

YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASI VE TÜRK VATANDAŞLIĞI KOŞULU

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR*

YGHK'nun 23.11.2005 t., E.2005/10-492, K.2005/646 Sayılı
Kararına İlişkin Bir İnceleme¹

İlgili Kanun / Madde
3201 S.YuDHBK/1,3

T.C
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas No: 2005/10-492
Karar No: 2005/646
Tarihi: 23.11.2005

- YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASI YAPILABİLMEŐİ İÇİN YURT DIŞI ÇALIŞMALARININ TC. VATANDAŞI İKEN YAPILMIŞ OLMASININ GEREKMEŐİ
- GÖÇMEN OLARAK YURT DIŐINDAN GELENLERİN HİZMET BORÇLANMASINDAN YARARLANAMAYACAĞI

ÖZET: 3201 sayılı Kanun bir borçlanma yasası olup, 1. maddede yapılan açık tanıma göre, ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörölmüŐtür. Anılan kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için. çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyrukluk ilişkisini aranmakta olup, “Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak” yeterli bulunmamaktadır.

Anayasa ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve ruhuna bakılmaksızın sadece borçlanma talebi sırasında Türk vatandaşı olmanın yeterli kabul

* *Marmara Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

¹ Bu Karar Çalışma ve Toplum, 2006/2, Sayı:9, S. 111-115’de yayınlanmıŐtır.

edilmesi isabetsiz olup, 3201 sayılı Kanun uyarınca tanınan borçlanma hakkından, yurtdışında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye'ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamazlar. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirilebilirler.

DAVA: Taraflar arasındaki “tespit” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul İ. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 11.11.2004 gün ve İ003/698 Esas, 2004/742 Karar sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 30.12.2004 gün ve 2004/13339-12780 sayılı ilamı ile;

(...Dava; Bulgaristan göçmeni olarak Türkiye'ye gelen, bilahâre Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk vatandaşlığına kabul edilen ve Kuruma başvuru tarihinde Türk vatandaşı olduğu çekişmesiz bulunan davacının, Bulgaristan'da gerçekleşen hizmetlerinin, çalışmanın yapıldığı tarihte Türk vatandaşı olma ve borçlanma için 2 yıllık süre koşulu aranmaksızın 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlandırılmasının mümkün bulunduğunun tespiti istemine ilişkindir. Borçlanılmak istenilen hizmetlerin tarih ve süreleri davacı tarafından ibraz edilen ve Bulgaristan yetkili makamlarınca düzenlenmiş çalışma belgesinin aslına uygunluğu noterlik ya da Mahkemece onanmış örneği eklenerek, şayet biliniyorsa davacının Bulgaristan Cumhuriyetindeki vatandaşlık ve sigorta numarası da yazılmak suretiyle, ibraz edilen belgede kayıtlı çalışmanın doğruluğu Bulgaristan Cumhuriyeti Ulusal Sigorta Enstitüsü"nden diplomatik yolla sorularak, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile çalışmalara ilişkin o/arak davacı tarafından ibraz edilen çalışma karnesi ve/veya Bulgaristan Cumhuriyeti Ulusal Sigorta Enstitüsü'nce düzenlenen “Tasdiknamemin Türkçe tercümesi ile yetinilerek yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

Kabule göre de; 3201 sayılı Kanununun 4958 sayılı Kanununun 56. maddesi ile değişik 3. maddesi uyarınca, davacının borçlanma isteminin; anılan Yasanın 4 ve 5 maddeleri çerçevesinde değerlendirilmek üzere kabulü gerektiğinin tespitine, karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde Bulgaristan'da geçen çalışmaların 3201 sayılı Yasa gereği borçlandırılmaya esas hizmetlerden sayılması ve bu çalışmaların davacının sigortalılığına eklenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

Gereğince bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

A-Davacının isteminin özeti: Dava, göç nedeniyle Türkiye'ye gelen davacının, Bulgar vatandaşı olarak Bulgaristan'da geçen hizmet süresinin, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında ki Kanun uyarınca borçlandırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesi istemine ilişkindir.

B-Davalının yanıtının özeti: 3201 sayılı Kanunun sadece Türk vatandaşı iken, yurtdışında geçen çalışmaların borçlanılmasına olanak tanıdığı, bu nedenle de davacının Bulgaristan vatandaşı olduğu dönemde geçen çalışmalarını borçlanamayacağı savunulmaktadır.

C-Maddi olay: 1989 yılında yaşanan zorunlu göç dolayısıyla Türkiye'ye gelen davacının, 1991 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına kabul edildiği, borçlanmak istediği (1979-1989 yılları arasındaki) sürede -Türk asıllı-Bulgaristan vatandaşı, borçlanma istem tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduğu, Bulgaristan'da geçen hizmetlerini 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanmak yönündeki başvurusunun; "3201 sayılı Kanunun 1. maddesine göre 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerinin borçlanma işleminin yapıldığı, davacının Bulgaristan vatandaşı olarak çalıştığı anlaşıldığından borçlanma işleminin yapılamayacağı" nedenle reddedilmesi üzerine eldeki bir davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

D-Yerel Mahkemenin kararının özeti: Davacının 1979-1989 tarihleri arasında yurt dışında (Bulgaristan'da) geçen çalışmalarının 3201 sayılı Yasa gereği borçlandırılmaya esas hizmetlerinden sayılması ve bu çalışmaların davacının sigortalılığına eklenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmiştir.

E-Temyiz evresi, bozma ve direnme: Davalı SSK vekilinin temyizi üzerine yerel mahkeme kararı Yüksek Özel Dairece, yukarıda başlıkta 'yazılı nedenlerle bozulmuştur. Yerel mahkemece, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çalışma belgelerinin doğruluğu konusunda olmayıp, çalışmaların geçtiği dönemde davacının Türk vatandaşı olmamasından kaynaklandığı, bozma kararının taraflar arasındaki ihtilaf konusunun dışında bulunmakla, isabetli olmadığı belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

F-ÖN SORUN VE DEĞERLENDİRMESİ: Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunu oluşturan (çalışmanın geçtiği dönemde Bulgaristan vatandaşı olma) olgusunun, bozma kapsamı dışında bırakılmış olması karşısında, bu yönün davacı yararına usuli kazanılmış hak teşkil edip etmeyeceği Hukuk Genel Kurulu'nca ön sorun olarak ele alınmış, yapılan değerlendirmeler sonucunda; yurtdışı hizmet borçlanmasının sosyal güvenliğe ilişkin olması,

dolayısıyla kamu düzeni ile ilgili bulunması karcısında, anılan yönün bozma kapsamı dışında bırakılmış olmasının usuli kazanılmış hak oluşturmayacağına, yapılan oylamada oyçokluğuyla karar verilerek, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

G-Gerekçe: Hizmet borçlanması, sosyal güvenlik hakkı elde edilmesinde istisnai bir yöntem olarak; primi ödenmediği için hizmet süresinden sayılmayan bazı sürelerin primlerinin borçlanılıp ödenmesi koşuluyla yaşlılık aylığına esas sigortalılık süresi ve prim gün sayısından sayılmasını sağlayan bir yapıyı ifade etmektedir.

Sosyal güvenliğin dinamik yapısı, amaç ve kapsamındaki genişleme eğilimi, sosyal risklerin artan etkisi dikkate alındığında, yasalarda yer alan ve sosyal güvenliğin çatısını oluşturan bu gibi kavramların sınırlarının belirlenmesinde her zamankinden daha fazla zorunluluk bulunmaktadır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık; 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkındaki Kanundan yararlanabilmek için, borçlanmak istenen çalışmaların geçtiği devrede Türk vatandaşı olma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, bir başka ifadeyle; 3201 sayılı Kanunla tanınan yurtdışı:hizmet borçlanması hakkından yararlanacak olanların saptanmasında, bir anlamda sınırının çizilmesi noktasında toplanmaktadır.

Borçlanma yasalarının istisnai düzenlemeler olduğu dikkate alındığında, iş ve sosyal güvenlik hukukuna hakim prensip olan; işçi ve sigortalı lehine yorum ilkesinden söz edilerek, yasalarda açıkça belirtilen tanımların dışına çıkılmasına imkan bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki, yurtdışı borçlanma hakkının süjesi belirlenirken yasanın amacından hareket etmek gerekir.

Anılan Kanununun 1. maddesinde “amaç ve kapsamı”; 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen çalışma ve diğer bir kısım sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirmek olarak ifade edilmiştir.

Anayasamızın 62. maddesi “Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır” hükmünü içermektedir.

Maddenin gerekçesinde; “Yabancı ülkelerde çalışmak üzere giden ve orada yaşayan Türklerin sayısının azımsanamayacak miktarda olduğu, bu Türklerin ülkeleriyle olan bağlarını sürdürmekte devlet katkısının zorunlu olduğu, devletin yabancı ülkelerdeki Türklerin aile birliğini ailelerin sorunlarının çözümüne yardımcı olmakla ödevlendirildiği, yabancı ülke güvenliklerinin anlaşmalarla temin edildiği, ancak bu alanda da yapılacak işlerin devlete bu konuda yön gösterdiği” belirtilmektedir.

Anılan madde uyarınca Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk - güvenliklerini sağlamak yönünden görevli kılındığı açıktır.

Anayasa'nın 62. maddesi ile verilen bu görevin ifası amacıyla getirilen düzenlemelerden birisi de, 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanundur.

3201 sayılı Kanun bir borçlanma yasası olup, 1. maddede yapılan açık tanıma göre, ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüştür. Anılan kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için, çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyruklu ilişkisini aranmakta olup, "Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak" yeterli bulunmamaktadır.

2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluşa veya İşyerlerinde Çalıştırılabileceklerine İlişkin Kanununun 1. maddesinde, Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlandığı, kapsam başlıklı 2. maddesinde ise; bu kanunun Türk soylu yabancıların Türkiye'de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalıştırılabilmelerine izin verilmesini, meslek kuruluş ve sosyal güvenlik Kurumları ile ilişkilerini, hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümleri kapsamaktadır. Anılan düzenleme ile Türk soylu yabancılar ile kurulan sosyal güvenlik ve çalışma ilişkisinin sınırları belirlenmiştir. Yasaya bakıldığında bu sınırın, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına tanınan ve yurtdışı hizmetlerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilmesini amaçlayan borçlanma hakkını içermediği, borçlanma kanunlarına da atıfta bulunmadığı açıktır.

Kaldı ki; bir başka ülke vatandaşı iken, o ülkede geçen çalışmaların, davacı yönünden yabana ülkede geçmiş hizmet olarak adlandırılmasına ve kabulüne imkan bulunmamaktadır.

Anayasa ve 3201 sayılı Kanununun amaç ve ruhuna bakılmaksızın sadece borçlanma talebi sırasında Türk vatandaşı olmanın yeterli kabul edilmesi isabetsiz olup, 3201 sayılı Kanun uyarınca tanınan borçlanma hakkından, yurtdışında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye'ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamazlar. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirebilirler.

Yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararın belirtilen nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, 23.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. KARARIN OLUŞUMU VE DAYANDIĞI GEREKÇELER

Tartışma bir tespit davası ile başlamıştır. İstanbul 1. İş Mahkemesi, açılan tespit davasını 11.11.2004 tarih 2003/698 E., 2004/742 Kararı ile kabul etmiş, kararın Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yarg. 10. HD., 30.12.2004 tarih 13339/12780 sayılı kararı ile, mahkemenin kararını bozmuştur. Yarg. 10. HD.'ne göre dava: "...Bulgaristan göçmeni olarak Türkiye'ye gelen, bilahare Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk Vatandaşlığına kabul edilen ve Kuruma başvuru tarihinde Türk Vatandaşı olduğu çekişmesiz bulunan davacının, Bulgaristan'da gerçekleşen hizmetlerinin çalışmanın yapıldığı tarihte Türk Vatandaşı olma ve borçlanma için 2 yıllık süre aranmaksızın 3201 sayılı kanun uyarınca borçlandırılmasının mümkün bulunduğu tespiti işlemine ilişkindir". 10. HD. davayı eksik inceleme nedeniyle bozmuştur. Daireye göre "... borçlanılmak istenilen hizmetlerin tarih ve süreleri davacı tarafından ibraz edilen ve Bulgaristan yetkili makamlarınca düzenlenmiş çalışma belgesinin aslına uygunluğu noterlik ya da Mahkemece onanmış örneği eklenerek, şayet biliniyorsa davacının Bulgaristan Cumhuriyetindeki vatandaşlık ve sigorta numarası da yazılmak suretiyle, ibraz edilen belgede kayıtlı çalışmanın doğruluğu "Bulgaristan Cumhuriyeti Ulusal Sigorta Enstitüsü"nden diplomatik yolla sorularak, hasıl olacak sonuca göre karar" verilmeliydi. Davacı tarafından ibraz edilen "çalışma karnesi ve/veya Bulgaristan Cumhuriyeti Ulusal Sigorta enstitüsünce düzenlenen Tasdiknamenin Türkçe tercümesi ile yetinilmesi uygun görülmemiştir. İlk mahkemenin direnmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gelmiştir. YHGK ise aşağıda ana hatlarını aktaracağım gerekçelerle, borçlanmayı kabul eden direnme kararını bozmuş, yurt dışı hizmet borçlanması için başvuru anındaki Türk Vatandaşlığını yeterli bulan Yargıtay 10. HD.'nin yerleşmiş görüşünden ayrılarak, çalışma sırasında da Türk Vatandaşlığının aranması gerektiğine karar vermiştir.

