

Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doğum Borçlanmasına İlişkin Yargıtay Kararı Tahlili

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2011/15064

Karar No : 2011/16202

Tarihi : 28.11.2011

DAVA

Dava, davacının yapmış olduğu doğum borçlanmalarının 5510 sayılı Yasanın 4-a maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve tahsise hak kazandığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği üzere davanın kısmen kabul kısmen reddine karar verilmiştir.

Hükmün, taraflar avukatları tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi N. Ş. tarafından düzenlenen rapora dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin

gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık, öncelikle 5510 sayılı Kanunun 41/1-a maddesi ile hukukumuzda ilk kez düzenlenen ve kısaca doğuma dayalı borçlanma olarak nitelendirilebilecek borçlanma hakkının kullanılması halinde borçlanılan sürelerin, aynı Yasanın 4. Maddesinde sayılan sigortalılık türlerinden hangisi kapsamında geçmiş sayılacağına ilişkindir 5510 sayılı Kanunun, "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 isti-

naden 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, aynı maddenin 4. fıkrasında ise ; "Borçlandırılan süreler, uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından;

a) Birinci fıkranın (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentleri gereği borçlananlar, borçlandırıldığı tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,

b) (Değişik bend:13.02.2011 - 6111 S.K./30.mad) Birinci fıkranın (c) ve (ı) bentleri gereği borçlananlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine, (i) bendine göre borçlananlar ise 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine göre, sigortalılık süresi olarak değerlendirilir." hükmü getirilmiştir. Kurum, 4. fıkranın a bendinin ifadesinden, 5510 sayılı Kanunun 4-a bendi kapsamındaki sigortalı kadının, doğum borçlanmasını yaptığı tarihteki, bulunduğu sigortalılık türünde geçmiş süreden sayılacağı yorumu ile dava konusu uyuşmazlık oluşmuştur.

Oysa ki; Sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve 5510 sayılı Kanunda, 4/1-a maddesi kapsamındaki sigortalıların lehine olan 41/1. a düzenlemesinde, "a" bendinin ilk kısmında yer verilen borçlanma imkanı, çalışırken ücretsiz doğum, ya da, analık izni kullanılan sürelerle ilişkindir ki bu, doğal olarak daha önce sigortalı olmayı gerektirdiği gibi, aynı bendin ikinci kısmındaki borçlanma imkanı ise

doğrudan ve sadece 4 /1.a kapsamındaki sigortalı kadına tanınmış ve borçlanacağı süre (doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmayacağı süre) olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu imkandan yararlanabilmek için de, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, aynı Kanunun 4-a bendi kapsamında sigortalı olması gerektiği Dairemizin yerleşmiş içtihatları ile kabul edilmiştir. Borçlanma ile kazanılan sürelerin, doğumdan sonraki en fazla iki yıla ait olması, öncesinde aynı Kanunun 4/1-a kapsamında sigortalı olmak gerektiği şartları gözetildiğinde borçlanma ile kazanılan sürelerin, yine, 5510 sayılı Kanunun 4/1-a bendi kapsamında geçmiş sayılması, maddenin amacına ve kapsamına uygun olacaktır. Aksi halde, tüm sigortalılara yaygınlaştıran bir düzenleme niteliğinde olmayan bu hakkın başvuru şartları ile sonuçları birbirinden farklı ve çelişki oluşturacak şekilde olacağından, bu da çıkarlar dengesi ve adalet duygusuna aykırı olacaktır.

Somut olayda, davacının, doğum borçlanması yaparak kazandığı sürelerin, 5510 sayılı Yasanın 4/1-a bendi kapsamında sayılması ve tahsis koşullarının buna göre değerlendirilmesi gerekirken, madde metnine yanlış anlam verilerek, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması isabetsizdir.

O halde, taraflar avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 28.11.2011 günü oybirliği ile karar verildi.

I. OLAYIN ÖZETİ

Yüksek Mahkeme'nin kararından anlaşıldığı

kadarıyla davacı, yapmış olduğu doğum borçlanmasının 5510 sayılı Yasa'nın m.4/1, a hükmü kapsamında değerlendirilmesi ve tahsise hak

kazandığının tespitini talep etmiş, Yerel Mahkeme tarafından, davanın kısmen kabul, kısmen reddine karar verilmiştir.

II. HUKUKİ SORUN

Yargıtay kararına konu uyuşmazlıkta hukuki sorun, 5510 sayılı Kanun'un m. 41/I, a bendi kapsamında yapılan doğum borçlanması işleminin m. 4/I, b statüsünde iken yapılması halinde, borçlanma işlemine konu olan sürelerin hangi statüden sayılması gerektiğine ilişkindir.

