim hizmeti, sosyal hizmet tanımına tam olarak uyarlıdır. Gerçi, yükseköğrenim öğrencilerinin ödedikleri katkı payının yükseköğretimin sosyal hizmet olma kimliğine zarar verdiği düşünülebilir. Ancak unutulmamak gerekir ki, yükseköğretim öğrencilerinin ödedikleri katkı payı Devletin yaptığı masrafa göre oldukça düşük kalmaktadır. Yukarıda belirtilen 2008/14110 sayılı Bakanlar Kurulunun Öğrenci Cari Hizmet Maliyetleri’ni gösteren (I) sayılı Cetvele göre örneğin, Tıp Fakültesinin ortalama öğrenci maliyeti 14.393 TL, Mühendislik Fakültesinin 2.831 TL, Hukuk Fakültesinin ise 2.139 TL’dir. Bu fakültelere öğrenci katkısı, sırasıyla, 547, 358 ve 293 TL’dir. Dolayısıyla ilgili eğitim-öğrenim yılında yapılan cari hizmet maliyetinin ezici çoğunluktaki miktarını devlet sırtlandığına göre öğrencilerin ödediği oldukça cüzi katkı payı yükseköğretimin sosyal hizmet sayılmasına hiç bir engel oluşturmaz.

III- SOSYAL GÜVENLİKLE İLGİLİ TÜRK POZİTİF HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu kısımda, sosyal güvenlikte milliyet unsuruyla ilgili olarak yukarıda hükümleri incelenen Türk pozitif hukuku normlarının bir değerlendirmesi yapılacaktır. Bu değerlendirme yapılırken Türk pozitif

hukuk normları sosyal sigortalar, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetler olarak üçe ayrılacak ve her birisinin ayrı ayrı değerlendirilmesi yapılacaktır.

Bu değerlendirme yapılmadan önce üç hususun açıkça belirtilmesi uygun olacaktır. İlk husus, sosyal güvenlikte milliyet unsuruyla ilgili yukarıda incelenen uluslararası ve bölgesel düzenlemelerden anlaşılacağı üzere sosyal güvenlik hakkında yararlanma bakımından yukarıda da belirtildiği üzere ayrıksı durumlar dışında yerli ile yabancı arasında tam bir eşitlik esası benimsenmiştir. Daha açık bir deyişle, uluslararası ve bölgesel sözleşmelerde yabancılık prensip olarak sosyal güvenlik hakkında yararlanmaya engel olan bir husus olarak kabul edilmemiştir. Kısacası, devletler özel hukukunda sosyal güvenlik kuralları açısından *ülkesellik kuralı* (ülkede ikamet etme) geçerlidir.⁵³

Bahsedilmesi gereken ikinci husus; yukarıda incelenen uluslararası ve bölgesel sözleşme hükümlerinden anlaşılacağı üzere sosyal güvenlik alanında, yine, uluslararası hukuk alanında geçerli bir ilke olan "karşılıklılık" (mütekabiliyet) esasından vazgeçilmiş olmasıdır. Bu saptama, en azından ülkede yaşayan yabancıların o ülkenin sosyal güvenlik sisteminden faydalanması bağlamında doğru bulunmaktadır.⁵⁴

Değiniilmesi gereken son husus; Avrupa Birliği normlarına göre sosyal güvenlikten yararlanma hakkı bakımından *uyrukluk* şöyle dursun *ikamet* unsuru bakımından da ayrımcılık yapılmasının yasaklanmasıdır. Bu çerçevede, örneğin, malullük aylığına hak kazanmış bir Alman vatandaşının Almanya'da oturması ile diğer bir Birlik üyesi olan İtalya'da oturması arasında söz konusu aylıktan yararlanma bakımından herhangi bir ayrımcılık yapılması yasaktır. Kısacası, kazanılmış sosyal güvenlik ödeneklerinin verilmesi bakımından hangi Birlik üyesi ülkede oturulursa oturulsun bir ayrımcılık yapılamamakta, Birlik üyesi tüm devletler tek bir devlet gibi düşünülmektedir.