YHGK önce, yurtdışı hizmet borçlanmasının sosyal güvenlikle ilişkisini vurgulamış, bunu ön sorun olarak ele almış, kamu düzeni ile bağlantısı nedeniyle kanunun, bozma kapsamı dışında bırakılmış olmasının "usuli kazanılmış hak oluşturmadığını" usulen belirledikten sonra, işin esasına yani Türk Vatandaşlığının "hangi anda aranacağı" konusuna geçmiştir.

YHGK, başvuru anındaki Türk Vatandaşlığının yeterli olmadığını, ayrıca yurtdışındaki çalışmaları sırasında da, Türk vatandaşı olmanın gerektiğini, aşağıdaki gerekçelerle ileri sürmektedir:

- Hizmet borçlanması sosyal güvenlik hakkı elde edilmesinde istisnai bir yöntemdir. Prim ödenmediği için hizmet süresinden sayılmayan bazı sürelerin, borçlanılıp ödenmesiyle, yaşlılık aylığına esas sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının artırılmasını sağlar.

- Sosyal güvenliğin dinamik yapısı, kapsamındaki genişleme eğilimi, sosyal risklerin artan etkisi dikkate alınınca, sosyal güvenliğin çatısını oluşturan bu gibi “kavramların” (kurumların), sınırlarının belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

- Özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk da işte bu sınırın çizilmesinde yatmaktadır. Yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanabilmek için², yurtdışındaki çalışmalar sırasında da Türk vatandaşlığı aranacak mıdır? Yoksa başvuru sırasındaki Türk Vatandaşlığı yeterli sayılacak mıdır? Bu konudaki sınır daraltılacak mıdır, genişletilecek midir?

- Borçlanma yasalarının istisnai karakteri dikkate alınırca, iş ve sosyal güvenlik hukukundaki temel prensiplerden, “işçi ve sigortalı yarına yorum” ilkesi öne sürülerek, yasalardaki açık tanımların dışına çıkılamaz. Bu nedenle borçlanma hakkının süjesi (sınırları) belirlenirken yasanın amacından hareket edilmelidir. Bu amaç yasanın 1. maddesinde, “18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen çalışma ve diğer bir kısım sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirmek” olarak yer almıştır.

- Anayasanın 62. maddesi “devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır” demektedir. Maddenin gerekçesinde “yabancı ülkelerde çalışmak üzere giden ve orada yaşayan Türklerin sayısının azımsanmayacak miktarda olduğu, bu Türklerin ülkeleriyle olan bağlarını sürdürmekte devlet katkısının zorunlu olduğu, devletin yabancı ülkelerdeki Türklerin aile birliğini ailelerin sorunlarının çözümüne yardımcı olmakla ödevlendirildiği, yabancı ülkedeki güvenliklerinin anlaşmalarla temin edildiği, ancak bu alanda da yapılacak işlerin devlete bu konuda yön gösterdiği” belirtilmektedir. Madde ve gerekçesine göre, devletin yabancı ülkede Türklerin güvenliklerini sağlama yönünde görevli kılındığı açıktır. İşte devletin bu görevini yerine getirmek amacıyla başvurduğu düzenlemelerden biri de 3201 sayılı Kanundur.

- “3201 sayılı Kanun bir borçlanma yasası olup 1. maddede yapılan açık tanıma göre ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen

² 3201 s. K., RG. 22.5.1985, 18761.

çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüştür... yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyrukluk ilişkisi aranmakta olup, “Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak yeterli bulunmamaktadır.

- 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun’un³ 1. maddesine göre, Türkiye’de ikamet eden Türk soylu yabancılar meslek ve sanatlarını serbestçe yapabilir, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalışabilir. Kanununun 2. maddesinde ise Kanununun Türk soylu yabancıların Türkiye’de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalışmalarına izin verilmesi, mesleki kuruluş ve sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilerinin, hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesine ilişkin hükümlere yer vermesi öngörülmüştür. Yani sosyal güvenlik ve çalışma ilişkilerine dair sorunlar belirlenmiştir. Bu sorunlar Türk vatandaşlarına tanınan yurtdışı çalışmaların borçlanması hakkına yer vermemekte, ayrıca borçlanma kanunlarına da atıfta bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk soylu yabancılar yurtdışı hizmet borçlanması hakkında yararlanamaz.

- Bir başka ülke vatandaşı iken, o ülkede geçen çalışmalar, yabancı ülkede geçmiş hizmet olarak da adlandırılıp, kabul edilemez.

- Anayasa ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve ruhu dikkate alınmadan, borçlanma talep tarihindeki Türk Vatandaşlığını yeterli saymak isabetsizdir.

- 3201 sayılı Kanunla tanınan borçlanma hakkından yararlanabilmek için hem yurtdışındaki çalışma sırasında, hem de başvuru anında Türk Vatandaşı sıfatını taşımak gerekir.

- Göçmen olarak Türkiye’ye gelenler, yurtdışındaki çalışmalarını sırasında Türk Vatandaşı olmadıklarından, 3201 sayılı kanunda düzenlenen yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanamazlar.

- 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa göre⁴ Yetkili Makam Kararıyla Türk Vatandaşlığına alınma geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk Vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirebilirler. YHGK kararını ve gerekçelerini gördükten sonra şimdi sırayla Yurtdışı Hizmet Borçlanması Kurumu, sigortalılık süresine etkisi, tarihsel gelişim (mevzuat, yargı kararları, doktrin), benzer kurumlarla ilgisi sosyal güvenlik hakkının amacı, hukukun amacı, yasa koyucunun amacı açılarından ele alınacak, son olarak da bu bilgiler ışığında YHGK kararı değerlendirilecektir.

³ RG. 29.9.1981, 17473.

⁴ RG. 22.2.1964, 11638.

II. YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMASI KURUMU

1. Sigortalılık Süresi İle İlgisi

506 sayılı Kanununun 108. maddesi uzun dönemli sigorta dalları açısından (malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları) “sigortalılık süresi” kavramını tanımlamaktadır. Maddeye göre:

“Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının, yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı kanunlara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihtir.

Tahsis işlerinde nazara alınan sigortalılık süreleri, bu sürenin başlangıç tarihi ile, sigortalının tahsis yapılması için yazılı istekte bulunduğu tarih, tahsili için istekte bulunmuş olmayan sigortalılar için de ölüm tarihi arasında geçen süredir”⁵. Yapılacak sigorta yardımları için aranan koşullar (özellikle ve genellikle yaşlılık aylığı için aranan koşullar) bu iki nokta arasında gerçekleşmiş olmalıdır (sigortalılık başlangıç tarihi ile aylık talep tarihi). Ancak sosyal güvenlik hukukumuzdaki bazı kurumlar bu temel noktaları etkileyebilmekte, sigortalılık başlangıç tarihini geriye çekici rol oynayabilmektedir. Bu kurumlar, ihya-hizmet canlandırması, itibari hizmet süreleri, geçici hizmet borçlanmaları, askerlik borçlanması, yurtdışı hizmet borçlanmasıdır.⁶ Son olarak 4958 sayılı Kanunla⁷ grev ve lokavtta geçen sürelerin borçlanması da kabul edilmiştir.⁸

Bunlar arasında “Yurtdışı Hizmet Borçlanması” ayrı bir önemi vardır. Bugün yurtdışında 3,6 milyondan fazla vatandaşımız yaşamaktadır. 1960 yıllarında başlayan işçi göçü, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının sayısını da artırmakla kalmamış, ayrıca bunların ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilerle ilgili bazı sosyal güvenlik sorunlarını da birlikte getirmiştir.⁹

⁵ 19.4.2006 tarihli, 5489 (5510) sayılı yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu da 38. maddesinde benzer bir tanıma yer vermiş, doğal olarak 5417 ve 6900 sayılı kanunlar yanında, 506, 1479, 2925, 2926, 5434 sayılı Kanunlara ve 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine de yer verilmiştir.

⁶ *Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza*, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, 370; *Tuncay, Can/Ekmekeçi, Ömer*, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul 2005, 486 vd.

⁷ RG. 6.8.2003, 25191.

⁸ *Güzel/Okur*, 384; *Tuncay/Ekmekeçi*, 350; *Şakar*, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 8. Bası, İstanbul 2006, 333.

⁹ *Başterzi*, Süleyman, “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Yurda Kesin Dönüş Koşulu”, Aydın Özkul’a Armağan, 2002, 271; *Sözner*, Ali Nazım, “Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Türkiye’de Emeklilik İçin Borçlanmaları”, Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998, 629; *Akın*, Levent, “495 Sayılı Yasa ve Anayasa mahkemesi Kararlarının Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Etkileri”, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 952.

Anayasa da 62. maddesinde yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanmasına yönelik özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu hükme göre “Devlet yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır”.

Başlangıçta yurtdışında çalışanların sosyal güvenlikleri çalıştıkları ülke mevzuatına terkedilmişti. Bunlar, kısa dönemli sigorta dalları açısından (iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık, analık sigortaları) buldukları ülkelerdeki sosyal sigorta düzenlemelerinden yararlanıyor, ancak uzun dönemli sigorta dalları açısından (malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları) gerekli koşulları doldurmadan (prim ve sigortalılık süresi bakımından) Türkiye’ye dönmeleri halinde sorunlarla karşılaşıyorlardı. Ne geldikleri ülkedeki sistemden yararlanabiliyor, ne de yurtdışındaki çalışma sürelerini Türkiye’deki çalışma süreleri ile birleştirebiliyordu.¹⁰ Bu durum ise bunların sosyal güvenlik haklarını kazanabilmeleri için Türkiye’de çalışan sigortalılardan daha uzun süre çalışıp, prim ödemelerini gerektiriyordu.

Sorun önce ikili anlaşmalarla çözülmeye çalışılmış, bu anlaşmalarla Türkiye’deki çalışmalarla, yabancı ülkelerdeki çalışmaların birleştirilerek değerlendirilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir.¹¹ Ancak bazı ülkelerle henüz ikili sözleşmeler yapılmamış oluşu, bazı sözleşmelerin bu konudaki yetersizliği, sözleşmeye rağmen sözleşme kapsamına giremeyenlerin durumu (doktor, diş hekimi, öğretmen, mühendis...)¹², uzun yıllar yurtdışında çalışmalarına ve Türkiye’ye önemli miktarda döviz kazandırmalarına karşın, ülkeye döndüklerinde sosyal güvenlik açısından mağdur olan büyük bir vatandaş grubunun ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹³

Yabancı ülkelerde çalışan bu durumdaki Türk Vatandaşlarının durumunu düzeltmek ve bunların yurt dışındaki çalışmalarını değerlendirmek amacıyla bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır.

¹⁰ *Caniklioglu*, Nurşen/*Canbolat*, Talat, “Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Fahiman Tekil Anısına Armağan, İstanbul 2003, 867.

¹¹ *Başterzi*, 272, *Caniklioglu/Canbolat*, 867; *Akın*, 953, *Laçiner*, Hediye, “Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları”, Turhan Esener’e Armağan (Borçlanma), 09; *Ertan*, Emre, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, İstanbul 2005, 82.

¹² *Tuncay/Ekmekçi*, 461.

¹³ *Başterzi*, 272.

2. İlk Yasal Düzenleme, 2417 Sayılı Kanun¹⁴

Bu Kanunla kendilerine yurtdışındaki çalışmalarını borçlanma imkanı tanınanlar, anavatanlarındaki sigortalılarla, sosyal güvenlikten yararlanma açısından eşit olanaklara kavuşmuşlardır. Böylece devlet, çeşitli nedenlerle yurtdışında çalışmış olanlara, sunamadığı sosyal güvenlik olanaklarını daha sonra sunmuş ve bunları, tüm çalışmalarını anavatanda geçirmiş olanlarla eşit haklara kavuşturmuş olmaktadır¹⁵. 2417 sayılı Kanun, ikili veya çok taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakmaksızın yurtdışındaki çalışmaların tümünün borçlanılarak değerlendirilmesine imkan vermişti. Kanunun temel özelliği kısmi borçlanmayı kabul etmemiş oluşu idi.¹⁶

2417 sayılı Kanununun 3. maddesine göre: “Bu kanunun yürürlük tarihinden sonra yurda kesin dönüş tarihinden itibaren altı ay içinde ilgili sosyal güvenlik kurumlarından yazılı olarak istekte bulunmaları koşuluyla yurtdışında çalıştığı ve belgelediği sürelerin tamamı için sosyal güvenlik kurumları kanunları gereğince ve tavan sınırları göz önünde tutularak hesaplanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları işçi ve işveren toplam prim tutarını veya kesenek ve karşılıklarını döviz olarak borcun tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde yatırmaları halinde bu süreleri değerlendirilir. Bu süreler varsa eski hizmetleri ile birleştirilir”¹⁷

2417 sayılı Kanunla getirilen yurtdışı borçlanmasının ayrıntıları Maliye Bakanlığının 1 No’lu tebliği ile de düzenlenmişti. Tebliğde ağırlıklı konu, borçlanmanın karşılığı bedelin dövizle nasıl ödeneceğidir.