III. YEREL MAHKEMENİN KARARI

Yargıtay'ın inceleme konusu olan kararının somut olay yönünden yeteri kadar açık olmadığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin kararında yer alan açıklamadan ve bozma kararı ve gerekçesinden, Yerel Mahkeme'nin, 5510 sayılı Kanun'un m. 41/I, a kapsamında kadın sigortalının doğum borçlanması işleminin m. 4/I, b statüsünde sigortalı iken yapıldığı için borçlanmaya konu sürelerin m. 4/I, b kapsamında sayıldığı anlaşılmaktadır.

IV. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI

Yüksek Mahkeme'nin kararında, davacının, doğum borçlanması yaparak kazandığı sürelerin, 5510 sayılı Yasa'nın 4/1, a bendi kapsamında sayılması ve tahsis koşullarının buna göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek, Yerel Mahkeme'nin kararının bozulduğu görülmektedir.

V. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. Hizmet borçlanmaları bilindiği gibi, sigortasız olarak geçirilen ve kanunda sınırlı sayı esasına göre düzenlenmiş olan bazı sürelerin, mevzuatta öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, sigortalılık başlangıcı ve dolayısıyla sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır. Hizmet borçlanması hakkı, sigortalılara tanındığı gibi, sigortalıların ölümü halinde hak sahiplerine de tanınmaktadır. Bilindiği gibi, hizmet borçlanmaları, bazı sosyal sigorta hak ve yü-

kümlülüklerini, bu bağlamda, bazı konularda hak kazanma koşullarını doğrudan etkilemektedir. İşte bu nedenle, borçlanılan sürelerin hangi statüde değerlendirileceği önemli hale gelmektedir.

Uygulamada, borçlanılan süreler, borçlanma talep tarihindeki statüye göre değerlendirilmektedir. Bu durum ise, sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerine etki etmekte, bazı hakların kazanılmasında farklılıklara neden olabilmektedir. Bu nedenle, makalemizde de esas olarak, borçlanma talep tarihindeki statünün borçlanılan sürelerle etkisi incelenmeye çalışılacak, yeri geldikçe bağlantılı olan konulara da yer verilecektir. Hizmet borçlanmasının kapsamı ve borçlanmaya hak kazanma koşulları gibi hususlar ise kural olarak çalışmamızın kapsam dışında tutulmuştur. Bununla birlikte, doğum borçlanmasına ilişkin olarak, konunun önemi ve diğer hususların daha iyi anlaşılması bakımından, borçlanma talep tarihindeki statünün etkisine ilişkin hususların yanı sıra, doğum anındaki statünün doğum borçlanmasına olan etkisine de değinilecektir.

Bilindiği gibi, hizmet borçlanmalarına ilişkin temel esaslar 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenmiştir. Başka kanunlarda da hizmet borçlanmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır¹. Hizmet borçlanması ile ilgili olarak, Kanun hükümlerinin yanı sıra, yönetmelik, tebliğ ve genelgelerde düzenleme yapılmış olup, bunlara yeri geldikçe yer verilecektir.

2. Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanun'un m. 41/I, a bendinde, Kanun'un m. 4/I, a bendi kapsamındaki sigortalı kadına, belirli koşullarla doğum borçlanması hakkı tanınmış bulunmaktadır.

Kanun'un 41. maddesinde, m. 4/I, a 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, kendisinin veya hak sahiplerinin borçlanması suretiyle, belirtilen düzenlemede öngörülen koşullar yerine getirilerek sigortalılıktan saydırılabileceği ifade edilmektedir² (m. 41/I, a).

Doğum borçlanması hakkı m. 4/I, a kapsamındaki kadınlara tanınmış bir hak olup, borçlanmanın da ne zaman yapılırsa, hangi statüde iken yapılırsa yapılsın, yine m. 4/I, a kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

3. Kanun'un 41. maddesinde, borçlanılan hizmet sürelerinin hangi statüde değerlendirileceğine ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Belirtilen düzenlemeye göre, "Borçlanılan süreler, uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından; a) Birinci fıkranın (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentleri gereği borçlanılanlar, borçlandığı tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre...sigortalılık süresi olarak değerlendirilir." (m.41/IV).