Bu genel açıklamalardan sonra sosyal güvenlikle ilgili Türk pozitif hukuk normlarının değerlendirmesinin yapılması uygun olacaktır.

1- SOSYAL SİGORTALARLA İLGİLİ NORMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun yukarıda incelenen 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (e)

⁵³ Karşılaştırma ve fazla bilgi için bkz. Göger, (1976), s. 86 vd.

⁵⁴ Krş., Arıcı, a.g.e., s. 11.

bendi, Türkiye’de çalışan yabancıların sosyal güvenlik hakkına isabetsiz gereksiz ve sözleşmelere aykırı ayrık bir durum öngördüğünden kaldırılması uygun olacaktır. Yine, bu kanunun 60’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (d) bendinde yabancı ülke vatandaşları için aranan “mütekabiliyet” koşulunun aşağıda ayrıntılı olarak durulacak nedenlerle kaldırılması gerekir.

Diğer yandan, 5510 sayılı Kanunun yukarıda incelenen 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (l) bendi de isabetsiz ve gereksiz bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Bir kere, bu bentte dış temsilciliğin (büyükelçilik veya konsolosluk) bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı hallerde işverenleri tarafından bulunulan ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanların sigortalı sayılmayacakları ifade edilmektedir ki bu hüküm bütünüyle hatalıdır. Gerçekten de, yukarıda incelenen Diplomatik İlişkiler Viyana Sözleşmesi ile Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nde de açıkça ifade edildiği üzere diplomatik misyonlarda çalışanlar kabul eden devletin sosyal güvenlik rejiminden ayırık tutulmuştur. Dolayısıyla diplomatik misyonlarda çalışan hiç kimse söz konusu bentte ifade edilen aksine kabul eden devlette sigorta yaptırmaya zorunlu kılınmaz. Kısacası, büyükelçilik ve konsolosluk gibi diplomatik misyonlarda çalışanlar sosyal güvenlik rejimi açısından tam bir serbestiye sahiptir. Ayrıca, bu bentte ifade edilen “Türk uyruklu sözleşmeli personel” ibaresi de sosyal güvenlik hakkı bakımından gereksiz ve isabetsiz ayrımcılık öngördüğünü ifade etmek gerekir.

Esasen, 5510 sayılı Kanunun 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (l) bendinin düzenleme tarzı, Diplomatik İlişkiler Viyana Sözleşmesi ile Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin düzenleme tarzına da ters düşmektedir. Gerçekten de, söz konusu sözleşmelerde diplomatik misyonlarda çalışanların kabul eden devletin sosyal güvenlik rejiminden bağışık olduğu ifade edildiğine göre 5510 sayılı Kanunda Türkiye’nin dış temsilcilerinde çalışan kimselerin hangi koşullar altında Türk sosyal güvenlik rejimine tabi olacağı hususunun düzenlenmesi gerekirdi. Halbuki söz konusu (l) bendinde, dış temsilciliklerde çalışan kişilerin hangi koşullar altında Türk sosyal güvenlik rejiminden bağışık oldukları hususu düzenlenmektedir.

Türkiye’nin dış temsilciliklerinde çalışanların Türk sosyal güvenlik rejimine tabi tutulması uluslararası ve bölgesel sözleşmelerde benimsenen ilkeler yanında sosyal güvenlik ilkelerine de uygundur. Gerçekten de, günümüzde sosyal güvenlik alanında her ne kadar ülkesellik ilkesi geçerli olsa da diplomatik misyonlarda çalışma gibi

kimi durumlarda çalışanın ulusal sosyal güvenlik hukukunun o çalışanı yabancı ülkede izlemesi gerekir. Bu duruma *kişisellik kuralının yabancı ülkeye yayılması* denir.⁵⁵