2417 sayılı yasanın uygulanmasını göstermek amacıyla bir de Yönetmelik çıkarılmıştır.¹⁸ Yurtdışı hizmet borçlanmasına ilişkin bu ilk yasada, kısmi borçlanmaya izin verilmiyor, yurtdışındaki çalışmanın da Türk vatandaşı olarak geçirilmesi isteniyordu. Ayrıca borçlanma için yurda kesin dönüş aranıyor, borçlanma için başvurunun kesin dönüşü izleyen altı ay içinde yapılması, ayrıca borcun tebliğden itibaren bir ay içinde yatırılması gerekiyordu.

Kanunda pek açık olmayan yurtdışındaki çalışmanın, Türk Vatandaşı olarak yapılması koşulu Yönetmelik ve maliye Bakanlığı Genelgesi ile getirilmiştir.

¹⁴ 30.5.1978 tarihli, “Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”, RG. 7.6.1978, 16309.

¹⁵ *Akın*, 953 ve dn.1’de anılan Gerekeçe. TBMM S sayısı, s. 19 (TBMM tutanak Dergisi, 5. Dönem, c. 5); *Başterzi* bu gerekçelere ek olarak borçlanma yoluyla hazineye döviz sağlama amacını da eklemektedir, 273.

¹⁶ *Güzel/Okur*, 376; *Tuncay/Ekmekçi*, 461, *Ertan*, 83.

¹⁷ *Tekman*, Osman N., Sigortalılar İçin Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, Ankara 1984, 199.

¹⁸ RG. 25.7.1978, 16357, *Güzel/Okur*, 377; *Ertan*, 83.

Tebliğ 1. maddesinde “...yurtdışında çalışan Türk vatandaşları”ndan söz etmektedir.¹⁹

Kanunda tartışmalı olan temel konu ise kısmi borçlanma olmuştur. Kanun m. 3/II’de “...yurt dışında çalıştığı ve belgelediği sürelerin tamamı için...” borçlanmadan söz etmektedir. Yönetmelik de 6. maddesinde yurtdışındaki çalışmaların sadece bir bölümünün değerlendirilemeyeceğini belirtmekteydi. Buna rağmen Yarg. 10. HD. 29.12.1983 tarihli kararında²⁰ 2147 sayılı Kanunun kısmi borçlanmayı önlemediği sonucuna varmıştı. 10. HD.’ne göre “2147 sayılı Kanunun 4. maddesinin kısmi borçlanmayı önlediği şeklinde yorumlanmasına olanak yoktur. Zira böyle bir yorum tüm sosyal güvenlik ilkelerine ve yasaya ters düşer”. Tuncay ve Şakar ise kararı yasanın açık hükmüne aykırı bulmaktadır.²¹

Ancak 2147 sayılı yasanın uygulamadaki sorunlara yeterli çözümler üretmemesi yeni bir yasal düzenlemeyi gerekli kılmış ve 3201 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

3. 3201 Sayılı Kanun²²

Yeni Kanunun çıkarılma nedeni gerekçede şöyle açıklanmaktadır:²³ “Söz konusu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak geçen altı yıllık tatbikat dönemi (aslında 6 yıl, 11 ay, 15 gün) içinde yurtdışında hizmeti bulunan vatandaşlarımızın, bu hizmetlerinin değerlendirilmesinde, yasa hükümlerinin ortaya çıkan meselelere yeteri kadar çözüm getiremediği anlaşılmıştır. Özellikle, Batı Avrupa ülkelerinde çalışan vatandaşlarımızın, yurtdışında geçen hizmetleri ile Orta Doğu ve diğer İslam ülkelerinde çalışan vatandaşlarımızın, bu ülkelerde geçen hizmetlerinin

¹⁹ Tekman, 199.

²⁰ Yarg. 10. HD. 29.12.1983, 6127/6970, YKD Nisan 1984, *Güzel/Okur*, 377.

²¹ Tuncay, Can, “Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtayın 1986 Yılı Kararlarının değerlendirilmesi, İstanbul 1988, 181; Tuncay, Can, “Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında geçen Hizmet Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi”, Yeni İş Dünyası, Ekim 1987, 17; Şakar, Müjdat, “Sosyal Sigortalarda Hizmet Borçlanması”, MÜ.İİBF. Dergisi 1987, C.5, S. 1-2, 707; Tuncay/Ekmekeçi, 462; Ertan da “Kanunun kısmi borçlanma yapılabileceği yönünde yorumlanması oldukça zor olan 3. ve 4. maddelerine rağmen Yargıtay 2147 sayılı Kanunun 4. maddesinin, kısmi borçlanmayı önlediği şeklinde yorumlanmasına olanak olmadığını...” belirterek bu görüşe katılmaktadır. Yarg. 10. HD. 6.10.1986, 14575/4888 (YKD, Ocak 1987, 63) ve Yarg. 10. HD. 24.12.1983, 6127/6970 (YKD, Nisan 1987, 590) kararları da kısmi borçlanmayı kabul etmektedir.

²² 8.5.1985 tarihli “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”, RG. 22.5.1985, 18761.

²³ TBMM Tutanak D. Y. Yılı: 2, S. Sayısı: 292, Cilt: 16, Birleşim 94-102, 2.5.1985-22.5.1985, S. 1; Laçiner, Hediye, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmetlerin Birleştirilmesi (Birleştirme), 88 dn. 118.

sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi için yeni hükümler ihtiva eden ve ortaya çıkan veya çıkması muhtemel meselelere çözüm imkanı sağlayan bir Kanunun hazırlanarak yürürlüğe konulması mecburiyeti doğmuştur". Gerekecekte ayrıca, bu düzenleme ile, Anayasanın 62. maddesinde öngörülen, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının diğer ihtiyaçları yanında sosyal güvenliklerinin sağlanması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması görevinin sağlanacağı da vurgulanmıştır.²⁴

Yeni yasadan sonra ayrıca 1985 tarihli uygulama Yönetmeliği²⁵ son olarak da Yurtdışı Hizmet Borçlanmaları Hakkında 8-17 Ek Genelge çıkarılmıştır.²⁶ Bu son düzenlemelerle yurtdışı hizmet borçlanması bazı esaslara bağlanmıştır. Bunlar:

- Borçlanılacak süreler yurtdışında geçen ve belgelenen süreler ile bu süreler arasındaki veya sonundaki bir yıla kadar işsizlik süreleri veya yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerdir.

- Yurtdışındaki sürelerin tamamı veya bir kısmı borçlanılabilir.

- Yurtdışında geçen borçlanmaya esas süreler, çalışılan ülkedeki sosyal güvenlik kuruluşları veya ilgili diğer resmi kuruluşlardan alınan belgelerle kanıtlanmalıdır.

- Borçlanılacak sürelerin her günü için bakanlar Kurulunca saptanacak miktarda döviz karşılığı YTL ödenmelidir.²⁷

- Kanunda açık olmamakla birlikte, Türk vatandaşlığının hem talep tarihinde hem de yurtdışındaki borçlanma süreleri için de aranması Yönetmelik ve Genelge hükümleri ile zorunlu hale getirilmiştir.

YHGK'nun getirdiği yeni görüş, işte bu Türk vatandaşlığı koşuluna ilişkindir. Borçlanma başvurusu sırasındaki Türk vatandaşlığı yeterli midir? Yoksa, yurtdışında çalışma veya bulunma sırasında da Türk vatandaşlığı aranacak mıdır?

İnceleme konumuz 2005 tarihli YHGK kararına kadar, Yarg. 10. HD. kararları bu konuda başvuru tarihindeki Türk vatandaşlığını yeterli buluyor, yurtdışında çalışma veya bulunma sırasında Türk vatandaşlığını aramanın Kanuna aykırı olduğunu ileri sürüyordu. Doktrin de bu görüşü benimsemiş, Yönetmelik ve Genelge'nin kanuna aykırı olduğunu ileri sürmüştü. Şimdi Türk vatandaşlığı

²⁴ *Laçiner*, Birleştirme, 89.

²⁵ Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından değerlendirilmesi Hakkında 3201 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG. 15.9.1985, 18869.

²⁶ 19.8.2003 tarih, 592 138 sayılı.

²⁷ Maddedeki 1 Dolarlık miktar, 97/9064 s. kararla 2,5 dolar (RG. 15.2.1997), 98/10999 s. Kararla 2 dolar (RG. 16.5.1998), 2005/8776 s. Kararla 5 dolar (RG. 10.5.2005), son olarak da 2005/9665 s. Kararla 10.5.2005'den geçerli olmak üzere 3,5 dolar olarak saptanmıştır.

koşulunu 3201 sayılı Kanun, ilgili Yönetmelik, Genelgeler, Yargı kararları ve bunlara ilişkin doktrindeki görüşler açısından ele alacak, daha sonra da bu veriler ışığında 2005 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararını değerlendirmeye çalışacağım.

4. Türk Vatandaşlığı

3201 sayılı Kanun yurtdışı hizmet borçlanması başvurusu için 18 yaş ve Türk vatandaşlığı aramaktadır. Türk vatandaşlığı ise 403 sayılı Türk Vatandaşlığı kanununa göre belirlenecektir.²⁸

Kanunda başvuru için arandığı belirtilen bu koşul, yargı kararlarında ve doktrinde, özellikle Yönetmeliğin, Kanundan daha geniş ifadesi karşısında tartışmalara neden olmuştur.²⁹

Türk Vatandaşlığı konusunu şu anda yürürlükte olan mevzuat, buna bağlı olarak alınmış yargı kararları ve bunları değerlendiren doktrin açısından ele alacağız. Son olarak da bunların ışığında, bu gelişimden farklı bir açılım sergileyen YHGK'nun 23.11.2005 tarihli kararını değerlendireceğiz.

a) Mevzuatta Türk Vatandaşlığı

3201 sayılı Kanun “Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun” başlığını taşımaktadır. Daha önce, aynı konuyu düzenleyen 2147 sayılı Kanunun başlığı da “Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında³⁰ Çalışma Sürelerinin³¹ Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında kanun” başlığını taşıyordu.

İki başlık arasında temel fark 1978 Kanununda “Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlığı” ibaresinin yeni 1985 Kanununda “Yurtdışında bulunan” olarak değişmiş oluşudur. Kanunun diğer maddeleri bu sürelerin çalışılarak veya ev kadını olarak geçirilmesini ve belgelendirilmesini aradığı için başlıktaki bu değişikliğin vatandaşlıkla ilgisinin olmadığı düşünülebilir. Gerçekten Kanun çalışılan süre yanında, 2147 sayılı Kanundan farklı olarak “ev kadını” olarak geçirilen süreye de borçlanma imkanı tanımıştır. Belki de başlıktaki değişikliğin amacı da budur. Kanunun 1. maddesi borçlanılabilecek süreyi belirlerken, 18 yaşını doldurmuş Türk Vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelendirilen

²⁸ 11.2.1964 tarih 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa göre (RG. 22.2.1964, 11638) Türk Vatandaşlığı Kanun Yolu ile (nesep, doğum yeri, evlenme, m. 1-4), Yetkili Makam Kararı ile (genel olarak, istisnai olarak, yeniden, m. 6-11) ve seçme Hakkı ile (küçükler, evlenen kadın, m. 12-13) kazanılabilir.

²⁹ *Güzel/Okur*, 377; *Laçiner*, Borçlanma, 613; *Laçiner*, Birleştirme, 92; *Caniklioğlu/Canbolat*, 871; *Ertan*, 84.

³⁰ “Yurtdışındaki” olmalıydı.

³¹ “Sürelerini” olmalıydı.

çalışma sürelerini, bu süreler arasında veya sonunda bir yıla kadar olan işsizlik sürelerini, yurtdışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu süreler için Sosyal Güvenlik Kurumlarına (SSK Kurumu, T.C. Emekli Sandığı, Bağ-Kur) prim, kesenek ve karşılık ödenmemiş olması koşuluyla istekleri halinde borçlanmalarını kabul etmektedir.

Bu maddede de Türk Vatandaşlığının hangi anda aranacağı konusunda yeterli bir açıklık yoktur.³² Maddeden çıkarılabileceğimiz tartışmasız ve açık olan tek sonuç Türk vatandaşı olmayanların bu haktan yararlanamayacağıdır. Yabancı ülke vatandaşı Türkiye'ye yerleşmiş ve burada çalışmaya başlamış olsa da, kendi ülkesindeki çalışma sürelerini Türk Sosyal Güvenlik Kurumlarına borçlanamayacaktır. Türk Soylu Yabancılar da, Türk Vatandaşlığını kazanmadıkları sürece, yurtdışındaki çalışmalarını borçlanamayacaklardır.³³

Yönetmelik³⁴ ise Kanundaki belirsizliğe rağmen koşulları ağırlaştırılmış, Türk Vatandaşlığının sadece başvuru anında değil, yurtdışındaki çalışmalar sırasında da aranacağını hükme bağlamıştır. Yönetmelik Kapsam başlıklı 2. maddesinde “Bu Yönetmelik Hükümleri ikili veya çok taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede, Türk vatandaşı olarak çalışmış, çalışan veya çalışacaklar ile gerek borçlanma ve gerekse aylık alma sürelerinde Türk vatandaşı olanları kapsar”.

