

Prof. Dr. Kadir ARICI

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

5510 Sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortalılar (4A) da Doğum Borçlanması Yapabilirler

T.C. YARGITAY

10. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/8312

Karar No : 2010/2516

Tarihi : 25.02.2010

ÖZET

Dava, davacının iki çocuğundan dolayı, 5510 sayılı Kanununun 41/1-a maddesi gereğince, doğuma dayalı borçlanma yapabilmesi ve dava tarihi itibarıyla yaşlılık aylığı bağlanması istemine ilişkindir.

Mahkemece, düzenlemenin yürürlüğünden önceki vakıalara uygulanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Ebru Pakin Akın tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin

gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık, öncelikle 5510 sayılı Kanununun 41/1-a maddesi ile hukukumuzda ilk kez düzenlenen ve kısaca “doğuma dayalı borçlanma” olarak nitelendirilebilecek borçlanma hakkının, bu düzenlemenin yürürlük tarihinden önceki doğum olaylarına uygulanıp uygulanmayacağı, doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranıp aranmayacağı noktalarında toplanmaktadır.

5510 sayılı Kanununun, “Sigortalıların borçlanabileceği süreler” başlıklı, 41/1-a maddesinde;

“Bu Kanuna göre sigortalı sayılanların; Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalı kadının, iki defaya mahsus olmak

üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan süreleri,... kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları ve talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazancın % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır..." hükmü düzenlenmiştir.

Kural olarak her kanun, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurmaya başlar ve bu tarihten sonra meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır. Bu kuralın doğal sonucu da, kanunların geriye yürümemeleridir.

Ancak sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve 5510 sayılı Kanunda, anılan hükümle getirilen, sigortalıların lehine olan bu borçlanma hakkının, Kanunun yürürlüğünden önceki doğum olaylarına uygulanmasını engelleyen bir düzenlemenin olmadığı gözetildiğinde, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce meydana gelmiş doğum olaylarına da uygulanabileceğini kabul etmek gereklidir. Zira maddi hukukun her zaman, hayatın değişen sosyal akışı içinde gelişen tüm olayları ve ayrıntıları kurallaştırma gücüne sahip olmadığını da dikkate alıp, çıkarlar dengesi ve adalet duygularını gözeterek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlü bulunan yargı organları, sigortalıların lehine hükümler içeren düzenlemelerin yürürlüğe girdiği durumlarda, kanun koyucunun amacını da göz önünde bulundurarak, söze oranla öze üstünlük tanıyan bir yorumla sonuca varmalıdır.

Doğuma dayalı borçlanma hakkından yararlanabilmek için doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranıp aranmayacağı hususunda ise, geçmişte hizmet akdine dayalı

olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, bu haktan yararlanabilmesi için yeterli sayılmalıdır. Kadının fiziksel yapısı, doğurganlık işlevi, aile yükümlülükleri ile çalışma yaşamındaki konumu yanında, doğum borçlanmasıyla amaçlanan sonucun tam olarak elde edilebilmesi için, bu tip borçlanmalarda aranan doğum öncesi sigortalılık, herhangi bir süre sınırına tabi tutulmamalıdır. Konuyla ilgili olarak 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapan 5754 sayılı Kanuna ilişkin TBMM alt komisyon raporunda bu değişiklik hakkında, "Ücretsiz doğum ya da analık izin sürelerinin de borçlanılacak sürelerden sayıldığı, bu sürelerde kadın çalışanların doğum ve çocuk bakımı gibi özel bir durum nedeniyle izin kullandığı, bunun sonucunda doğum yapan kadının sosyal güvenlik alanındaki bir hakkı kullanmasından dolayı emeklilikle ilgili sürelerini tamamlamak için ortaya çıkan bir maliyete katlanmak zorunda kalacağı, oysa çocuk bakımının aynı zamanda toplumsal olarak devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu..." görüşlerine yer verilmiştir. Bu yaklaşım, cinsiyeti sebebiyle sosyal güvenlik şemsiyesinde farklı muamele görmesi gereken ve başta yaşlılık aylığı olmak üzere çeşitli sosyal güvenlik hakları yönünden de bu şekilde değerlendirilen kadınlar için karşı cinsle eşitliği sağlayıcı bir bakış açısı getirecektir. Böylelikle, prim yatırma imkanı bulunamadığı halde yasa koyucunun çeşitli saiklerle sigortalılık imkanı sunmak ve prim süresine eklemek istediği bu gibi dönemlerin telafisine yönelik getirilen borçlanma müessesesinin amacı da gerçekleşmiş olacaktır. Aksine bir yorum, kanunda bu yönde bir sınırlamanın olmadığı da gözetildiğinde, sosyal güvenlik hakkına aykırılık oluşturacaktır. Hukuk Genel Kurulunun 27.4.2006 gün ve 10-367/386 sayılı kararında da vurgulandığı üzere sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti tanımı içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan birisidir. Sosyal güvenlik alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde, sosyal hukuk devleti anlayışına uygun