5510 sayılı Kanunun 60'ncı maddesinde öngörülen "mütekabiliyet" koşulu hakkında ise az sonra 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ilgili maddesi bakımından yapılan açıklama geçerli olacaktır.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 46'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, işsizlik sigortasının sadece mütekabiliyet (karşılıklılık) esasına dayalı olarak yapılan anlaşmalara göre çalışan yabancı işçileri kapsayacağını ifade eden hüküm de hatalıdır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere sosyal güvenlikle ilgili sözleşmelerde mütekabiliyet unsuru kaldırılmış ve "ülkesellik" ilkesi benimsenmiştir. Buna göre bir ülkede bulunan ister yabancı isterse yerli tüm çalışanların sosyal güvenlik hakkından yararlanacağı esası benimsenmiştir. Dolayısıyla söz konusu 2'nci fıkrada ifade edilen "mütekabiliyet" koşulunun kaldırılması uygun olacaktır.

14.10.1983 tarih ve 83/7148 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 12'nci maddesinde; sözleşmeli statüde çalışan yabancı uyruklu öğretim elemanlarının sosyal güvenliklerinin tüm sigorta kollarına prim ödenerek sağlanacağını belirten hüküm vahim bir hata oluşturmaktadır. Bu hüküm çerçevesinde, üniversitedeki görevine başladığı gün merdivenden düşen ve felç olan bir öğretim elemanına iş kazası nedeniyle primlerin ödenmemesi yüzünden 5510 sayılı Kanunun 16'ncı maddesinde sağlanan haklar verilemeyecektir ki bu durumun büyük bir isabetsizlik oluşturduğu ortadadır. Halbuki bu iş kazasına bir Türk öğretim görevlisi uğrasaydı görevlinin primi ödensin veya ödenmesin 5510 sayılı Kanunun 16'ncı maddesinde öngörülen haklar kendisine verilecekti. Esasen 5510 sayılı Kanunun 16'ncı maddesi iş kazası nedeniyle hak kazanılması için sigortalının primin ödemesi koşulunu da öngörmemektedir. Dolayısıyla 83/7148 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 12'nci maddesindeki hüküm değiştirilerek; yabancı uyruklu öğretim elemanlarının sosyal güvenliklerinin, Türk öğretim elemanlarının sosyal güvenlikleriyle aynı hükümlere tabi olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Bu kısımda son olarak inceleyeceğimiz Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliğinin 21'inci maddesi hükmüne gelince; sosyal güvenlikte

⁵⁵ Krş. Tuncay, (2000), s. 181.

milliyet unsurunu bu hüküm isabetli bir şekilde düzenlemiştir. Ancak söz konusu maddede yükümlülere, sigorta primlerinin sosyal güvenlik kurumlarına döviz olarak ödenebileceğini bildiren hükmün Türk hukuk sistemi açısından isabetsiz olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de, 22.4.1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 83'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında; konusu para olan borcun ülke parasıyla ödeneceği, son fıkrasında ise, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklının bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyeceği belirtildiği halde, Yönetmeliğin 21'inci maddesindeki "döviz olarak" ödenmesi hükmü bu esastan haksız yere sapmaktadır.

2- SOSYAL YARDIMLARLA İLGİLİ NORMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununun yukarıda incelenen "amaç" başlıklı 1'inci maddesi isabetli bir şekilde sosyal yardımlarda ülkesellik ilkesini kabul etmesine rağmen "kapsam" başlıklı 2'nci maddesinin 1'inci fıkrası isabetsiz bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu fıkradaki "vatandaşlar" ibaresinin çıkartılması yukarıda incelenen sözleşmelerin bir gereği olduğunu belirtmek uygun olacaktır.