Yönetmelik iki açıdan Kanundan farklı hükümler içermektedir:

- Kanunda ikili veya çok taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri yer almamıştır. Yönetmelik, sözleşme olsa bile, Yönetmelik hükümlerinin öncelikle uygulanacağından söz etmektedir.

Anayasa'nın 90/V. maddesine göre:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

³² Gerçi Ertan “Kanun, Türk vatandaşı olma şartını hiçbir şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde borçlanma için bir başvuru koşulu olarak öngörmüşken” diyorsa da maddenin bu kadar açık olmadığı, yargı kararlarındaki ve doktrindeki tartışmalara bakılırsa, kolayca anlaşılacaktır. Çoğu yazarlar, bu konuya daha temkinli yaklaşmış konunun tartışmalı olduğunu ve Yönetmelik ve Genelge ile kapsamın genişletilmiş olduğunu vurgulamıştır: *Laçiner*, (Birleştirme), 92; *Laçiner*, (Borçlanma), 613; *Caniklioğlu/Canbolat*, 870.

³³ *Caniklioğlu/Canbolat*, 870.

³⁴ 15.9.1985 tarihli, Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında 3201 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği.

Görülüyor ki Uluslararası Andlaşmalar Kanun hükmündedir, hatta bunlar hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamaması karşısında bir bakıma Kanunun da üzerindedir.

Maddeye 7.5.2004'de eklenen³⁵ son cümleye göre ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda farklı hükümler ortaya çıkarsa, andlaşma hükümlerine öncelik verilir. Görülüyor ki, Anayasa Milletlerarası andlaşmalara Milli Kanunlara göre öncelik vermektedir. Yönetmelik ise yasadan da ileri giderek, Uluslar arası andlaşmalara öncelik veren Anayasa hükmünü göz ardı etmekte ve “ikili veya çok taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın” bu konuda Yönetmelik hükmünün uygulanacağını ileri sürmektedir. Yönetmeliğe göre yabancı ülkedeki çalışmanın Türk vatandaşı olarak geçirilmesi zorunludur.

Burada Anayasa açısından değerlendirilmesi gereken bir konu da 90. maddeye 7.5.2004'de eklenen son cümlelerin yorumudur. Bu cümlede temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, milletlerarası andlaşma hükümlerine öncelik verileceği belirtilmektedir. Bu cümlelerin ters anlamından (mefhumu muhalif) temel hak ve özgürlükler dışındaki konularda, milletlerarası andlaşmalara öncelik verilmeyeceği sonucu çıkarılabilecektir. Oysa 90. maddenin son fıkrası milletlerarası andlaşmaları kanun hükmünde saymakta ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını belirtmektedir. Bu nedenle bu cümlelerin eklenmesiyle, beklentilerin aksine, uluslar arası andlaşmaların gücünü azaltıcı bir yoruma yol açma tehlikesi doğmuştur.

Uluslararası andlaşmalar Kanun hükmünde olduğundan, bunlar da Kanunların çatışması halinde öncelikle bu konudaki kurallara tabi olacak, bu konudaki Lex Superior (Üst Kanun), Lex Posterior (sonraki Kanun), Lex Specialis (Özel Kanun) ilkeleri burada da uygulanacaktır.³⁶ Bu ilkelere göre üst kanun alt kanundan, sonraki kanun önceki kanundan, özel kanun genel kanundan önce gelir.³⁷ İşte burada bu öncelik kurallarına bir yenisinin daha eklenmesi gerekmektedir: “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ulusal kanunlardan önce gelir”. Ancak temel hak ve özgürlükler dışındaki milletlerarası andlaşmaların önceliği konusunda yukarıda kanunların çatışması konusundaki temel kurallar uygulanacaktır. Milletlerarası andlaşmaların ulusal yasalardan farkı, bunların hakkında Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülememesidir. Temel hak

³⁵ 7.5.2004 tarihli, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG. 22.5.2004, 25469.

³⁶ *Gözler*, Kemal, Hukuka Giriş, 2. baskı, Bursa 2003, 225 vd.; *Okur*, Ali Rıza, Hukukun Temel Kavramları (Ders Notları, fotokopi), İstanbul, 2005-2006, 15.

³⁷ Lex superior derogat legi inferiori (üst kanun alt kanunları ilga eder); lex posterior derogat legi priori (sonraki kanun önceki kanunları ilga eder); lex specialis derogat legi generali (özel kanun genel kanunları ilga eder), ayrıntı için bkz. *Gözler*, 224 vd.

ve özgürlükler dışında da, Yasakoyucu milletlerarası andlaşma hükümlerine öncelik vermek istese idi bunu açıkça belirtirdi. Oysa Yasakoyucu, “öncelikli uygulama ilkesini” sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası andlaşmalar konusunda kabul etmiştir.

Burada üzerinde durmamız gereken bir başka konu da, “Sosyal Güvenlik Hakkı”nın Anayasanın 90. maddesinin son cümlesindeki “temel hak ve özgürlükler kapsamına girip girmediğidir. 10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 22. maddesi, “her kişinin toplumun üyesi olarak, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu”nu bildirmektedir. 18.11.1961 tarihinde imzalanan, 26.2.1965’de yürürlüğe giren, Avrupa Sosyal Şartı ise, temel hak olarak çalışma hakkına, işçi sağlığı ve güvenliği hakkına, örgütlenme hakkına, toplu pazarlık hakkına, adil çalışma koşullarını talep hakkına, mesleki eğitim hakkına ayrıca Sosyal güvenlik hakkına yer vermiştir.³⁸

Bu durumda Sosyal Güvenlik Hakkı’nın bir parçası olarak, Yurtdışı hizmet borçlanması konusunda da, Uluslar arası Andlaşmaların, ulusal yasalarımıza göre önceliği olacaktır.

Sosyal Güvenlik Konusunda, Kanunlara göre önceliği olan uluslar arası Andlaşmaların, normlar hiyerarşisi konusunda 3. sırada yer alan³⁹ Yönetmelikten önce geleceği, bu açıdan Yönetmeliğin 2. maddesinin Anayasa ve yasaya ters düştüğü açıktır.

- Yönetmelikte, kanundan farklı düzenlenen diğer konu, Türk Vatandaşlığının sadece başvuru anında değil, yurtdışındaki çalışma sırasında da aranacağıdır.

Sosyal Sigortaların konu ile ilgili genelgesi de Yönetmelik hükümlerine uygun olarak çıkarılmıştır.⁴⁰ Son olarak çıkan 8-17. Ek genelgeye göre “Yurtdışı hizmet borçlanmasından yurtdışında Türk vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma esnasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabileceklerdir.

Sonradan Türk vatandaşlığına alınan kimseler, yurtdışında yalnızca Türk vatandaşlığını iktisap ettikleri tarihten sonra geçen sürelerini borçlanıp değerlendirebilirler”.

Genelge bununla da yetinmemiş, kimlerin borçlanma hakkından yararlanamayacaklarına da yer vermiştir:

“Göçmen olarak yurda gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için,

....Türk vatandaşlığının iktisabından önce geçen süreleri değerlendirmek isteyenler” yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanamayacaklardır.

³⁸ *Güzel/Okur*, 38, 40.

³⁹ *Gözler*, 132; *Okur*, Temel Kavramlar, 13.

⁴⁰ Bkz. 18.19.1985 t. 3439 s. genelge (*Güzel/Okur*, 378; *Ertan*, 84) ve son olarak çıkarılan 19.8.2003 tarih, 592 138 sayılı 8-17. Ek-Genelge.

Yönetmelik ve genelge, kanunun açık olmayan bu hükmünü, Türk vatandaşlığının sadece başvuru anında değil de, yurtdışındaki çalışma sırasında da aranacağı biçiminde yorumlamıştır. Bu yorumu kesin biçimde, 3201 sayılı Kanuna aykırı bir yorum olarak nitelemek, bize pek de uygun gelmemektedir.⁴¹ Önemli olan bu konuda son sözü söyleyecek olan yargıcın yorumudur. Yargıcın yorumu ile konu açıklığa kavuşturulmuş olacaktır. Ve bu yorum sonucu verilen karar önce davanın taraflarını, daha sonra da konu ile ilgili kurumları bağlayacaktır. Anayasanın 138/IV. Maddesi “Yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”.⁴²

b) Yargı Kararlarında Türk Vatandaşlığı

3201 sayılı Kanununun 1. maddesindeki belirsizlik, bu konuda açılan davalar sonucu yargıya intikal etmiş, özellikle 1986’dan sonra, Yargıtay bu konudaki yorumunu ortaya koyma fırsatı bulmuştur.

Yargıtayın bu konuda 1986 yılından sonra devreye girmesi, 1986 ve 1989 tarihlerinde Bulgaristan’dan Türkiye’ye yapılan göç hareketlerine bağlanabilir. Bulgaristan’dan göçmen olarak Türkiye’ye gelenler, Türk vatandaşlığına geçtikten sonra, Bulgaristandaki çalışma sürelerini 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanmak istemişler, bu durum ise, bu tarihlerde ve sonrasında Kanunun uygulamasına canlılık getirme yanında yeni sorunları da beraberinde taşımıştır. Bunların da başında göçmen vatandaşların, geldikleri ülkedeki çalışmalarını 3201 sayılı Kanun çerçevesinde borçlanıp, borçlanamayacakları konusu gelmektedir.⁴³ Ayrıca

⁴¹ Bkz. *Ertan*, 84; *Laçiner*, Borçlanma, 613; *Laçiner*, Birleştirme, 93. *Laçiner* Yönetmelikteki düzenlemeyi yasal düzenlemeye karşı bir çelişki olarak değerlendirmektedir. *Laçiner*’e göre “Yönetmelik ve 18.10.1985 tarihli, 3439 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Genelgesi, 3201 sayılı kaynak Yasa hükmüne aykırı hükümler içermektedir”, 95; *Caniklioğlu/Canbolat* ise konunun tartışmalı olduğunu vurgulamakta ve değişik yorumlara yer vermektedirler, 870 vd.

⁴² Ancak hukukumuzda Anayasanın ve hukukun bu temel ilkesine ters uygulamalar, düzenlemeler, hatta Anayasa Mahkemesi kararları bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. 506 sayılı SSK’nun 120. maddesi. Bu madde ile ilgili olarak bkz; *Oker*, Ali Rıza, “Yaş Düzeltme Kararlarının Sosyal Güvenlik Haklarına Etkisi”, Legal İSGHD, 2005, sayı:5, 119-145; 120. maddeyi Anayasaya uygun bulan kararın eleştirisi için bkz.; *Oker*, Ali Rıza/*Ertan*, Emre, “Yaş Düzeltme Kararlarına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı”, Legal İSHD, 2006, Sayı:9, 182-205.

⁴³ Göç Türkiye’nin ekonomik, sosyal ve hukuk tarihinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu göç gerçeği Türkiye’nin dış göç politikasına, bu konudaki kural ve kurumların oluşmasına damgasını vurmuştur. Osmanlı topraklarında yaşayan Türk ve Müslüman nüfus, imparatorluktan ulus devlete geçiş sürecinde, kitleler halinde Anadoluya göç etmek zorunda kalmıştır. Bu göç hareketleri içinde Bulgaristan’dan Türkiye’ye göçler, tüm göç hareketleri içinde birinci sırada yer almaktadır. Tüm göçmenlerin % 48’ini oluşturan Bulgaristan kökenli göçmenlerin % 40’ına yakını 1989 krizi sırasında Türkiye’ye gelmiştir

göçmen vatandaşların, yurtdışında yaptıkları askerliklerini, Türkiye’de borçlanıp borçlanamayacakları da göçmen vatandaşların hukuki plandaki temel sorunlarından bir diğerini oluşturmuştur.⁴⁴

- Yarg. 10. HD. 27.1.1987 t., 211/260 sayılı kararında⁴⁵ , Türk vatandaşı olan davalının yurtdışındaki çalışmalarını borçlanabilmesi, Türk vatandaşlarına tanınmış bulunan Sosyal Güvenlik haklarının sonradan aynı sıfatı iktisap eden kişilere dahi tanınmasının sosyal güvenliğin ana ilkelerine ve vatandaşlık haklarına uygun bulunduğu gerekçesiyle kabul edilmiştir.⁴⁶

- Yarg. 10. HD., 26.3.1987 t., 1743/1731 sayılı kararda⁴⁷, davacı yurtdışında Türk Vatandaşı olmadan geçirdiği iki yıla yakın sürenin saptanmasını ve Türkiye’deki çalışmaları ile birleştirilmesini istemiş, Kurum Yönetmelik hükmüne dayanarak talebi reddetmiş, Mahkemenin talebi kabul eden kararının temyizi üzerine, 10. HD. sadece istek tarihinde Türk vatandaşı olmayı yeterli bulmuş, ayrıca çalışma sırasında da Türk vatandaşı olmanın gerekli bulunmadığına karar vermiş, ayrıca çalışma sırasında da Türk vatandaşlığını arayan Yönetmeliğin 2. maddesini Kanuna aykırı bulmuş, Anayasanın 124. maddesine göre Yönetmeliğin Kanuna aykırı olamayacağını vurgulamıştır. 10. HD., ayrıca AY’nın, yaşlıların devletçe korunacağına ilişkin 61. maddesine de işaret etmiştir.⁴⁸

Yarg. 10. HD’nin bu kararlardaki gerekçeleri:⁴⁹

1) 3201 sayılı yasanın “sürelerin değerlendirilmesine ilişkin tanımı, istek tarihinde Türk Vatandaşlığını gerekli ve yeterli saymıştır,

(Erder, Sema, Uluslararası Göçte Yeni Eğilimler, Türkiye “Göç Alan Ülke mi?”, Mübeccel Kıray İçin Yazılar, İstanbul 2000, 237). 1968-1979 yılları arasında Türkiye-Bulgaristan Yakın akraba Göçü anlaşması Çerçevesinde 32. 356 aileye mensup 116.521 kişi Türkiye’ye göç etmiştir (Doğanay, Filiz, Türkiye’ye Göçmen Olarak Gelenlerin Yerleşimi, DPT, 1996). Bulgaristan’dan son göç hareketi 1989 yılında Türk kökenli Müslüman Bulgar Vatandaşlarının, Bulgar hükümeti tarafından Türkiye’ye göçe zorlanmaları ile başlatılmıştır. Bu dönemde 64.295 aileye mensup 226.863 kişi serbest göçmen olarak Türkiye’ye gelmiştir. Bu tarihten itibaren 1995 yılına kadar da aralıklı olarak gelen serbest göçmenlerin sayısı 27.224 ailede 73.957 kişiyi bulmuştur (Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Hizmet Uygulamaları Genel Envanteri, Ankara 1996, 138).