olması zorunludur. Sosyal güvenlik, insanlığın en derin gereksiniminin bir sonucudur. Bu gereksinim, bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlike oluşturan olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür. Tehlikeye ve yoksulluğa düşen birey için asgari bir güvence sağlamak, sosyal güvenliğin varoluş koşulu, diğer bir ifadeyle, olmazsa olmazdır. Önemli olan yön, sosyal güvenlik kavramına, işlevsel olarak temel bir insanlık hakkı görünümünü yaratmaktır.

Doğuma dayalı borçlanma talep tarihinde sigortalı olmanın gerekip gerekmeyeceği noktasında ise Kanun koyucunun bahis konusu düzenlemede, doğuma dayalı borçlanma hakkını verdiği kişinin borçlanma talep tarihinde sigortalı olmasını gerekli gören bir ifadeye yer vermediği ve bu düzenlemeye göre sigortalı olanların yanında, hak sahiplerinin de, yazılı talepte bulunmaları halinde borçlanabilecekleri dikkate alındığında, böyle bir şartın var olmadığı belirgindir.

Somut olayda, ilk kez 506 sayılı Kanun kapsamında 01.6.1982 tarihinde zorunlu sigortalı olduğu anlaşılan davacının, 3.3.1987 ve 21.3.1988 tarihlerinde gerçekleştirdiği doğumlar sebebiyle, ancak doğum tarihinden

sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla, hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarının dışında, başkaca bir şart aranmaksızın borçlanma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Yapılacak değerlendirmede, zorunlu sigortalı olarak tescil edildikten sonra ilk doğumu yapan ve iki yıllık süre dolmadan ve tekrar çalışmaya başlamadan ikinci doğumu yapan kadın sigortalının, ilk doğumdan ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğum için borçlanabileceği iki yıllık sürenin toplamı kadar geçen süreyi borçlanabileceği gözetilmelidir.

Mahkemece, anılan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve sair yönler incelenmeksizin hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 25.02.2010 günü oybirliği ile karar verildi.

SUNUŞ

5510 sayılı Kanun'a 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun m. 67 ile eklenen bir hüküm ile doğum yapan kadınlara iki çocuk için ve her bir çocuk için 2 yıl süreli doğum borçlanması yapma hakkı tanınmıştır. 17.04.2008 tarihinde kabul edilen 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 08.05.2008 tarih ve 26870 Sayı) m. 67 (Ç) bendi ile yapılan değişiklikle 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (a) bendi "Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalı kadının, iki defaya mahsus ol-

mak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan süreleri," şeklinde değiştirilmiştir.

5510 sayılı Kanun'da 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik 4A kapsamında çalışan sigortalı kadın işçilere iki çocukla sınırlı olmak ve her çocuk için iki yılı geçmemek üzere ücretsiz doğum ve analık izinleri de dahil olmak üzere sosyal sigortalı olarak çalışmadığı süreleri sosyal sigorta kapsamında değerlendirmek maksadı ile tanınan borçlanma hakkından faydalanabilmek aşağıdaki şartlarda mümkün olabilecektir:

(i) Doğum yapan kadının sosyal sigortada tescilli olması,

(ii) Sigortalının çocuğunun sağ doğması ve yaşaması,

(iii) Borçlanılacak süre içinde zorunlu ya da isteğe bağlı fiili sigortalı durumunda olmaması,

(iv) Her çocuk için iki yıllık bir süreyi borçlanabilmesi,

(v) Borçlanma hakkını en çok iki çocuk için kullanabilmesi,

Doğum borçlanması ile ilgili yargı kararları hem kanundaki düzenleme eksikliklerini ortaya koymakta hem de kanunun nasıl anlaşılması gerektiğini daha anlaşılır bir biçimde açıklığa kavuşturmuştur. İnceleme konumuz olan Karar doğum borçlanması hakkının nasıl kullanılması ile ilgili sigorta kurumu ile hak sahibi sigortalı arasındaki bir uyuşmazlığa konu olmuş ve kanunun uygulama şartlarının yargı içtihadı ile daha da açıklığa kavuşturulmasına katkı sağlamıştır.