Yine, sosyal güvenlikle ilgili sözleşme hükümlerine uyum sağlayabilmek için yukarıda ilgili hükümleri incelenen 2022 sayılı kanunun isminden başlayarak "uyruklukla" ilgili tüm ibareleri çıkartılmalı ve söz konusu kanunda Türkiye'de ikamet eden 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesizler ile 65 yaş altındaki özürhükümlerinin tümüne aylık bağlanmasının usul ve esaslarının düzenlenmesi gerekir.

18.6.1992 tarih ve 3816 sayılı Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanunun gerek amaç gerekse kapsam maddesinde "Türk vatandaşları" ibaresine yer verilmektedir. Bu ibareyi de sözleşme hükümleriyle bağdaştırmak olanaksız olduğundan onların 3816 sayılı Kanundan atılması yerinde olacaktır.

3580 sayılı Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yükseköğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanuna gelince, bu kanun, Kanundan yararlanabilme karşılığında mecburi hizmeti öngördüğü için "Türk vatandaşı olmak" koşulunu arasa bile

herhangi bir hata yapmış olmazdı. Çünkü Türkiye’de öğretmenlik “memuriyet” olarak görülmekte ve sosyal güvenlikle ilgili sözleşmeler “memuriyeti” kapsam dışında bırakılmaktadır. Bununla birlikte, 3580 sayılı Kanunla ilgili yönetmelik hukuka aykırı düşmektedir. Çünkü, 3580 sayılı Kanunda, Kanundan yararlanabilmek için Türk vatandaşı olmak koşulu aranmamasına rağmen, bu kanunun uygulanmasını göstermek için çıkartılan Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yüksek Öğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Yönetmelikte söz konusu koşul aranmıştır. Kanunda aranmayan bir koşulun yönetmelikle öngörülmesinin, yönetmeliği yukarıda da belirtildiği üzere kanuna, dolayısıyla, hukuka aykırı bir hâle getireceği açıktır.

Yukarıda ilgili hükümleri incelenen 2684 sayılı Kanuna gelince; bu kanun yabancı uyruklu öğrencilere sadece parasız yatılılık hakkının tanınabileceğini ifade etmektedir. Yabancı uyruklu öğrencilere bursluluk hakkının tanınmaması son derece isabetsizdir. Çünkü bursluluk veya parasız yatılılık karşılığında kamu görevi olarak bir mecburi hizmet öngörülmediğine göre Türkiye’de oturan yabancılara bursluluk hakkının tanınmaması sosyal güvenlikle ilgili antlaşma hükümlerine aykırı bir durum oluşturur. Diğer yandan, 2684 sayılı Kanunun yabancılara parasız yatılılık hakkının tanınabileceğini açıkça belirtmesine karşın ilgili yönetmeliğin bu yolu kapatması vahim bir hata oluşturmuştur. Yönetmeliğin parasız yatılılık yolunu kapsatması da yukarıda belirtildiği gibi 2684 sayılı Kanuna, dolayısıyla, hukuka aykırı bir durum oluşturur.

Bu kısmı kapatmadan önce önemli bir hususa temas etmek yerinde olacaktır. Sosyal yardımlarla ilgili Türk pozitif hukukundan yabancı aleyhine hüküm taşıyan kurallar çıkartılsa bile sorun bütünüyle çözülmüş olmaz. Çünkü, Türkiye’de sosyal yardımlar kanımızca bir “hayır” veya “sadaka” olarak değerlendirilmektedir. Halbuki, sosyal yardımlar, yukarıda da belirtildiği üzere artık tarihin eski dönemlerinde olduğu gibi bir yardımseverlik veya hayır konusu olarak değil, devletin bir görevi ve bireyin bir hakkı olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, Avrupa Sosyal Şartı Bağımsız Uzmanlar Komitesi de, sosyal yardımların yasalarca düzenlenmiş gerçek bir hak olması gerektiğini ve bu hakkın bağımsız yargı organları önünde dava hakkı vermesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, sosyal yardımların Türkiye’de yargı yoluyla elde edilmemesi vahim ve çağcıl gelişmelere aykırı bir durum oluşturmaktadır.