Aynı husus Yönetmelikte³, "Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının; a) (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentleri gereği borçlanılan süreler, talep tarihinde tabi olunan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının ilgili bendine göre, b) (c) ve (ı) bentleri gereği borçlanılan süreler, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası bakımından prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilir." şeklinde düzenlenmiştir (m.66/IV).

Tebliğ'de⁴ ise, Kanun ve Yönetmeliktekilere benzer hükümlere yer verdikten sonra, "5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi uyarınca haklarında 5434 sayılı Kanunun mülga hükümleri uygulanacak olan sigortalıların 41 inci maddenin (a), (f) ve (g) bentlerine göre borçlandırılan süreleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, c) 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı devam edenlerden daha önce 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında sigortalılığı bulunanların borçlanılacak süreleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, sigortalılık süresi olarak değerlendirilir." denilmektedir (Teb. m. 10/II).

Kurum'un 2008/111 sayılı Genelgesi'nde⁵ borçlanılan sürelerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak aşağıdaki düzenlemeye yer verildiği görülmektedir: "...2008 yılı Ekim ayı başından sonra ilk defa 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi gereğince sigortalı olanların 41 inci maddeye göre borçlandıkları süreleri, uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından, (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde belirtilen borçlanmaları yapanlar için, borçlanılan tarihteki 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının ilgili bendine göre, (c) ve (ı) bentlerinde sayılan borçlanmaları yapanlar için ise 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir..." (2008/111 sayılı Genelge, D, I).

Genelge'de ayrıca doğum borçlanmasının hangi statüden sayılacağına ilişkin olarak örnek verilmiştir: Buna göre, "...İlk defa 15/03/1992 tarihinde 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi çalışmaya başlayıp 01/01/1999-01/01/2001 tarihleri arasında 2 yıllık doğumda geçen süresi bulunan sigortalı (B), 15/08/2007 tarihinde Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalı olmuş ve 11/03/2009 tarihinde de doğumda geçen süresini borçlanmak için Kuruma müracaat etmiştir. Bu sigortalının borçlanma işlemi 41 inci maddeye göre sonuçlandırılacak, borçlandığı süreler de hizmet ve kazanç olarak 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir...." (2008/111 sayılı Genelge, D/2, Örnek 2).

2010/106 sayılı Genelge'de⁶ ise, "...a) 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin (c) ve (ı) bentlerine göre borçlandırılan süreler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında; aynı maddenin (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine göre borçlandırılan süreler ise borçlandığı tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,

b) Sigortalılığı sona erdikten sonra 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine göre borçlandırılan süreler, en son sigortalılık statüsüne göre... sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir." (2010/106 sayılı Genelge, 3, I).

4. a) 5510 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen 41/IV hükmünde, Kanun'un m. 4/I, a bendine göre borçlananların borçlandığı sürelerin, borçlandığı tarihteki 4. maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre sigortalılık süresi olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir. Konunun ikincil mevzuattaki düzenlemelerde de benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Sosyal Güvenlik Kurumu, 2008/111 sayılı Genelge'de, Kanunun m. 41/IV hükmünde yer alan borçlanılan sürelerin değerlendirilmesine ilişkin hükmüne istinaden, isabetli bir şekilde ve örnekleme suretiyle, m. 4/I, a kapsamında borçlanılan sürelerin m. 4/I, a kapsamında sayılacağı yönünde düzenle yapmıştır. Belirtilen örnek aşağıdaki gibidir:

"İlk defa 15/03/1992 tarihinde 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi çalışmaya başlayıp 01/01/1999-01/01/2001 tarihleri arasında 2 yıllık doğumda geçen süresi bulunan sigortalı (B), 15/08/2007 tarihinde Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalı olmuş ve 11/03/2009 tarihinde de doğumda geçen süresini borçlanmak için Kuruma müracaat etmiştir. Bu sigortalının borçlanma işlemi 41 inci maddeye göre sonuçlandırılacak, borçlandığı süreler de hizmet ve kazanç olarak 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir...." (2008/111 sayılı Genelge, D/2, Örnek 2).