KARARLA İLGİLİ GELİŞMELER

Davaya konu olan olayda arka arkaya iki doğum yapan (doğum tarihleri 03.03.1987 ve 21.03.1988) davacı, 5510 sayılı Kanun'la tanıyan borçlanma hakkından faydalanmak üzere Kuruma başvurmuş ve borçlanma ile birlikte hak kazandığı yaşlılık aylığının bağlanmasını talep etmiştir. Kurum ise özetle doğuma dayalı borçlanma yapma hakkının ilk kez 5510 sayılı Kanun'la getirildiğini, mülga sosyal güvenlik kanunlarında böyle bir hakka yer verilmediğini, kanunların yürürlüğe girdikleri tarihte, yürürlükten kalktıkları tarih arasında meydana gelen olaylara uygulanacağını, kanunun yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen olaylara uygulanmayacağını ifade ederek; 01.10.2008 tarihinden önceki süreler için SSK'lı sigortalı kadının doğum tarihinden sonraki iki yıllık süreyi borçlanmasının söz konusu olmayacağını gerekçe göstererek talebi reddetmiştir¹.

Kurumun talebini reddetmesi üzerine sigortalı, kurumun ret kararı aleyhine Samsun 2. İş Mahkemesi'nde dava açmıştır (Samsun 2. İş Mahkemesi T. 24.02.2009, E. 2008/546, K. 2009/86,-www.calismadunyasi.com/haber, erişim.10.08.2010). Samsun 2. İş Mahkemesi meseleyi incelemiş ve davayı "kanuni düzenle-

me ile açıkça önceki vakalara ve geçmişe yönelik uygulama belirtilmediği gibi, aynı süre için farklı düzenleme olmayıp açıkça Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe girmiş kanuna göre, hak ve külfetlerin düzenlenmesi söz konusudur. İptal edilerek külfeti kaldırılmış değil, yeniden düzenlenmiş borçlanmaya ilişkin hükmünde, geriye yönelik olaylara uygulanmaması gerektiği" görüşü ile reddetmiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine konu yüksek Yargıtay'a gelmiş ve konuyu inceleyen Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kanunların geriye yürümemesinin genel kural olduğu hususuna işaret ederek "sigortalının lehine olan bu borçlanma hakkının, kanunun yürürlüğünden önceki doğum olaylarına uygulanmasını engelleyen bir düzenlemenin olmadığı gözetildiğinde, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce meydana gelmiş doğum olaylarına da uygulanabileceğini kabul etmek gereklidir. Zira maddi hukukun her zaman, hayatın değişen sosyal akışı içinde gelişen tüm olayları ve ayrıntıları kurallaştırma gücüne sahip olmadığını da dikkate alıp, çıkarlar dengesi ve adalet duygularını gözetererek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlü bulunan yargı organları, sigortalıların lehine hükümler içeren düzenlemelerin yürürlüğe girdiği durumlarda, kanun koyucunun amacını da göz önünde bulundurarak, söze oranla öze üstünlük tanıyan bir yorumla sonuca varmalıdır." gerekçesi ile bu hakkın kanunun yürürlük tarihinden önceki doğumlar için de hak doğuracağına hükmetmiştir.

Yargıtay "Doğuma dayalı borçlanma hakkından yararlanabilmek için doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranıp aranmayacağı hususunda ise, geçmişte hizmet akdi-ne dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, bu haktan yararlanabilmesi için yeterli sayılmalıdır. Kadının fiziksel yapısı, doğurganlık işlevi, aile yükümlülükleri ile çalışma yaşamındaki konumu yanında, doğum borçlanmasıyla amaçlanan sonucun tam olarak elde edilebilmesi için, bu tip borçlanmalarda aranan doğum öncesi sigortalılık, herhangi bir süre sınırına tabi tutulmamalıdır." görüşünde olduğunu açıklamıştır. Yargıtay ayrıca "Doğu-

ma dayalı borçlanma talep tarihinde sigortalı olmanın gerekip gerekmeyeceği noktasında ise Kanun koyucunun bahis konusu düzenlemede, doğuma dayalı borçlanma hakkını verdiği kişinin borçlanma talep tarihinde sigortalı olmasını gerekli gören bir ifadeye yer vermediği ve bu düzenlemeye göre sigortalı olanların yanında, hak sahiplerinin de, yazılı talepte bulunmaları halinde borçlanabilecekleri dikkate alındığında, böyle bir şartın var olmadığı belirgindir.” demek suretiyle mahalli mahkemenin görüşüne katılmadığını ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme “Somut olayda, ilk kez 506 sayılı Kanun kapsamında 01.6.1982 tarihinde zorunlu sigortalı olduğu anlaşılan davacının, 3.3.1987 ve 21.3.1988 tarihlerinde gerçekleştirdiği doğumlar sebebiyle, ancak doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla, hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarının dışında, başkaca bir şart aranmaksızın borçlanma hakkına sahip olduğu

Kararı'nda yer almış olsa da sosyal sigorta hukukumuzda bize özgü denilebilecek bir hak². Kişilerin sosyal sigortaya tabi olarak geçebilecek kimi zamanlarının elinde olmayan nedenlerle sosyal sigorta kapsamında geçmemiş olması mümkündür. Kanun koyucu çoğu kez kendi iradesi dışındaki nedenlerle sosyal sigorta kapsamı dışında geçen bu zamanların sosyal sigorta kapsamında geçmiş gibi sayabilmek ve bu suretle bu sürelerinin sosyal sigorta bakımından değerlendirilmesine imkân sağlamak üzere borçlanma hakkını düzenlemiştir³.