⁴⁴ Bu konuda bkz. *Okur*, Ali Rıza, Göçmenler ve Askerlik Borçlanmaları, Cumhuriyet, 22.1.1992; *Okur*, Ali Rıza, Göçmen Vatandaşların Yurtdışında Yaptıkları Askerliklerini 506, 5434 ve 1479 Sayılı Yasalar Açısından Borçlanmaları, İş Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 1992.

⁴⁵ İİÇB, 644, 7 Mart 1988, 8.

⁴⁶ *Okur*, Ali Rıza, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987 Semineri, “Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul 1989, 331-332.

⁴⁷ YKD, Ağustos 1987, 1190/1191.

⁴⁸ Karar ve değerlendirmesi için bkz.: *Okur*, Yargıtay Kararları 1987, 331.

⁴⁹ Bkz.: *Okur*, Yargıtay Kararları 1987; *Laçiner*, Birleştirme.

2) Çalışma sırasında da Türk vatandaşlığının aranması, Anayasanın “Yaşlılar devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir”⁵⁰,

3) Anayasanın 124. maddesine göre Yönetmelikler Kanuna aykırı hükümler içeremez, bu nedenle uygulamada Kanuna aykırı Yönetmelik hükümlerinin uygulanmaması gerekir,

4) Türk Vatandaşlarına tanınan Sosyal Güvenlik Haklarının, sonradan bu sıfatı kazananlara da aynen uygulanması, Sosyal Güvenlik ilkelerinin ve vatandaşlık hukukunun gereğidir.

- Yarg. 21. HD., 8.4.2002 t., 1448/2940 sayılı kararında da⁵¹, Türk asıllı davacının Türk vatandaşlığına kabul edilmesiyle, Türk vatandaşlarına tanınan tüm sosyal güvenlik haklarından yararlanmasının doğal olduğu, vurgulanmıştır.

- Yarg. 10. HD., 17.2.2004 t., 355/939⁵² sayılı kararında, istek tarihinde Türk vatandaşı olmak gerekli ve yeterli bulunmuş ayrıca çalışmaların geçtiği sırada bu sıfatı taşımak koşulu aranmamıştır. Tersine bir yorum anılan yasanın yaşlılık aylığını sağlamaya yönelik bir düzenleme getirdiği de göz önünde tutulunca, Anayasanın “Yaşlılar devletçe korunur. Yaşlılara devletçe sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir” biçimindeki açık buyruğu ile bağdaştırılamaz. Öte yandan Anayasanın 124. maddesine göre Yönetmelikler Kanuna aykırı olamayacağından, bu konuda Yönetmelik hükümleri uygulanamayacaktır. Yasanın bu maddesi ile her Türk vatandaşına bu süreleri borçlanma olanağı verilmiştir. Gerçi ilgili, ancak Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanabilecektir, ancak bu durum, Türk Vatandaşlığını kazanmadan önceki sürelerin göz önüne alınmaması anlamına gelmemektedir. 3201 sayılı Yasa Türk vatandaşı olma koşulunu bir başvuru şartı olarak öngörmektedir. Böyle bir yorum tarzı Anayasanın eşitlik ilkesine de uygun olacaktır (m. 10). Nitekim 3201 sayılı yasada, çalıştığı sırada Türk vatandaşı olan kişi ile, çalıştıktan sonra Türk vatandaşı olan kişi arasında, farklılık gözetmek için hiçbir haklı gerekçe bulunmamaktadır, diyerek göçmen olarak Bulgaristan’dan gelip Türk vatandaşlığına geçen davacının, Bulgar vatandaşı olarak yaptığı çalışmaların, 3201 sayılı Yasaya göre borçlanılabileceğini kabul etmiştir.⁵³

Yargıtay kararlarındaki bu istikrar son yıllarda 21. HD.’nin bazı kararları ile yön değiştirmeye başlamıştır. Yarg. 21. HD. yeni kararlarında borçlanma

⁵⁰ *Okur*, bu gerekçeyi, konu ile doğrudan ilgili görmemektedir, Yargıtay Kararları 1987, 331.

⁵¹ Karar için bkz.: *Güzel/Alı*, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002 Semineri, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primleri”, Ankara 2004, 292, 293.

⁵² YKD, Ağustos 2004, 1223-1226.

⁵³ *Okur*, Ali Rıza, “Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ankara 2006, 194; *Ertan*, 85, dn. 223.

tarahindeki Türk vatandaşlığı yeterli bulmamakta, yabancı ülkedeki çalışmanın da Türk vatandaşı olarak yapılmasını gerekli görmektedir.

- Yarg. 21. HD. 2005 tarihli bir kararında⁵⁴, 3201 sayılı Kanunda Türk Vatandaşlığının hangi tarihte aranacağı konusunda yasada bir açıklık olmadığı vurgulandıktan sonra, Türk Vatandaşlık Kanununun 10. maddesinde yer alan ‘‘Türk Vatandaşlığına alınma yetkili makamın bu konudaki karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder’’ kuralına dayanılarak, vatandaşlığa alınma kararından önceki zamana ait fillerinde ve işlemlerinde yabancı muamelesi göreceğinden, ilgilinin, bunun sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

- Yarg. HGK. 23.11.2005 t., 10-492/646 sayılı kararında bu konuda gelinen son noktalar ve aşağıda ayrı ayrı ele alıp değerlendireceğimiz bazı gerekçelerle, başvuru anındaki Türk vatandaşlığını yetersiz görmekte, yurtdışındaki çalışma sırasında da Türk vatandaşlığı aramaktadır.

c) Doktrinde Türk Vatandaşlığı

Doktrinde genellikle Kanunun açık olmayan ifadesi karşısında, yargı kararlarına dayanılarak, Türk vatandaşlığının sadece başvuru tarihinde aranacağı, buna aykırı düzenlemeler içeren Yönetmelik ve Genelge hükümleri de vurgulanarak, belirtilmektedir. Doktrindeki bu görüşlere kısa kısa değerdikten sonra, YHGK kararının değerlendirilmesine geçeceğiz.

- *Okur*, konuya ilk defa Yargıtayın 1987 kararlarının değerlendirilmesi sırasında değerinmiş, Yarg. 10. HD.’nin iki kararını ele alarak, kararlardaki sadece başvuru sırasındaki Türk Vatandaşlığı görüşünün isabetli olduğunu vurgulamıştır.⁵⁵ Okur konuya 2004 kararlarının değerlendirilmesi sırasında da değerinmiş, 10. HD.’nin eski görüşünün devam ettiğini, ancak 21. HD.’nin 2005 tarihli bazı kararlarında, 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununun 10. maddesine dayanarak, borçlanma tarihindeki vatandaşlığı yeterli bulmadığına, borçlanılmak istenen sürenin de Türk Vatandaşı olarak geçirilmesi gerektiğine işaret etmiş, bu durumda dairelerden birinin (10. HD. veya 21. HD.) görüş değerıştirmemesi halinde, konunun İctihadı Birleştirme yoluyla çözümlenmesi gerekeceğine işaret etmiştir.⁵⁶

- *Laçiner*, 3201 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerinden Türk vatandaşlığının çalışma sırasında da aranacağı sonucunun çıkarılamayacağını vurgulamakta, bu konudaki Yargıtay 10. HD. kararlarını ve gerekçelerini belirtmekte, sonuçta Türk vatandaşlığının sadece başvuru anında aranacağı görüşüne katılmaktadır.⁵⁷ *Laçiner* ayrıca, Türkiye’nin imzaladığı ikili ve çok taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmelerine,

⁵⁴ Yarg. 21. HD., 14.6.2005 t., 6347/6013, *Okur*, Yargıtay Kararları 2004, 194; *Ertan*, 86.

⁵⁵ *Okur*, Yargıtay Kararları 1987, 331.

⁵⁶ *Okur*, Yargıtay Kararları 2004, 194; aynı görüş *Ertan*, 86.

⁵⁷ *Laçiner*, Birleştirme, 93-94.

Anayasa'nın 16. maddesine, UÇÖ'nün 1962 tarihli, 118 sayılı "Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit İşlem Yapılması Hakkındaki Sözleşme"nin 2. maddesindeki ayırım yasağına⁵⁸, çalışma sırasında Türk Vatandaşı olanla sonradan Türk vatandaşlığını kazanan arasında ayırım yapmanın sosyal güvenlik ilkelerine ve vatandaşlık hukukuna aykırı düşeceğini de ileri sürmektedir.⁵⁹

- *Güznel*, Yargıtay kararlarına dayanarak, sonradan Türk vatandaşı olanların da, Türk vatandaşlarına tanınan tüm sosyal güvenlik haklarından, bu arada yurtdışı hizmet borçlanmasından da yararlanabileceğini, bunun için başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmanın yeterli olacağını belirtmiştir.⁶⁰

- *Caniklioğlu/Cambolat*, 3201 sayılı Kanun ile Yönetmelik ve Genelge arasındaki farklı düzenlemeye değindikten sonra, Yargıtayın 1987 kararlarına da başvurarak, Kanunda çalışma sırasında da Türk vatandaşlığı aranacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı ve sonradan Türk vatandaşı olanlara da tüm sosyal güvenlik haklarının geçmişe dönük olarak tanınması gereğini vurgulayarak, sadece başvuru tarihindeki Türk vatandaşlığını yeterli bulmaktadır.⁶¹

- *Ertan* da 1987, 2002, 2005 kararları ışığında, başvuru tarihindeki Türk vatandaşlığının yeterli olduğunu ileri sürmektedir.⁶² Bu konuda yasal düzenleme yeteri kadar açıktır.⁶³ Kanunun hiçbir yerinde yurtdışındaki çalışmaların Türk vatandaşlığı altında geçmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm yoktur. Sonradan Türk vatandaşı olanlara borçlanma hakkının tanınmaması Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır. Göçmen vatandaşlara askerlik borçlanması olanağını sağlayan aynı gerekçeler burada da geçerlidir. *Ertan* konu ile ilgili olarak 21. HD'nin 2005 tarihli bir kararındaki farklı görüşe⁶⁴ karşı çıkmaktadır. Kararda Türk Vatandaşlık Kanununun 10. maddesinde yer alan "Türk vatandaşlığına alınma, yetkili makamın bu konudaki karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder" kuralına dayanılmasını doğru bulmayan yazar, bu konuda vatandaşlar arasında fark yaratılmayacağını ileri sürmektedir.

Bunlara karşılık doktrinde bazı yazarlar konuyu tartışmadan, Yasa ve Yönetmelik ve Genelge hükümlerini aktarmakla yetinmiştir.

- *Kılıçoğlu*, Yargıtay 10. HD'nin başvuru anındaki Türk vatandaşlığını yeterli bulan kararına yer verdikten sonra Yönetmelik ve Genelge hükümlerini de

⁵⁸ Türkiye bu sözleşmeyi 20.7.1971'de onaylamıştır.

⁵⁹ Laçiner, Borçlanma, 615.

⁶⁰ *Güznel*, 292-293.

⁶¹ *Caniklioğlu/ Cambolat*, 871.

⁶² *Ertan*, 85 vd.

⁶³ *Ertan*, 84 .