2008/111 sayılı Genelge'de yer verilen örnek olayda, m. 4/I, a kapsamında sigortalı olduktan sonra doğum yapan ve sonrasında sigortasız olarak geçirilen iki (2) yıllık sürenin m. 4/I, b kapsamında sigortalı olduktan sonra borçlanılmak istemesi halinde, borçlanılan sürelerin hizmet ve kazanç olarak m. 4/I, a bendine tabi sigortalılık süresi olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Uygulamada 2008/111 sayılı Genelge'nin yürürlükte olduğu dönemde, m. 4/I, a kapsamında doğum borçlanması işlemleri bakımından, borçlanılan tarihte hangi statüde olunursa olunsun, borçlanılan süreler m. 4/I, a kapsamında değerlendirilmiştir. Bu husus, Kurum tarafından, sigortalılara verilen belgelerde ve Kurumun resmi internet sitesinde bu yönde

borçlanma yapan/yapılan sigortalıların bilgileri arasında yer almaktadır. Bilindiği gibi, borçlanma işlemi hayatta iken sigortalıların kendisi, ölümlerinden sonra ise geride kalan hak sahipleri tarafından yapılabilmektedir.

b) 2010 yılına gelindiğinde ise, Sosyal Güvenlik Kurumu, 2010/106 sayılı Genelge'yle, borçlanılan sürelerin değerlendirilmesi bakımından, 2008/111 sayılı Genelge'deki düzenlemenin aksi yönde ve isabetli olmayacak şekilde farklı düzenlemeler getirmiştir.

2010/106 sayılı Genelge'de şu hükme yer verilmiştir: "...a) 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin (c) ve (ı) bentlerine göre borçlanılan süreler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında; aynı maddenin (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine göre borçlanılan süreler ise borçlandığı tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre... sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir." (2010/106 sayılı Genelge, 3, I).

2010/106 sayılı Genelge'de yer alan düzenlemeye ilişkin olarak getirilen örnek aşağıdaki şekildedir: "Örnek 1- 10/11/1998-15/12/2000 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna, 5/1/2005 tarihinden itibaren ise 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalı olan ve 10/3/2001-10/3/2003 tarihleri arasındaki doğum süresini borçlanan sigortalı (M)'nin bu süresi 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılık süresi olarak dikkate alınacaktır."

Belirtilen örnekte isabetsiz bir şekilde, m. 4/I, a kapsamında sigortalı olduktan sonra doğum yapan ve sonrasında sigortasız olarak geçirilen sürenin m. 4/I, b kapsamında sigortalı olduktan sonra borçlanılmak istemesi halinde, borçlanılan sürelerin (b) bendine tabi sigortalılık süresi olarak dikkate alınacağı ifade edilmektedir.

2010/106 sayılı Genelge'ye göre, m. 4/I, a kapsamındaki sigortalı kadın bakımından doğum borçlanması işleminin m. 4/I, b kapsamında sigortalı iken yapılması halinde borçlanılan süreler isabetsiz bir şekilde m. 4/I, b kapsamında değerlendirilmektedir. Oysa, doğum borçlanması hakkı m. 4/I, a kapsamındaki kadınlara tanınmış bir hak olup, borçlanmanın da ne zaman yapılırsa, hangi statüde iken yapılırsa ya-

pılsın, yine m. 4/I, a kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu hakkın m. 4/I, b kapsamında iken kullanılması halinde, m. 4/I, a kapsamında kazanılan bir hakka ilişkin borçlanmanın sırf talep tarihinde m. 4/I, b kapsamında olunması nedeniyle, m. 4/I, b kapsamında değerlendirilmesi yerinde görülemez.

Konuyla ilgili olarak, 2010/106 sayılı Genelge'nin yürürlüğe girdiği dönemde yaptığımız bir çalışmada, Genelge hükmüne dayanılarak yapılan uygulamanın yerinde olmadığını, m. 4/I, a kapsamında yapılan doğum borçlanması işleminin ne zaman ve hangi statüde yapılırsa yapılsın, m. 4/I, a kapsamında sayılması gerektiğini belirtmiş bulunuyoruz⁷.

c) Uygulamada, 2008/111 sayılı Genelgeye uyarınca, m. 4/I, a kapsamında yapılan doğum borçlanması süreleri, borçlanma tarihindeki sigortalılık süresine bakılmaksızın, m. 4/I, a kapsamında değerlendirilmiş, 2010/106 sayılı Genelge'ye göre ise, m. 4/I, b statüsünde iken yapılan borçlanmalar m. 4/I, b kapsamında sayılmıştır. Uygulamada farklı kişilerin, sözü edilen iki farklı Genelgenin uygulandığı dönemlerde yaptığı iki borçlanma işlemine bağlı olarak borçlanılan sürelerin farklı statüde değerlendirildiği bilinmektedir. Öte yandan, daha da önemlisi, aynı kişinin Genelgelerin uygulama döneminde yaptığı borçlanma işlemleri sonucunda, 2008/111 sayılı Genelge kapsamında ilk borçlanma işlemindeki sürenin m. 4/I, a, kapsamında, 2010/106 sayılı Genelge kapsamında yapılan ikinci borçlanma işlemine bağlı sürelerin ise m. 4/I, b kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Doğum borçlanması yapan kişilere ve kamuoyuna söz konusu farklılığın nedenini açıklamak elbette mümkün olamamaktadır.