Türk hukukunda sosyal sigorta borçlanması hakkına dair düzenlemeler irdelendiği zaman borçlanma hakkının; kişinin, iradesi dışında kalan ve kendine yüklenmeyen nedenlerle sosyal sigorta bakımından değerlendiremediği sürelerin, sosyal sigorta bakımından değerlendirilmesini temin etmek maksadı ile verildiği anlaşılmaktadır.

Örneğin her Türk Vatandaşı gibi kanuni

Borçlanma hakkı, ILO'nun 43 nolu Tavsiye Kararı'nda yer almış olsa da sosyal sigorta hukukumuzda bize özgü denilebilecek bir haktır.

kabul edilmelidir. Yapılacak değerlendirmede, zorunlu sigortalı olarak tescil edildikten sonra ilk doğumu yapan ve iki yıllık süre dolmadan ve tekrar çalışmaya başlamadan ikinci doğumu yapan kadın sigortalının, ilk doğumdan ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğum için borçlanabileceği iki yıllık sürenin toplamı kadar geçen süreyi borçlanabileceği gözetilmedir.” görüşü ile kararı bozmuştur.

Doğum borçlanması konusunda Yargıtay (i) Borçlanma için sigortaya tescilli olmak yeterlidir, (ii) Aktif sigortalı olmak şart değildir, (iii) Kanunun tanıdığı haktan kanunun yürürlüğünden önceki zamanlarda doğum yapanlar da yararlanır şeklinde özetlenecek özde bir hüküm tesis etmiştir.

DOĞUM BORÇLANMASININ ANLAMI VE ÖNEMİ

Borçlanma hakkı, ILO'nun 43 nolu Tavsiye

askerlik görevini yapmak maksadı ile iş sözleşmesini sona erdiren ya da çalışma güç ve iktidarında olmasına rağmen askerlik nedeni ile çalışamayan; neticede bir kamu yükümlülüğünü yapması nedeniyle ve bu yükümlülük süresince bu süreleri sosyal sigorta bakımından değerlendiremeyen kimselere bu hak tanımaktadır ki biz bunu askerlik borçlanması olarak adlandırmaktayız⁴. Aynı şekilde yurt dışında çalışması nedeniyle yurt dışında geçirdiği süreleri sosyal güvenlik bakımından değerlendiremeyen/çalıştığı ülke ile ikili anlaşma yapılması imkânı bulunmadığı için çalıştığı süreleri Türk sosyal sigorta sistemin içinde değerlendirme imkânı bulamayan kimselere bu hak tanınmıştır ki “yurt dışı borçlanma” hakkı bu nedenle bir hak olarak tanınmıştır. Sosyal sigorta kapsamında bulunmasına -kanunen sosyal sigorta ilişkisi kurulmuş olmasına rağmen- bu ilişkinin tescil yolu ile sosyal sigorta bakımından sağlanama-

mış olması; işçinin işini kaybetme korkusu ile kamu idareleri nezdinde hak talep edememesi nedeniyle bu sürelerin mahkeme kararı ile tespit edilerek sosyal sigorta bakımından değerlendirilmesi hakkı tanınmıştır ki biz buna hizmet tespitine bağlı borçlanma adını vermekteyiz.

Bazı durumlarda ise kişiye sosyal sigorta sistemine girme hakkı tanınmaktadır. Ancak bu hak kendisine tanınmamış kimselere de çoğu kez bir defaya mahsus olmak üzere aynı statüde geçen sürelerini borçlanma imkânı tanınmaktadır. Burada sosyal adaletin sağlanması ve kendi iradesi dışında bu hakkını kullanamamış olanlara bir fırsat yaratmak maksatları yer alır. Türk sosyal sigorta hukukunda bunun iki örneği bulunur. Bağ-Kur sistemi kurulduğu zaman tanınan ve on yıl azami süreli borçlanma hakkı ile ev kadınlarına isteğe bağlı sigorta hakkı tanıyan kanuni düzenleme ile sağlanan on yıllık borçlanma hakkı bu kapsamda önem taşımaktadır⁵.