⁶⁴ Yarg. 21. HD. 14.6.2005, 6347/6013.

değerlendirme veya karşılaştırma yapmadan vermektedir. Bu nedenle yazarın kesin tavrı anlaşılammamaktadır.⁶⁵

- *Akm*, 4958 sayılı Yasa'nın ve Anayasa Mahkemesi kararının yurtdışı hizmet borçlanmasına etkilerini incelerken daha çok kesin dönüş ve diğer koşullar üzerinde durmuş, vatandaşlık konusunu tartışmadan 8-17. Ek genelge hükümlerini aktarmış, borçlanmadan, yurtdışında Türk vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma başvurusu sırasında da Türk vatandaşı olanların yararlanabileceğini belirtmekle yetinmiştir. Sonradan Türk vatandaşlığına alınanlar sadece, Türk vatandaşlığını iktisap ettikleri tarihten sonraki sürelerini borçlanabileceklerdir. Yazar ayrıca yine Genelge hükümlerine dayanarak, yurtdışında çalıştıkları sırada Türk vatandaşı olmayanların, göçmen olarak gelenlerin, yurtdışındaki çalışmalarından sonra Türk vatandaşı olanlardan bu dönemlerini değerlendirmek isteyenlerin, yurtdışı hizmet borçlanması yapamayacağını belirtmiştir.⁶⁶

- *Bilgili* de göçmen olarak gelenlerin yurtdışında çalıştıkları süreleri, Türk vatandaşı olmadıkları için, yine sonradan Türk vatandaşı olanların da Türk vatandaşı olmadıkları dönemi, borçlanamayacaklarını Yönetmelik ve Genelge hükümlerine dayanarak, konuyu tartışmadan ileri sürmektedir.⁶⁷

- *Başaran*⁶⁸ ve *Ernam*⁶⁹ ise, sonradan Türk vatandaşlığına alınan kişilerin ancak Türk vatandaşlığına geçtikten sonraki yurtdışı çalışmalarını borçlanabileceklerini kabul etmektedir.

Yurtdışı hizmet borçlanması konusunda, mevzuat, Yargıtay kararları ve doktrindeki durumu gördükten sonra, bu konudaki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2005 tarihli kararının değerlendirilmesine geçebiliriz.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kararı değerlendirirken, önce kararda kullanılan gerekçeleri ele alacak ve bunların, mevzuat, eski Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler ışığında ne derece isabetli olduklarını saptamaya çalışacağız. Daha sonra “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması” kurumunu, sosyal güvenlik hukukumuzdaki diğer borçlanma kurumu ile (Askerlik Borçlanması) karşılaştıracak, bu kurumlar arasında uygulama bakımından farklı sonuçları gerektirecek nedenlerin olup olmadığını araştıracağız. Nihayet son olarak Sosyal Güvenlik Hukukunun amacı ve Yasa koyucunun amacı yönünden konuyu değerlendirerek bir sonuca varmaya çalışacağız.

⁶⁵ *Kılıçoğlu*, Mustafa, Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara 2002, 82-83.

⁶⁶ *Akm*, Levent, “4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri”, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 959-960.

⁶⁷ *Bilgili*, Özkan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Eylül-Ekim, 2004.

⁶⁸ *Başaran*, Ayhan, Sigortalılar İçin Yaşlılık, Malullük, Ölüm Aylığı Kılavuzu, Ankara 1986, 62.

⁶⁹ *Ernam*, Nuri, Açıklamalı Uygulamalı Sosyal Sigortalar Mevzuatı, Ankara 1990, 274.

1. Karardaki Gerekçeler Açısından

YHGK kararında on değişik gerekçe kullanmıştır.

a) Hizmet borçlanmasının istisnai karakteri nedeniyle dar yorumlanması gerektiği.

Sosyal Güvenlik uygulamamıza baktığımız zaman hizmet borçlanmasının pek de istisnai karakterde olmadığını görüyoruz. Yasa koyucu toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak geçmişte zaman zaman borçlanma yasaları çıkarmıştır. Geçici borçlanmalar olarak adlandırabileceğimiz bu borçlanmaların özelliği⁷⁰, belli gruplara belli süreler için borçlanma imkanı sunmuş oluşlarıdır. Son olarak sanatçıların 4056 sayılı kanunla, 1.1.1995 tarihinden itibaren bir yıl içinde borçlanmalarına olanak verilmiş, ancak bu süre de 1.1.1996'da dolmuştur. Bu tarihten sonra da yeni bir borçlanma Kanunu getirilmemiştir.⁷¹

Ancak Sosyal Güvenlik sistemimizde oldukça yaygın olarak kullanılan, Yurtdışı Hizmet Borçlanması⁷² ve Askerlik Borçlanması⁷³, borçlanmanın hiç de istisnai olmayıp, toplumsal gerçeklerin, sistemimize monte ettiği temel kurumlardır. Sosyal Güvenlikte yorum yapılırken, hükmün hedeflediği grupların durum ve ihtiyaçları gözetilerek, onların sorunlarını temelden çözecek biçimde düşünülmelidir. Hiçbir gerekçe bireyin sosyal güvenlik ihtiyacını ortadan kaldıracak yorumları haklı gösteremez. Genelde kabul edildiği gibi sosyal güvenlikle ilgili yasalar (ve kurumlar), hükme ters düşmüyorsa olabildiğince geniş yorumlanmalıdır.⁷⁴

b) Sosyal Güvenliğin dinamik yapısı, amaç ve kapsamındaki genişleme eğilimi, sosyal risklerin artan etkisi, yasalarda sosyal güvenliğin çatısını oluştura bu gibi kavramların sınırlarının çizilmesini zorunlu kılmaktadır.

Karar isabetli bir biçimde sosyal güvenliğin dinamik yapısından, amaç ve kapsamındaki genişlemeden, sosyal risklerin artan etkisinden söz etmektedir.

⁷⁰ Geçici Borçlanmalara örnek olarak 991 (RG. 31.1.1968, 12814), 1186 (RG. 3.11.1969, 1334), 2167 (RG. 11.7.1978, 16343), 2959 (RG. 19.11.1983, 18226), 3351 (RG. 24.4.1987, 19440), 3395 (RG. 9.7.1987, 19512) ve son olarak da 4056 (RG. 11.12.1994, 22138) sayılı Kanunları gösterebiliriz. Tüm bu kanunların başvuru süreleri dolmuş ve artık kullanılamaz hale gelmişlerdir.

⁷¹ Geçici Borçlanma kanunları dışında, zaman zaman Tahsilatın Hızlandırılması, Alacakların Yeniden Yapılandırılması adı altında çıkarılan Kanunlar birer borçlanma Kanunu değil, prim borçlarının ödenmesini kolaylaştırmak amacıyla çıkarılmış Kanunlardır. Örnek olarak bkz. 4247 (RG. 16.5.1997, 22991), 4958 (RG. 6.8.2003, 25191), 5458 (RG. 4.3.2006, 26098) sayılı Kanunlar. Ayrıca bkz. *Güzel/Okur*, 371, dn. 83.

⁷² 2147 sayılı Kanunla (RG. 7.6.1978, 16309) 1978'den beri uygulanmaktadır.

⁷³ Askerlik Borçlanması önce 5434 s. T.C. Emekli Sandığı Kanununa 1965 yılında 545 sayılı Kanunla eklenen madde ile başlamış, 506 sayılı Kanun açısından da 1972 yılında 60. maddeye 1655 sayılı Kanunla eklenen bir fıkra ile başlamıştır (halen m. 60/F).

⁷⁴ *Kılıçoğlu*, 81.

Bütün bunlar kişiyi olumsuz etkileyen faktörlerle doğrudan etkilidir. Sosyal risklerin etkisi artıyorsa, sosyal güvenliğin dinamik yapısı ve amacı, kişileri derhal bu olumsuzluklardan korumak olmalıdır. Aksi halde dinamik yapıdan, amaç ve kapsamdaki genişlemeden bahsedilemez. Ancak YHGK, dinamik yapıdan ve genişlemeden bu sonucu değil, bu dinamizmi ve genişlemeyi önleyecek bir sınırlama gereğini çıkarmaktadır. Sosyal risklerin etkisi artıyorsa, sosyal güvenlik sistemi, dinamik olarak sınırlarını genişletecek ve bu olumsuzluklara engel olacaktır. Gerekecekteki bir başka çelişki, ilk paragrafta istisnai bir yöntem kabul ettiği hizmet borçlanmasını, burada sosyal güvenliğin çatısını oluşturan bir kavram olarak kabul etmiş oluşudur.

c) Karar burada uyumsuzluğun özüne yer vermektedir. Yurtdışı hizmet borçlanması yapılabilmesi için, yurtdışındaki çalışmaları sırasında da Türk vatandaşlığı aranacak mıdır, aranmayacak mıdır? Karar bunu, borçlanmadan yararlanacak olanların kapsamı konusundaki sınırın çizilmesi olarak almaktadır.

Gerçekten burada bir sınırın çizilmesi gerekmektedir: Sosyal güvenlik haklarından kimlerin yararlanacağı sınırı. Sonradan Türk vatandaşı olanlar da bu haklardan yararlanabilecek midir? Yoksa hem haklar hem de vatandaşlar arasında bir sınır çizip, bazı haklardan, bazı vatandaşları yararlandıracak, bazı haklardan yoksun mu bırakacağız? Bu konuda sınır çizilebilir için, her şeyden önce belli bir ölçüye, kıstasa ihtiyaç vardır. Sonradan Türk vatandaşı olanları, hangi sosyal güvenlik haklarından, hangi tarihten itibaren, hangi gerekçeyle yoksun bırakacağız? Böyle bir yorum başta Anayasa olmak üzere diğer uluslar arası taahhütlerimize uygun düşecek mi? Bütün bunların ele alınıp üzerinde ayrı ayrı düşünülmesi gerekmektedir.

d) Borçlanma yasaları istisnai düzenlemeler olduğundan, iş ve sosyal güvenlik hukukundaki temel prensiplerden biri olan, işçi ve sigortalı lehine yorum ilkesi, burada uygulanmayabilir. Zira bu konuda yasa açık bir düzenleme vardır.

Burada da borçlanmanın istisnai karakteri vurgulanmaktadır. Daha önceki açıklamalarımızda hizmet borçlanmalarının pek de istisnai düzenlemeler olmayıp, oldukça yaygın olduğunu vurgulamıştık. Burada “işçi ve sigortalı lehine yorum” ilkesi üzerinde duracağız.

Kararda borçlanma yasalarının istisnai karakterinin, işçi ve sigortalı yararına yorum ilkesini engelleyeceği ayrıca yasadaki açık düzenlemenin bu yoruma olanak vermediği üzerinde durulmaktadır.

İşçi/sigortalı yararına yorum ilkesi Anayasa’da da açıkça belirtilen işçiyi koruma amacının gerçekleşme yollarından biridir. Açık olmayan hükümlerin yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasında bu amaç ve bu ilke göz önünde tutulur.⁷⁵ Yasada yeterli açıklık varsa, hüküm yorumu gerektirmeyecek

⁷⁵ *Elbir*, Halid Kemal, İş Hukukunda Yorum, İHD, Ocak 1969, 3 vd.; *Çelik*, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul 2005, 19 vd.; ayrıca *Çelik*, s. 20, dn. 15’deki kaynaklar.

derecede açıksa, orada ne yoruma, ne de sınır çizmeye ihtiyaç vardır. Karar hem yasanın açık olduğundan söz ediyor, hem de sınır çizmeye uğraşiyor. Yasa ve ilgili hüküm bu kadar açıksa, Yargıtay 10. HD. 1987'den beri niçin farklı bir görüş sürdürmüş ve bu görüş doktrinde neredeyse oybirliğine yakın bir destek bulmuştur? Demek ki hüküm yeterince açık değildir. Yoruma ihtiyaç vardır. Sorun yorumun daraltıcı mı yoksa genişletici mi olacağıdır?

e) Anayasanın 62. maddesi yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocukların eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının, sosyal güvenliklerinin, anavatanla bağlarının korunup geliştirilmesinden söz etmiş, bunun için gereken tedbirlerin alınmasını devlete görev olarak vermiştir. Bu görevi yerine getirmek için devletin başvurduğu yollardan biri de 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanundur. Kanun 1. maddesinde amacının “18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen çalışma ve diğer bir kısım sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirmek” olarak ifade etmiştir.