Özellikle, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 506 sayılı Kanun kapsamında SSK isteğe bağlı sigorta primleri ödemekte iken, 5510 sayılı Kanun kapsamında isteğe bağlı sigorta primi ödemekte olanların uygulamada mağdur olduğu bilinmektedir. Öte yandan, 506 sayılı Kanun döneminde SSK sigortalısı iken, 5510 döneminde isteğe bağlı sigortalı olmak isteyenlerin de benzer şekilde mağdur olduğu tespit edilmiştir. Yine, 5510 sa-

yılı Kanun döneminde m. 4/I, a kapsamında sigortalı iken daha sonra, m. 4/I, b kapsamında zorunlu ya da isteğe bağlı sigorta primi ödeyenler bakımından da aynı sorun yaşanmıştır. Bilindiği gibi, 506 sayılı Kanun'un kapsamında isteğe bağlı sigortalılık⁸ 5510 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından m. 4/I, a kapsamında değerlendirilmekte iken, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonraki dönemde, isteğe bağlı sigortalılık m. 4/I, b kapsamında değerlendirilmektedir. Kurum tarafından, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ya da sonra, uygulama konusunda sigortalıların bilgilendirilmediği ve bu durumun birçok yönden uyumsuzluğa konu olduğu ve yargıya intikal ettiği bilinmektedir.

İşte çalışma konumuz bakımından da uygulamada benzer bir uyumsuzluk yaşanmaktadır. 506 sayılı Kanun kapsamındaki kadın sigortalının ve 5510 sayılı Kanun kapsamında 4/I, a kapsamında kadın sigortalının doğum yapması ve doğumdan sonrası sigortasız olarak geçirdikten sonra, m. 4/I, b kapsamında zorunlu ya da isteğe bağlı sigortalı iken, m. 4/I, a kapsamında tanınan doğum borçlanması için talepte bulunulması halinde, talep tarihinde m. 4/I, b kapsamında sigortalı olunması gerekçe gösterilerek, m. 4/I, a kapsamında tanınan borçlanma hakkına bağlı olarak borçlanılan süreler, 2010/106 sayılı Genelge'deki isabetsiz düzenleme nedeniyle uygulamada yerinde olmayacak bir şekilde m. 4/I, b kapsamında sayılmaktadır.

5. Konuyla ilgili olarak, uygulamada birçok uyumsuzluğun çıktığı ve konunun yargıya intikal ettiği bilinmektedir. Konuyla ilgili uyumsuzluğun ilk defa Yargıtay'ın 10. Hukuk Dairesi'nin inceleme konusu yaptığıımız 28.11.2011 tarih ve E. 2011/15064, K. 2011/16202 sayılı Kararı'nda değerlendirildiği görülmektedir.

Yüksek Mahkeme isabetli bir şekilde, m. 4/I, a bendi kapsamında yapılan doğum borçlanması yapılan sürelerin, borçlanma tarihindeki statüye bakılmaksızın, m. 4/I, a kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. 2010/106 sayılı Genelge'de yer alan hükümlerin ve buna dayalı uygulamaların yerinde olmadığını daha önce yaptığımız bir çalışmamızda belirtmiş bulunuyoruz. Yüksek

Hakkın kazanılmasını ve kullanılmasını doğrudan etkileyen bir konuda Kanun yerine, Genelge ile düzenleme yapılması yerinde kabul edilmeyecektir.

Mahkeme'nin görüşünün de aynı yönde olduğu görülmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin kararında şu hususlara vurgu yapılmıştır: "...Kurum, 4. fıkranın a bendinin ifadesinden, 5510 sayılı Kanunun 4-a bendi kapsamındaki sigortalı kadının, doğum borçlanmasını yaptığı tarihteki, bulunduğu sigortalılık türünde geçmiş süreden sayılacağı yorumu ile dava konusu uyumsuzluk oluşmuştur.