olmadan dolayı çalışma hayatından çekilmek zorunda kalabilmektedirler. İş hukuku, doğum öncesi ve sonrası 8 haftalık ücretli doğum izni kullanma hakkını tanımış ve analık nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesine karşı kadın işçileri koruyucu düzenlemeler getirmiştir. (İ. K. m. 5, 18/3 ve 74)⁶. Sosyal sigorta hukuku ise bu sürelerde kesilen gelirin telafisi için analık sigortası kapsamında doğum ödeneği verilerek bu sürelerde gelir kesilmesine karşı bir koruma ve sosyal güvenlik sağlamıştır. 5510 sayılı Kanun ise doğum yapan kadın işçilere; doğum izinleri süresi ile doğumdan sonra fiili sigortalı olarak ya da isteğe bağlı sigorta kapsamında geçmeyen sürelerinin iki yılını borçlanma hakkı tanıyarak analık nedeniyle sosyal sigorta hak kayıplarını telafi etme imkânı tanımıştır.

Analık durumu hamilelik ve doğumla sınırlı bir hal değildir. Sağlıklı doğan çocuğun büyü-tülmesi bakımından da ananın sorumlulukları ve görevleri olmaktadır. Çoğu kez bu süreler

Borçlanma, hak sahiplerine borçlanma hakkı tanınan sürelerini sosyal güvenlik bakımından değerlendirme imkânı verir.

Borçlanma, hak sahiplerine borçlanma hakkı tanınan sürelerini sosyal güvenlik bakımından değerlendirme imkânı verir. Bu hakkı kullanan kimseler, primlerini ödemek suretiyle bu süreleri sosyal sigorta bakımından değerlendirerek sosyal güvenlik hakları bakımından bir kayba uğramaktan kurtulmak ya da bu haklara daha geç ulaşmak gibi bir riske karşı kendilerini korumak imkânını elde ederler.

Sonuçta borçlanma, kanun koyucunun sosyal güvenlik açısından adalet dengesini tesis maksadı ile tanıdığı, sosyal koruma sağlayan, sosyal adaleti destekleyen ve kişilerin elinde olmayan kayıplarını telafi imkânı veren önemli bir müessesedir.

Kanun koyucu doğum borçlanması hakkını sigortalı işçi kadınlara tanımak suretiyle bu alanda mevcut önemli bir boşluğu doldurmuştur. Kadınlar, analık nedeniyle işlerini kaybedebildikleri gibi analık hali ya da çocuk sahibi

içerisinde gerek analık haline bağlı gerekse başka sosyo-ekonomik nedenlerle ana kadınlar uzun süre çalışamaz duruma düşebilmekte, çalışma hayatından çekilmekte, sonuçta çalışma hakkını kullanamamaktadır⁷.

İşte kanun koyucu 5510 sayılı Kanun'la analık hali nedeniyle çocuklarını büyütme v.s. nedeniyle sosyal sigorta kapsamında çalışmayan kadın işçilere bu süreleri sosyal güvenlik bakımından değerlendirme hakkını tanıyan analık haline dayalı borçlanma sistemine izin vermiştir⁸. Analık borçlanması iki çocuk ve her çocuk için 2 yıl süre ile sınırlı olmak üzere kadın sigortalı işçilere en çok 4 yıla kadar bir sürelerini borçlanma ve sosyal sigorta bakımından değerlendirme hakkını vermektedir. İncelediğimiz yargı kararında da bu husus "Kadının fiziksel yapısı, doğurganlık işlevi, aile yükümlülükleri ile çalışma yaşamındaki konumu yanında, doğum borçlanmasıyla amaçlanan sonucun tam

Yargı organları kimi zamanlar kişilerin hak kayıplarını önlemek, adaleti temin etmek ve haksızlığı önlemek için kanunların yorumunda genişletici yorumlara yönelebilmektedirler.