Görüldüğü gibi ne Anayasa ne de 3201 sayılı Yasanın 1. maddesi borçlanma için yurtdışındaki çalışma sırasında da Türk vatandaşı olma gereğini vurgulamamaktadır. Gerçekten Anayasa yurtdışındaki Türk vatandaşlarının aile, kültür, sosyal güvenlik, anavatanla bağlar konusunda korunmasından, yardımcı olunmasından söz etmektedir. Ancak bu genel bir hükümdür. Buradan hizmet borçlanması için yurtdışındaki çalışma sırasında da Türk vatandaşlığının aranacağı sonucunun çıkarılması mümkün değildir.

f) 3201 sayılı Kanun bir borçlanma yasası olduğundan, 1. maddedeki açık tanıma göre ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarının borçlanılmasına olanak verir. Türk soylu olmak yeterli olmadığı gibi, sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak da borçlanma için yeterli değildir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi 3201 sayılı Kanunun 1. maddesi açık değildir. Yoruma muhtaçtır. Kanun 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerinden söz etmektedir. Yurtdışındaki bu çalışmalar Türk vatandaşı olarak geçirilmiş olabildiği gibi, Türk vatandaşı olmadan önce veya sonradan Türk vatandaşı olduktan sonra da geçirilmiş olabilir. Vatandaşlıkla çalışma arasında bağlantıyı 3201 sayılı yasa açıkça aramamıştır. Arasaydı Yönetmelikteki ve Genelgedeki düzenlemeyi aynen kullanırdı.⁷⁶

⁷⁶ Nitekim, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile ilgili ilk Tasarıda 57. maddede düzenlenen Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına ilişkin hükümde “Türk vatandaşı iken yabancı ülkede çalışmış olanlar” ibaresine yer verilmiştir (hatta *Ertan* bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunu dahi ileri sürmüştür, 87 dn. 226). Daha sonraki tasarılar da bu ibareye yer verilmediği gibi “Yurtdışı hizmet borçlanması” 41. maddedeki “Sigortalıların borçlanabileceği süreler” arasında da bulunmamaktadır (19.4.2006 t., 5489 s.1)

g) 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş ve İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun⁷⁷, Türkiye’de ikamet eden Türk Soylu Yabancıların Çalışma, Meslek ve Sosyal Güvenlik kuruluşları ile ilişkileri, hak ve yükümlülüklerini düzenlemiştir. Bu düzenleme ile Türk soylu yabancıların sosyal güvenlik ve çalışma ilişkilerinin sınırları belirlenmiştir. Bunlar arasında borçlanma hakkı bulunmadığı gibi, borçlanma kanunlarına da atıfta bulunulmamıştır.

YHGK’nun 2527 sayılı Kanuna gerekçeler arasında niçin yer verdiğini anlamak güçtür. Olayda, Bulgaristan’dan göçmen olarak Türkiye’ye gelen ve Türk vatandaşı olan birinin, Bulgaristan’daki çalışma sürelerini 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma talebi söz konusudur. 2527 sayılı Kanun ise Türk Soylu Yabancıların Türkiye’deki çalışma ve sosyal güvenlik haklarını düzenlemektedir. 2527 sayılı Kanun, sonradan Türk vatandaşı olanlarla ilgili bir hüküm içermemektedir. Kıyas için dahi 2527 sayılı Kanunun uyuşmazlıkla bir ilgisi yoktur. Gerekçe olarak kararda yer almasının nedeni anlaşılammamaktadır.⁷⁸

h) Başka ülke vatandaşı iken, o ülkede geçen çalışmalar, yabancı ülkede geçmiş hizmet sayılamaz.

Bu gerekçe de bizce sağlıklı değildir. Sonradan Türk vatandaşı olan biri için eski ülkesinde geçen çalışmalar artık yabancı ülkede geçmiş çalışmadır. Aksine bir yorum ancak, çifte vatandaşlığın da kabulü ile yapılabilir. Olayda ise

Kanun). Ancak Yasa koyucu Yurtdışı Hizmet Borçlanması konusunu 5489 sayılı Kanun metninden çıkarmış, yurtdışı hizmet borçlanması kurumundan tümüyle vazgeçmemiştir. Yeni kanunun “Değiştirilen, eklenen ve uygulanmayacak hükümler” başlıklı, 105. maddesinin (e) bendi, 3201 sayılı Kanununun 1 ve 4. maddelerini yeniden düzenlemiştir. Bu yeni metne göre “Türk vatandaşlarının yurtdışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri...sosyal güvenlikleri bakımından” değerlendirilecektir. Görülüyor ki yasa koyucu yeni düzenlemede maddeyi, çalışma sırasında da Türk vatandaşlığını arayacak biçimde değiştirmiştir. Buradan çıkaracağımız sonuç, şimdiki metnin, çalışma sırasında Türk vatandaşlığını aramadığıdır. Bkz.: Teznel, Ali, “Yurtdışı borçlanması İçin Acele Edin”, Bugün, 26.4.2006. Teznel bu açıklamasında 1.1.2007’den itibaren borçlanma konusunda, günlük 3,5 Dolar yerine, prime esas asgari ve azami günlük kazançlar arasından seçilecek kazancın %32’sinin esas olacağını ve çalışma sırasında da Türk vatandaşlığının aranacağını belirtmektedir. Bu düzenleme özellikle Bulgaristan’dan gelen soydaşlarımızı ve Türk vatandaşlığına geçmeden yabancı ülkelerde çalışmış olanları etkileyecektir. Teznel bu bilgileri verdikten sonra borçlanmak isteyenleri uyarak, borçlanmalarını 1.1.2007’den önce yapmalarını hatırlatmaktadır. Zira şu anda borçlanma dolar üzerinden yapılmakta ve çalışırken Türk vatandaşlığının aranmaması gerekmektedir.

⁷⁷ RG. 29.9.1981, 17473.

⁷⁸ Kaldı ki, kararda 2527 sayılı Kanun açısından ulaşılan sonuçlar da, Kanununun 5. ve 7. maddeleri dikkate alınırca farklı olabilir. 5. madde Türk Soylu Yabancıların Tabi Olacakları Mevzuatı, 7. madde ise bunlara uygulanmayacak hükümleri düzenlemektedir.

böyle bir durum yoktur. Göç sonucu Türkiye'ye gelen ve Bulgar vatandaşlığından Türk vatandaşlığına geçen biri için artık Bulgaristan'da geçen çalışmalar yabancı ülkede geçmiş çalışmalardır. Çünkü o artık Türk vatandaşdır ve Türk vatandaşları ile eşit olarak tüm haklardan, bu arada sosyal güvenlik haklarından (ve kendisini öncelikle ilgilendiren yurtdışı hizmet borçlanması hakkında) yararlanabilecektir.

i) Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınma kuşkusuz Bakanlar Kurulu Kararından itibaren kazanılır. Yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma 403 sayılı Kanunda⁷⁹ ikiye ayrılmıştır: Genel Olarak vatandaşlığa alınma (m. 6) ve istisnai vatandaşlığa alınma (m. 7). İstisnai vatandaşlığa alınmada 5 yıl ikamet ve Türkiye'ye yerleşme kararı aranmamaktadır. 7. maddeden yararlanacaklardan biri de Türk soylu yabancılardır. Karara konu olayda da Türk soylu bir göçmenin Türk vatandaşlığına geçmesi söz konusu olduğundan, 7. maddenin uygulanması söz konusudur ve İstisnai Vatandaşlığa alınma gerçekleşmiştir. Kararın hüküm doğuracağı tarih açısından önemli olmasa da işaret etmeyi yararlı bulduk.

Kararda vatandaşlığa alınma kararının geçmişe etkili bulunmadığından söz edilmektedir. Kuşkusuz vatandaşlık kararı, Bakanlar Kurulu Kararından itibaren hüküm ifade edecektir (m. 10/1). Ancak bu sadece vatandaşlığın kazanıldığı tarih açısından önem ifade eder. Haklar bakımından geçmişe etkili bakımından olumsuz bir sınır çizilemez. Vatandaşlık Bakanlar Kurulunun karar aldığı tarihte gerçekleşmekle birlikte, vatandaşlığı kazanan kişi, diğer vatandaşlarla baştan beri aynı haklara sahip olmuştur. Hakları kazanma, yararlanma ve kullanma açısından önceden vatandaş olanla, sonradan vatandaş olan arasında farklılık yaratılamaz. Konumuz açısından Türk vatandaşlığını kazanmadan önce yurtdışı hizmet borçlanması hakkında yararlanamayan yabancı, bu tarihten sonra bu haktan yararlanmak için başvurabilecektir. Çünkü o artık sosyal güvenlik hakları bakımından da Türk vatandaşlarının sahip olduğu tüm hakları kazanmıştır ve artık anları fiilen kullanabilir. 3201 sayılı Kanun 1. maddesiyle sadece Türk vatandaşlarına yurtdışındaki çalışma sürelerini borçlanma imkanı vermiştir. Türk vatandaşı olmadıkça bu hak kullanılamaz. Türk soylu yabancılar da ancak Türk vatandaşı olduktan sonra bu haklarını kullanabilir. Bu başvuru koşulu, Türk vatandaşlığını kazanmadan önceki yurtdışı çalışmaların borçlanılamayacağı biçiminde yorumlanamaz. Önceden vatandaş olanla, sonradan vatandaşlığı kazanan arasında, yurtdışı hizmet borçlanması açısından farklılık gözetmek için hiçbir haklı neden bulunmamaktadır. Böyle bir farklılık oluşturmak Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır.⁸⁰

Gerekelere dayanan bu değerlendirmemiz, YHGK'nun, 1987'den beri Yargıtay 10. ve 21. daireleri tarafından uygulanmakta olan "yurtdışı hizmet

⁷⁹ RG., 22.2.1964, 11638.

⁸⁰ *Laçiner*, Borçlanma, 614-615.

borçlanması için, başvuru sırasında Türk vatandaşı olmak yeterlidir, ayrıca yurtdışındaki çalışma sırasında da Türk vatandaşlığının aranmasına gerek yoktur” görüşünün terk edilmesini haklı gösterecek ağırlık olmadığı sonucuna varmış bulunuyoruz.

Yargıtay 10. HD’nin özellikle 1987 kararlarında kullandığı gerekçeler⁸¹, aynı görüşü sürdürdüğü 2002⁸² ve 2004⁸³ kararları, bu konuda köklü bir değişikliği haklı göstermekten uzaktır.

Ayrıca bu görüş doktrinde geniş bir destek de bulmuştur.⁸⁴

2. Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Askerlik Borçlanması Açısından

YHGK’nda vurgulanan bir gerekçe de borçlanmaya ilişkin düzenlemelerin istisnai karakteri olduğudur. Yukarıdaki incelememizde borçlanma ile ilgili düzenlemelerin hukukumuzda pek de istisnai olmayıp oldukça yaygın olduğunu saptamıştık (geçici borçlanmalar, askerlik borçlanması, yurtdışı hizmet borçlanması).

Burada yurtdışı hizmet borçlanması ile askerlik borçlanmasını karşılaştıracak, yurtdışı hizmet borçlanması konusundaki sınırlama ve daraltma eğiliminin, askerlik borçlanması konusunda yaşanmadığını ortaya koymaya çalışacağız. Oysa bunlar benzer ve ortak amaçlı kurumlardır.

Askerlik borçlanması da yurtdışı hizmet borçlanması ile birlikte yaşlılık aylığı koşullarından süreyi ve primi etkileyen nedenlerdendir.⁸⁵ Bu iki yol hizmet borçlanması kavramı ile ifade edilmekte ve primi ödenmeden geçirilmiş bu sürelerin borçlanılıp ödenmesi ile malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresine ve prim ödeme gün sayısına eklenmesini ifade etmektedir.⁸⁶

Askerlik borçlanmasının konumuz açısından bizi ilgilendiren yönü, yurtdışında yapılan askerlik sürelerinin Türkiye’de borçlanılıp borçlanılamayacağıdır. Başlangıçta Sosyal sigortalar Kurumu, askerlik, yabancı ülke vatandaşlığı altında ve yabancı ülke ordusunda yapıldığı için, askerlik borçlanma taleplerini kabul etmemiştir. Ancak Yargıtayın yurtdışındaki askerliklerin de borçlanılabileceği yolundaki kararları karşısında Kurum da, görüş değiştirerek borçlanma taleplerini kabul etmeye başlamış ve ilgili Genelgelerini de

⁸¹ *Okur*, Yargıtay Kararları 1987.

⁸² *Güzel*, Yargıtay Kararları 2002.

⁸³ *Okur*, Yargıtay Kararları 2004.

⁸⁴ Bkz. aşağıda II, 4, c.

⁸⁵ *Okur*, Ali Rıza, Göçmen Vatandaşların Yurtdışında Yaptıkları Askerliklerini 506, 5434 ve 1479 Sayılı Yasalar Açısından Borçlanmaları, *İş Hukuku Dergisi*, Ocak-Mart 1992, 79.

⁸⁶ *Şakar*, Müjdat, “Sosyal Sigortalarda Hizmet Borçlanması”, MÜ. İİBFD, 1987, 685; *Güzel/Okur*, 370; *Okur*, Askerlik Borçlanması, 79.

bu yönde değiştirmiştir. Yargıtay bu öncü kararlarından birinde⁸⁷, “Muhacir olarak gelip Türk vatandaşlığına alınanların geldikleri ülkedeki askerliklerinin kabul edilerek yeniden askerlik yaptırılmaması olgusu da göz önünde tutulduğunda⁸⁸ yurtdışındaki askerliklerini borçlanabilecekleri sonucuna varmak gerekir” demektedir. Yargıtayın 1985 tarihli bir başka kararında da aynı görüş⁸⁹, göçmenlerin vatandaşlığa geçtikten sonra vatandaşlara tanınan tüm sosyal sigorta haklarından yararlandırılmasının doğal olduğu, yeniden askerlik yaptırılmadığına göre borçlanma hakkından yararlandırılmaları gerektiği belirtilmiş, ayrıca bu konuda Mültecilerin Hukuki Durumuna Ait Sözleşmeye de dayanılmıştır. Yargıtaya göre “Mültecilere tanınan hakların Türk vatandaşlığını kazanmış Türk asıllı muhacirlere tanınmamasının, hukuk mantığı ile açıklanması mümkün değildir”.⁹⁰

Yurtdışındaki askerlik sürelerinin borçlanması TC E Sandığı ve Bağ-Kur açısından da kabul edilmektedir.⁹¹ İnceleme konumuz YHGK kararı olduğundan bunlar üzerinde ayrıca durmuyorum.