Diğer yandan, sosyal yardımların hak olarak kabul edilmesi antlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülük olarak da gözükmektedir. Gerçekten de, örneğin, Türkiye tarafından kabul edilen ve yukarıda incelenen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 13'üncü maddesinde sosyal yardımlar bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye Türkiye tarafından bir çekince konulmadığına göre, sosyal yardımların hak olarak kabul edilmesi Türkiye açısından bir gereklilik hâlini almıştır.

3- SOSYAL HİZMETLERLE İLGİLİ NORMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda ayrıntılı bir gerekçeyle belirtildiği üzere Türkiye'de yükseköğrenim öğrencilerine Devletin yaptığı masraf, tam anlamıyla bir sosyal hizmet niteliği taşımaktadır. Türkiye'de yükseköğretim sosyal hizmet niteliği taşıdığı için üniversitelerde okuyan Türk uyruklu öğrenciler ile yabancı öğrenciler arasında eğitim-öğretim katkı payı bakımından bir ayrımcılık yapılamaz. Sosyal güvenlikle ilgili uluslararası ve bölgesel sözleşmelerde ülkesellik ilkesi kabul edildiğine ve sosyal hizmetler de sosyal güvenliğin bir dalını oluşturduğuna göre yabancı öğrencilerden alınacak katkı payı yabancıya aleyhine farklılaştırılmaz. Bu yüzden, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46'ncı maddesinin 2'nci fıkrası değiştirilerek; mütekabiliyet şartı aranmaksızın yabancı öğrenci tarafından yapılacak cari hizmet ödemelerinin Türk uyruklu öğrencilerden farklı bir şekilde saptanamayacağı esasının kabul edilmesi uygun olacaktır. Böyle bir değişikliğin yapılması durumunda da her yıl Bakanlar Kurulunca çıkartılan; cari hizmet maliyeti olarak yükseköğretim kurumlarına ödenmesi gereken miktarları gösteren kararnamelerde yabancı öğrenci aleyhine farklı ödeme miktarının konulamayacağı açıktır.

SONUÇ

Bu çalışmada görüldüğü üzere diplomatik misyonla ilgili uluslararası sözleşmeler hariç diğer tüm uluslararası ve bölgesel sözleşmelerde sosyal güvenlik bakımından "ülkesellik" ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır. Sosyal güvenlikle ülkesellik ilkesini kabul edilen antlaşmaların tümü, Türkiye tarafından onaylanmasına rağmen sosyal sigortalar, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetlerle ilgili Türk pozitif hukuk normlarının "yabancı" aleyhine hükümler öngörmesi anlaşılabilir bir husus değildir. Esasen sosyal güvenlikle ilgili Türk pozitif hukuk normlarında "yabancı" aleyhine hükümlerin üç nedenden dolayı kaldırılması gerekir.

Bunlardan birincisi, çeşitli defalar belirtildiği üzere uluslararası ve bölgesel sözleşme hükümlerinin gereğini yerine getirebilmektir. Bir sözleşmenin gereğini yerine getirebilmek için o sözleşmenin yalnızca onaylanması yeterli değildir. Sözleşmenin gereğini yerine getirebilmek açısından, sözleşmenin benimsediği usul ve esasların iç hukuka aktarılması gerekir. Bu yüzden sosyal güvenlikle ilgili uluslararası ve bölgesel sözleşme hükümlerinin gereğini yerine getirebilmek açısından yabancı aleyhine hükümler öngören mutlak surette Türk pozitif hukukundan atılması gerekir. Öte yandan, Türkiye, sosyal güvenlikle oldukça ileri hükümler öngören uluslararası ve bölgesel sözleşmelere örneğin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına gereksiz yere çekince koymuştur. Bu çekince yüzünden söz konusu şartın neredeyse özünün kaybedilmesi riski doğmuştur. Sözleşme hükümlerinin gereğini yerine getirmek açısından sosyal güvenlikle ilgili tüm sözleşmelere çekince konulmasından vazgeçilmesi uygun olacaktır. Böylelikle sosyal güvenlikle ilgili sözleşmelerin gereği daha etkin bir şekilde yerine getirilecek ve Türk sosyal güvenlik sistemi hızla gelişecektir.