olarak elde edilebilmesi için, bu tip borçlanmalarda aranan doğum öncesi sigortalılık, herhangi bir süre sınırına tabi tutulmamalıdır. Konuyla ilgili olarak 5510 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 5754 sayılı Kanuna ilişkin TBMM alt komisyon raporunda bu değişiklik hakkında, (Ücretsiz doğum ya da analık izin sürelerinin de borçlanılacak sürelerden sayıldığı, bu sürelerde kadın çalışanların doğum ve çocuk bakımı gibi özel bir durum nedeniyle izin kullandığı, bunun sonucunda doğum yapan kadının sosyal güvenlik alanındaki bir hakkı kullanmasından dolayı emeklilikle ilgili sürelerini tamamlamak için ortaya çıkan bir maliyete katlanmak zorunda kalacağı, oysa çocuk bakımının aynı zamanda toplumsal olarak devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu...) görüşlerine yer verilmiştir. Bu yaklaşım, cinsiyeti sebebiyle sosyal güvenlik şemsiyesinde farklı muamele görmesi gereken ve başta yaşlılık aylığı olmak üzere çeşitli sosyal güvenlik hakları yönünden de bu şekilde değerlendirilen kadınlar için karşı cinsle eşitliği sağlayıcı bir bakış açısı getirecektir. Böylelikle, prim yatırma imkânı bulunmadığı halde yasa koyucunun çeşitli saiklerle sigortalılık imkânı sunmak ve prim süresine eklemek istediği bu gibi dönemlerin telafisine yönelik getirilen borçlanma müessesesinin amacı da gerçekleşmiş olacaktır." şeklinde açıklanmaktadır.

Bu düzenleme ailenin korunmasına yönelik önemli bir düzenlemedir. Bu düzenleme nüfusun sağlıklı bir biçimde artışına verilen önemli bir destektir. Bu düzenleme Türk toplumunun sağlıklı gelişmesi ve geleceği açısından atılmış çok önemli bir adımdır. Bu düzenleme nüfusun negatif büyümesi riskine karşı da alınmış önemli bir tedbirdir. Analık nedeniyle sosyal güvenlik haklarında kayba uğramış ve uğraya-

cak kadın işçilerin karşılaşacakları mağduriyetleri telafi için atılmış büyük ve önemli adımdır.

KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu karar gerekçeleri yeterli olmamakla birlikte yerinde bir karardır. Türk hukukunda borçlanma hakları bugüne kadar aynı statüde herkese tanınmış; kanunların yürürlüğünden önce ya da sonra ayırımı yapılmaksızın bu haktan sigortalılar eşit bir biçimde yararlanmışlardır. Doğum borçlanma hakkı bakımından da aksi bir uygulamanın olması kabul edilemez, hakkaniyetle bağdaşmaz.

Doğum borçlanma hakkının tanınması, kadın sigortalılar bakımından bir ihtiyaçtır. Doğum borçlanma hakkı, niteliği itibarı ile sosyal ve ekonomik niteliği olan bir haktır. Ekonomik ve sosyal haklar genel nitelikli haklardır. Bu haklar konusunda belirli kimselere ayrımcılık ve ayrıcalık tanınmaz. Kaldı ki devlet vatandaşlar arasında hakların tanınması ve kullanılmasında hususunda eşit davranmak zorundadır (Any. m. 10).

Kanunlar aksine bir hüküm bulunmadığı sürece geriye yürümezler. Bu genel bir hukuk kuralıdır. Kanun ile tanınan hakların belirli bir tarihten sonra kullanılması öngörülebilir. Düzenleme yapılırken kanun koyucu uygulama tarihinden öncekilerin bu haklardan faydalanmasını sağlayıcı tedbirleri de almak zorundadır. Hukuk devleti ve fırsat eşitliği bunu gerekli kılar. Kanunlarda yer alan geçici hükümlerin de fonksiyonu budur.

Kanunun gerekçesine bakıldığında kanun koyucunun bu hakkı bütün sigortalı kadınlara tanıdığı görülmektedir. Kanun koyucu bu hakkı belirli bir tarihten sonra uygulanacak bir hak olarak düzenlemiş değildir. Eğer kanunda bu yönde açık bir düzenleme yok ise kanunun tanıdığı hakkın kanunun yürürlük tarihinde sonra uygulanmasının ve kullanılmasının öngörülmediğini anlamak gerekir. Düzenlemeyi doğum borçlanmasından kanunun yürürlük tarihinden sonra doğum yapan sigortalı kadınlara tanınan bir hak olarak anlamak kanunun amacını aşan bir yorum olur. Kanunların uygulanması ile ilgili genel kuralı da haklar açısından böyle an-

lamak gerekir. Bu itibarla Yüksek Yargıtay'ın yerel mahkemenin aksine düşünce ile vermiş olduğu kararı bozması doğru ve yerinde olmuştur.

Kanunların yürürlük tarihinden sonra hüküm ifade edeceği kuralını hakların uygulanmasının yürürlük tarihinden sonra başlayacağı biçiminde anlamaz ve yorumlamaz isek; kanun koyucunun amacının ötesinde çok daraltıcı bir yorum yapmış oluruz.