Göçmen vatandaşların veya sonradan Türk vatandaşı olanların yurtdışında yabancı ülke ordusunda yaptıkları askerlik borçlanmasının kabulü karşısında, benzer bir kurum olan yurtdışı çalışmaların borçlanılmasının da öncelikle kabulü gerekir. Aksi halde sonradan Türk vatandaşı olanların bu süreleri sosyal güvenlikleri açısından değerlendirme dışı kalır ki, bu durum hem AY'nın

⁸⁷ Yarg. 10. HD., 28.12.1982 t., 5371/6099 sayılı karar. *Okur*, Askerlik Borçlanması, 80.

⁸⁸ Gerçekten 1111 sayılı Askerlik Kanununun (RG. 12-17.7.1927, 631-635) 2/IX. maddesine göre “muhacirlerden eski memleketlerinde askerlik ettiklerini veya bunun yerine bedel verdiklerini tevsik edenler tekrar muvazzaf hizmete tabi tutulmayıp yaşatları yerli erbaş ve er ile yedeğe geçirilirler”.

Benzer bir hüküm 2510 sayılı İskan Kanununun (RG. 21.6.1934, 2733) 38/F maddesinde de yer almıştır: “...eski memleketlerinde askerlik ettikleri veya bunun yerine bedel verdiklerini tevsik edenler tekrar muvazzaf hizmete tabi tutulmayıp yaşatları yerli efradıyla ihtiyata geçirilirler”.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken durum, sadece fiili askerlik süresinin borçlanılıp, bedelli askerlik süresinin borçlanılamamasıdır. Askerlik Kanunu ve İskan Kanunu Askerlik Hizmetinden muaf tutulma açısından bedelli askerliğe de yer veriyor ise de, bedelli askerlik süresinin borçlanması, askerlik süresinin borçlanması amacına ters düşer. Askerlik Borçlanmasının amacı bu kamu görevi nedeniyle zorunlu olarak çalışılmayan bu sürelerin uzun dönemli sigorta dalları açısından değerlendirilmesidir. Bedelli askerlik süresi de borçlandırılacak olursa bu süre iki kez değerlendirilmiş olur ki bu kabul edilemez (Yarg. 10. HD., 3.3.1988, 1112/1174, TÜBA, İİÇB, 4.7.1988, 12 ve karara ilişkin *Ali Rıza Okur*'un incelemesi, İHU, SSK. 60 (No:6).

⁸⁹ Yarg. 10. HD., 19.11.1985, 6086/6359, YKD Şubat 1986, 230-231; *Okur*, Askerlik Borçlanması, 80.

⁹⁰ *Güzel*, Yargıtay Kararları 1985, 202 vd.

⁹¹ Ayrıntı için bkz.: *Okur*, Askerlik Borçlanması, 81 vd., 84 vd.

vatandaşlar arasında eşit davranmayı öngören 10. maddesine, hem de, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğuna ilişkin 60. maddesine ters düşer. Sonradan Türk vatandaşlığına geçen de o tarihten sonra her türlü sosyal güvenlik hakkından, normal vatandaşlar gibi aynen yararlandırılmalıdır. Askerlik borçlanması konusunda yapılmayan ayırım, yurtdışı hizmet borçlanması konusunda da yapılmamalıdır.

3. Hukukun, Yasa Koyucunun, Sosyal Güvenliğin Amacı Açısından

İnsan davranışları hukuk, din, ahlak, görgü, örf ve adet kuralları gibi çeşitli kurullarla düzenlenmiştir. Bunlara kısaca beşeri davranış kuralları denir.⁹² Bu kurallar içinde hukuk kurallarının özel bir yeri vardır. Hukuk kuralları her zaman olması gerekeni ileri süren, emir, yasak veya izin türünde normatif kurallardır. Diğer kurallardan farkı bu kuralların da bir irade ürünü olmasıdır. Kaynağı Kanun koyucunun iradesidir (TBMM, AY. m. 75 vd).⁹³ Hukuk kurallarının temel özelliği, bir yaptırıma bağlanmış oluşudur. Hukuk kurallarını koyan irade, bu kurullarla, yerine göre ferdin, yerine göre de toplumun korunmasını amaçlar. Toplumda ortaya çıkan ve belli bir yoğunluk kazanan sorunlara çözüm üretir. Bu çözümü hukuk kuralı olarak düzenlerken de fertler arasındaki, fert ile toplum arasındaki dengeyi adil ölçülerle kurmaya çalışır. Bu dengenin kurulabilmesi için durum gerektiriyorsa ülkenin sosyolojik, ekonomik, jeopolitik gerçekleri de dikkate alınmalıdır.

İşte 1960'lı yıllardan başlayarak işgücü ihraç eden bir ülke konumuna gelen Türkiye, yurt dışındaki vatandaşlarının durumuyla da ilgilenmek zorunda kalmış⁹⁴, bu amaçla Anayasasına hüküm bile koymuştur. Anayasanın 62. maddesine göre:

“Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır”. Alınan bu tedbirlerden biri de 2147 sayılı Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanundur. Ancak yasa koyucu burada yabancı ülkede çalışan Türk işçilerini düşünerek bir düzenleme getirmiştir. Aynı mantık 2147 sayılı Kanundaki aksaklıkları gidermek amacıyla çıkarılan 3201 sayılı kanunda da görülmektedir. 3201 sayılı yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi⁹⁵, amaç yurtdışında hizmeti bulunan vatandaşların sorunlarını

⁹² *Gözler*, 19.

⁹³ *Gözler*, 22 vd.

⁹⁴ Bu konudaki gelişim ve yurtdışındaki vatandaşlarımızın listesi konusunda bkz.: *Sözler*, 629 vd.; *Caniklioğlu/Canbolat*, 868 vd.

⁹⁵ Gerekçe için bkz.: *Laçiner*, (Birleştirme), 87-88.

çözmektir. Özellikle de bunların yurda dönüşlerinde sosyal güvenlikleri bakımından mağdur olmamalarını sağlamaktır. Ancak burada gözden kaçırılan bir nokta daha vardır. Türkiye “göç veren” yanında “göç de alan” bir ülkedir.⁹⁶ Türkiye 600 yıllık bir Osmanlı İmparatorluğunun varisidir. Avrupanın ortalarından, Ortadoğu, Kuzey Afrika ve Kafkaslara kadar yayılmış bu coğrafyada, geniş nüfus hareketleri, özellikle Balkanlarda gözlenmektedir. Anadolu’dan Osmanlı tebası olarak buralara yayılanlardan bir kısmı, daha sonra kurulan Milli Devletlerin vatandaşlığına geçmiş daha sonra da kendiliklerinden veya baskı sonucu, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyetine göç etmişlerdir.⁹⁷ Bu göçmenlerin temel sorunlarından biri de geldikleri ülkelerdeki çalışmalarının, özellikle sosyal güvenlik açısından değerlendirilmesidir. İkili anlaşmaların bu konuda yeterli olmadığı açıktır. Bu amaçla 2147 ve 3201 sayılı Kanunlar çıkarılmış ve çözüm aranmıştır. Ancak burada ilk hedef Türkiye’den yurtdışına çalışmak üzere giden vatandaşlardır. Yasa koyucu bunun tersini düşünmemiştir bile. Oysa Yasa koyucu Türkiye’ye Balkanlardan, Kuzey Iraktan, Kafkaslardan, Türki Cumhuriyetlerden gelen göçlere karşı da ayrıca bir düzenleme yapmalıydı. Yargıtay 10. HD. bu konudaki eksikliği 1987 ve daha sonraki tarihlerdeki kararlarıyla bir ölçüde gidermiş, 3201 sayılı Kanunun 1. maddesini geniş yorumlayarak (maddenin göçmen vatandaşları, sonradan Türk vatandaşı olanları da kapsadığı) sorununa bir ölçüde çözüm getirmiştir. Ancak asıl ve temel çözümü yasa koyucu getirmeli ve tarihe olan borcunu ödemeliydi. Zira bu göçmenler yakın tarihte Osmanlı olarak oralara gitmişler, tarihsel olaylar sonucu bu kimliği kaybederek yabancı ülke vatandaşı olmuşlardır. Ancak onlar yine de Türk Soylu Yabancı’dır. Türkiye’ye göç etmekle, bu yabancı kimlikten sıyrılmış, yabancı vatandaşlığın örttüğü Osmanlı kimliği, Türk vatandaşlığına dönüşmüştür.

⁹⁶ Erder, 237.

⁹⁷ 1925 yılında Türk-Bulgar ikamet sözleşmesi ile 1949 yılına kadar 19.833 aileden 75.877’i iskanlı, 37.073 aileden 143.121 kişi serbest göçmen olarak 56.906 aileden 218.998 kişi Türkiye’ye göç etmiştir. 1950-1952 yılları arasında tehcir ve göçe zorlama sonucu 37.851 aileden toplam 154.393 kişi iskanlı göçmen olarak Türkiye’ye gelip yerleşmiştir. 1968-1979 yılları arasında da Türkiye-Bulgaristan Yakın Akraba Göçü Anlaşması Çerçevesinde 32.356 aileden 116.521 kişi Türkiye’ye göç etmiştir. Bulgaristan’dan son göç hareketi 1989 yılında Türk kökenli Bulgar vatandaşlarının, Bulgar hükümeti tarafından Türkiye’ye göçe zorlanmasıyla başlatılmıştır. Göçmenler kitleler halinde trenlerle Türk sınırına bırakılmışlardır. Böylece Türkiye, II. Dünya Savaşından sonra, Avrupa’daki en yoğun ve zorunlu göç akımını 3 aylık süre içinde gerçekleştirmek zorunda kalmıştır. Bu dönemde 64.295 aileye mensup 226.863 kişi serbest göçmen olarak Türkiye’ye gelmiştir. 1989’dan 1955 yılına kadar aralıklı olarak 27.224 aileden 73.957 kişi serbest göçmen olarak Türkiye’ye gelmiştir (Doğanay, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü).

Bu nedenlerle, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 105/e maddesiyle değiştirilen, 3201 sayılı Kanunun yeni 1. maddesindeki “Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen” ifadesi, bu sosyal ve tarihsel gerçeklere ters düşmekte, göç mağduru Türk soylu vatandaşlarımıza, onları sosyal güvenlikten mahrum bırakan bir darbe daha indirmektedir.

Sosyal güvenlik yasalarının alan olarak geniş yorumlanması ilkesi, vatandaşlar arasında ayırım yapmama, sonradan Türk vatandaşlığını kazananların da tüm sosyal güvenlik haklarından yararlanması ilkesi birlikte dikkate alındığında, yurtdışındaki çalışma sırasında da Türk vatandaşlığı arayan YHGK kararına katılmak mümkün olmamaktadır.

IV. SONUÇ

Sosyal Güvenlik Hukukumuzda yurtdışında çalışan işçilerin, Türkiye’ye dönüşlerinde sosyal güvenlikleri açısından katkı ve kolaylık sağlamak amacıyla çıkarılan 2147 daha sonra bunun yerini alan 3201 sayılı Kanunlar, Türk vatandaşlığının ne zaman aranacağı konusunda açık değildir. Kurum, başlangıçta Kanundaki belirsizliği Yönetmelik ve Genelge hükümleri ile dar yorumlamış, sadece başvuru sırasındaki Türk vatandaşlığını yeterli bulmamış, yurtdışındaki çalışmaların da Türk vatandaşı olarak yapılmasını aramıştır. Ancak 1987 ve daha sonraki tarihli Yargıtay kararları bu görüşe katılmayıp, sadece başvuru sırasındaki Türk vatandaşlığını yeterli bulunca ve bu görüş doktrinde de genellikle destek görünce, Kurum uygulaması da Yargı Kararları doğrultusunda sürmüştür. Ancak 2005 yılında bazı 21. HD. kararlarında başlayan daraltıcı yorum, son olarak ele aldığımız YHGK kararı tarafından da benimsenmiş, yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu da 3201 sayılı Kanuna bu doğrultuda bir açıklık getirmiştir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi bu görüşü benimsemek, özellikle göçmen vatandaşlar açısından, son derece haksız, hukuka ve Anayasaya aykırı sonuçlara yol açacaktır. Bizce Yarg. 10. HD.’nin 1987’den beri benimsemiş olduğu görüş isabetlidir. 21. HD’nin ve YHGK’nun bu görüşe katılması, aksi halde sorunun İçtihadın Birleştirilmesi yolu ile çözüme kavuşturulması gerekir. Sonuç 10. HD’nin görüşü doğrultusunda olursa, 3201 sayılı Kanunun da buna göre yeniden gözden geçirilmesi gerekir.