İkinci olarak, Anayasanın “sosyal güvenlik hakkı” başlıklı 60’ıncı maddesinin 1’inci fıkrasında; herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Anayasanın bu fıkrasında “herkes” ibaresi kullanıldığına göre Türkiye’de bulunan veya oturan bir kimsenin yerli veya yabancı ayrımı gözetilmeksizin sosyal güvenlik hakkına sahip olması gerekir. Daha açık bir deyişle, sosyal güvenlik hakkı, yalnız vatandaşlara tanınmış bir hak olmaktan çıkmış ve vatandaş olsun veya olmasın “herkes”in hakkı hâline gelmiştir. Sosyal güvenlik hakkı bakımından yabancı aleyhine hükümler öngören normların Anayasanın bu fıkrasına aykırı olduğu açıktır.

Üçüncü olarak; sosyal güvenlik hakkı bakımından yabancı aleyhine hükümler öngören kurallar, Avrupa Birliği (AB) normlarına da aykırı düşmektedir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere sosyal güvenlikle işlem eşitliği AB’nin temel bir hukuk normudur. Günümüzde, Türkiye’nin AB karşısındaki konumu katılım süreci ülkesi “accession country” konumudur. Katılım süreci konumunda bulunan bir ülkenin AB normlarına uyum sağlaması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkilerin temelini oluşturan Katma Protokolün⁵⁶ 37’nci maddesinde; her üye devletin, toplulukta çalışan Türk uyruklu işçilere, çalışma şartları ve ücret bakımından toplulukta çalışan diğer devletlerin vatandaşı işçilere nazaran vatandaşlıktan dolayı herhangi bir farklı işleme yer veremeyeceği

⁵⁶ Katma Protokol için bkz. 31.3.1972 tarih ve 14292 sayılı Resmi Gazete.

esasının kabul edilmesi bu zorunluluğu daha da şiddetlendirmektedir. Bu açıdan sosyal güvenlikte yabancı aleyhine hükümler öngören Türk pozitif hukuk normları bir an önce mevzuattan atılmalıdır. Aksi takdirde, Türkiye ile AB arasındaki ilişkilerde bu bakımdan da bir krizin çıkması şaşırtıcı olmayacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Altuğ, Yılmaz. (1971), **Yabancıların Hukuki Durumu**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, İÜHFY No.: 361, Menteş Matbaası, İstanbul.
- Arıcı, Kadir. (1997), **Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara.
- Berki, Osman Fazıl. (1955). Türkiye’de Yabancılar Hukuku, **AÜHFD**, Yıl 1955, Cilt 12, Sayı 1-2.
- Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu**. (2007), DPT Yayınları, Ankara.
- Ekdemir, Hasan Şadi. **Avrupa Birliği-Türkiye Sosyal Güvenlik Normları**, (2005), Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) Yayın No: 257, Ankara.
- Göger, Erdoğan. **Yabancılar Hukuku**, (1976), AÜHFY No. 383, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Kapani, Münici. **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, (1996), Yenilenmiş Üçüncü Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara.
- Karayalçın, Yaşar. **Risk-Sigorta-Risk Yönetimi**, (1984), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın Nu.156, Olgaç Matbaası, Ankara.
- Talas, Cahit. **Sosyal Ekonomi İkinci Kitap**, (1976), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenerek Genişletilmiş Dördüncü Bası, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Tekinalp Gülören ve Ünal Tekinalp. **Avrupa Birliği Hukuku**, (2000), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- Tuncay, Can. **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, (2000), Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.