Anayasamıza göre yasama, yürütme ve yargı erkleri biri diğerinin yerine geçerek karar veremez hükmünü getirmiştir. Yargı organları olarak mahkemeler de karar verirken bu hükmü göz ardı edemezler. Ancak yargı organları kimi zamanlar kişilerin hak kayıplarını önlemek, adaleti temin etmek ve haksızlığı önlemek için kanunların yorumunda genişletici yorumlara yönelebilmektedirler. Yargıtay'ın bizce doğru olan yorumu da bu anlamda bir yorum niteliğindedir.

daha ayrıntılı bir düzenlemenin yapılmış olması idi. Mahalli mahkemenin bu verdiği karar, hukuk açısından kural olarak yerinde bir karar olarak görülebilir. Ancak kanunun bu şekilde yorumlanması ve uygulanması durumunda; düzenleme vatandaşlar arasında büyük bir ayrımcılığa yol açacak; kanunun yürürlüğünden önce iki doğum yapmış olan bir ana ile kanunun yürürlüğünden sonra iki doğum yapmış aynı yaşta iki ana arasında sosyal güvenlik bakımından hak kayıpları ve mağduriyetlerin doğmasına yol açacaktır. Kanun koyucunun bu farklılığı doğal sayarak böyle bir düzenleme yapma yoluna gitmiş olabileceğini düşünmek mümkün müdür?

Kanun koyucunun iki çocuk ile ve 4 yıl süre ile sınırlama yapması anlaşılabilir bir durumdur. Nüfus artışına yol açmamak; sigorta aktüeryasına olumsuz etki etmemek; ya da çalışmamayı desteklememek gibi bazı sınırlamaların öngörülmesi anlaşılabilir bir durumdur. Ancak kanun

Kadın sigortalı işçilere doğum borçlanması hakkının tanınması son derece önemli ve yerinde bir düzenlemedir.

Öte yandan sosyal güvenlik hakkı ekonomik ve sosyal nitelikli bir temel haktır⁹. Temel bir insan hakkı olarak, bütün insan hakları belgelerinde yer alan bir haktır. Sosyal güvenlikle ilgili bir hak tanınır iken bu hakkın kullanımının kanunda belirli tarihten itibaren kullanılacağı açıkça düzenlenmemiş ise bu hak bütün hak sahiplerine tanınmış bir hak olarak kabul edilmek gerekir. Kanunda öngörülen genel kuralın burada uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder.

Sosyal güvenlik hakkının bir temel insan hakkı olması, devletin insan haklarına dayalı sosyal bir hukuk devleti olması, doğum borçlanması hakkına dair düzenlemelerle ilgili yargı organlarının geniş bir yorum ile kanunun yürürlük tarihinden önceki doğumlar açısından da bir hak olarak tanınmasına meşruiyet vermektedir.

Ancak işin doğrusu kanunda bu konuda

koyucunun bu düzenleme ile doğum yapan bütün analara iki çocuk ile ve 4 yıl ile sınırlı bir borçlanma hakkı tanımak istediği tartışılmaz bir husustur. Bu hakkın bütün vatandaşlara tanındığına da hiç şüphe bulunmamaktadır. Şu halde geriye tek bir husus kalmaktadır ki o da kanuni düzenlemede kanun koyucu düzenleme yaparken bir ayrıntıyı göz ardı etmiştir. Yargının bu noktada biraz sınırlarını zorlayan bir yorum ile bu hakkı geçmişe etkili olarak uygulanmasını sağlayarak karar vermesi; hakkaniyetli, adil ve kanun koyucunun iradesine uygun bir kararın ortaya çıkmasını sağlamıştır.

SONUÇ

Kadın sigortalı işçilere doğum borçlanması hakkının tanınması son derece önemli ve yerinde bir düzenlemedir. Yargı kararında da işaret edildiği gibi bu hak sigorta tescili yapılmış kadın işçilere çocuk ve süre sınırlı olarak veril-

miş bir haktır. Bu hak yine yargı kararında işaretilendiği gibi kanunun yürürlük tarihinden itibaren bütün kadın sigortalı işçiler açısından tanınmıştır. Düzenlemeyi mahalli mahkeme kararında olduğu gibi kanunun yürürlük tarihinden itibaren kullanılacak bir hak olarak anlamak kanun koyucunun maksadı ile bağdaşmayacak bir yorum olurdu. Üstelik sosyal hakların niteliği ile de bağdaşmazdı. Yargı bu yorumu ile amaca ve hakkın niteliğine uygun bir yoruma gitmiştir.

Ailenin korunmasına da destek sağlayan bu hak, bütün kadın sigortalılara belirli şartlar içinde tanınmış bir haktır. Bu hakkın kullanılması ancak kanunun yürürlük tarihinden itibaren mümkün olabilecektir. Kanunun yürürlük tarihinden önce doğum yapmış ve çocuklarını yetiştirmek için çalışma hayatından çekilmek zorunda kalmış ya da başka nedenlerle doğumdan sonraki iki yıl içinde sigortalı borçlanma imkânının tanınması son derece yerinde ve önemli bir boşluğu dolduracak nitelikte bir karardır. Kanuni düzenleme tereddüde yer vermeyecek açıklıkta olabilirdi.

Yargının sınırları aşan geniş yorumuna dayalı karar aldığı ileri sürülebilir. Ancak kanunun gerekçesinde kadın işçilere doğum borçlanma hakkının getirildiği açıkça ifade edilmektedir. Kanunun yürürlük tarihi borçlanma başvurusunun yapılması ve bu hakkın kullanılması bakımından hüküm ifade eder. Kanunla tanınan borçlanma hakkının kanunun yürürlük tarihinden önce doğum yapmış kadınların kullanamayacağı bir biçimde yorumlanması kanunun amacı ile çelişir. Aksi yorum kanun koyucunun iradesini aşan; kanun koyucun asla istemediği; murat etmediği bir yorum olur. Kanun koyucu kadın işçilere belirli şartlar içinde doğum borçlanma hakkı tanıdığı ve bu hak kanunun yürürlük tarihten itibaren kullanılabilir. Düzenlemenin yürürlük tarihinden sonra doğum yapmış kadın sigortalılarca kullanılabilir bir doğum borçlanma hakkı olarak anlaşılması kanun koyucunun amacı ile de bağdaşmaz. Kanun koyucu açıkça bu haktan ancak kanunun yürürlük tarihinden sonra doğum yapmış kadın sigortalıların yararlanacağını düzenlenmemiş ise kanunun tanıdığı doğum borçlanma hak-

kını kanunun yürürlük tarihinden önce doğum yapmış sigortalılara da tanıdığı kabul etmek ve düzenlemeyi bu şekilde anlamak hukuka ve kanun koyucunun amacına daha uygundur. Açıklanan nedenlerle doğum borçlanma hakkının, kanun yürürlük tarihinden itibaren kullanılacak, kanunun yürürlük tarihinden önce ya da sonra doğum yapmış ayrımı yapılmaksızın, şartları taşıyan bütün sigortalılara tanınmış bir hak olarak yorumlayan yüksek Yargıtay'ın kararı yerindedir. Kanun koyucunun maksadına da hukuka da uygun bir karar niteliğindedir.

DİPNOTLAR

- 1 Kurumun tebliği de bu konuda net bir ifadeye yer vermiş olmadığı için uygulayıcıların farklı değerlendirmede bulunmaları normal karşılanmalıdır. Bkz: Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (RG.27.09.2008 Tarih ve 27011 Sayı).
- 2 TUNCAY, A. Can-EKMEKÇİ, Ömer: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 466 vd.
- 3 Hizmet borçlanması hakkında geniş bilgi için bkz: ŞAKAR, Müjdat: "Sosyal Sigortalarda Hizmet Borçlanması", Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, C. 3., Y. 1986, aynı yazar: Sosyal Sigortalar Uygulaması, Der yayınları: İstanbul 2006, s. 331 vd.; TUNCAY, A. Can-EKMEKÇİ, Ömer: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 467 vd.
- 4 KILIÇOĞLU, Mustafa: Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Turhan kitabevi, Ankara 2002, s. 127 vd.
- 5 AKIN, Levent: Bağ-Kur Sigorta Yardımları, Alfa Yayınları, İstanbul 1996, s.103 vd.
- 6 SENYEN, Kaplan, Emine Tuncay: Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999. AKTAY, Nizamettin-ARICI, Kadir-SENYEN/KAPLAN, Emine Tuncay: İş Hukuku, Ankara 2009.
- 7 Sosyal güvencilikte ailenin korunması bakımından en önemli sigorta alanı aile ödenekleri ya da aile yardımları olup henüz sosyal sigorta hukukumuzda kazandırılmamış bir risk alanıdır. Toplumun temeli olan ailenin desteklenmesi bakımından doğum borçlanması ailenin sosyal güvenliği yönünden dolaylı bir destek sistemi sayılmalıdır. Bkz.: KURTULMUŞ, Sevgi: Teorik Esasları ve Tatbikatları Bakımından Aile Ödenekleri, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Bilim Serisi 102, Ankara 1997, s. 36 vd.; çalışmanın kesintiye uğramasının sosyal sigorta hakları bakımından da olumsuz sonuçları olabilmektedir. Bu hususta geniş bir değerlendirme için bkz.: BAŞTERZİ, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007, s. 104 vd.
- 8 UŞAN, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Seçkin yayınları, Ankara 2009, s. 248-249.
- 9 AKAD, Mehmet: Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, Kazancı, İstanbul 1992, s.49 vd.