Oysa ki; Sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve 5510 sayılı Kanunda, 4/1-a maddesi kapsamındaki sigortalıların lehine olan 41/1. a düzenlemesinde, "a" bendinin ilk kısmında yer verilen borçlanma imkanı, çalışırken ücretsiz doğum, ya da, analık izni kullanılan sürelerle ilişkindir ki bu, doğal olarak daha önce sigortalı olmayı gerektirdiği gibi, aynı bendin ikinci kısmındaki borçlanma imkanı ise doğrudan ve sadece 4 /1.a kapsamındaki sigortalı kadına tanınmış ve borçlanacağı süre (doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmayacağı süre) olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu imkandan yararlanabilmek için de, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, aynı Kanunun 4-a bendi kapsamında sigortalı olması gerektiği Dairemizin yerleşmiş içtihatları ile kabul edilmiştir. Borçlanma ile kazanılan sürelerin, doğumdan sonraki en fazla iki yıla ait olması, öncesinde aynı Kanunun 4/1-a kapsamında sigortalı olmak gerektiği şartları gözetildiğinde borçlanma ile kazanılan sürelerin, yine, 5510 sayılı Kanunun 4/1-a bendi kapsamında geçmiş sayılması, maddenin amacına ve kapsamına uygun olacaktır. Aksi halde, tüm sigortalılara yaygınlaştıran bir düzenleme niteliğinde olmayan bu hakkın başvuru şartları ile sonuçları birbirinden farklı ve çelişki oluştura-

cak şekilde olacağından, bu da çıkarlar dengesi ve adalet duygusuna aykırı olacaktır."

Yüksek Mahkeme'nin kararında isabetle belirtildiği gibi, doğum borçlanması hakkı sadece m. 4/1, a kapsamındaki sigortalı kadına tanımlanmış olup, buna bağlı olarak borçlanılan sürelerin, m. 4/1, a kapsamına değerlendirilmesi, maddenin amacına ve kapsamına uygun olacaktır. Yüksek Mahkeme'nin de vurguladığı gibi, aksi yöndeki uygulama ile, "... tüm sigortalılara yaygınlaştıran bir düzenleme niteliğinde olmayan bu hakkın başvuru şartları ile sonuçları birbirinden farklı ve çelişki oluşturacak şekilde olacağından, bu da çıkarlar dengesi ve adalet duygusuna aykırı olacaktır..."

Yargıtay'ın görüşünün, hükmün amacına ve hukuka uygun olduğu tartışmasızdır. Yargıtay'ın benzer yaklaşımının, aynı konuda çıkan diğer uyumsuzluklar bakımından da geçerli olacağı kanaatindeyiz. Zira, SGK uygulamasında, 2010/106 sayılı Genelge'de yer alan ve isabetli olmayan diğer bir hüküm de benzer mağduriyetlere neden olmaktadır.

6. 2010/106 sayılı Genelge'de yer alan konuyla ilgili olarak şu hükümlere yer verilmiştir: "...b) Sigortalılığı sona erdikten sonra 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine göre borçlandırılan süreler, en son sigortalılık statüsüne göre... sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir..." (2010/106 sayılı Genelge, 3, I, b).

"...e) 5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesi kapsamında zorunlu sigortalılığı sona erdikten sonra isteğe bağlı sigortaya prim ödeyenlerden sigortalılığı sona erdikten sonra 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine göre borçlandırılan süreler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında... sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir..." (2010/106 sayılı Genelge, 3, I, e)°.

Genelge'nin belirtilen hükümlerinde, sigortalılığın sona ermesi ile ifade edilmek istenilen, aktif sigortalılığın sona ermesidir.

2010/106 sayılı Genelge'de yer alan isabetsiz düzenlemelere göre, sigortalılığın sona erdiği tarihten sonra borçlanma talebinde bulunulması halinde, borçlanılan süreler son sigortalılık

süresine göre değerlendirilmektedir. Belirtilen düzenlemelere göre, m. 4/I, a kapsamındaki sigortalı kadının doğum yaptıktan sonra sigortasız olarak geçirdiği sürelerin, m. 4/I, b kapsamında sigortalı olunması ve bu sigortalılığın da sona ermesinden sonraki bir dönemde borçlanılmak istemesi halinde, borçlanılan süreler m. 4/I, b kapsamında (son sigortalılık statüsünden) sayılmaktadır. Böyle bir düzenlemenin ve uygulamanın yerinde olduğu söylenemeyecektir. Bu yöndeki düzenleme ve uygulamayla, m. 4/I, a kapsamında verilen borçlanma hakkına bağlı olarak borçlanılan süreler m. 4/I, a kapsamında sayılması gerekirken, isabetsiz bir şekilde m. 4/I, b kapsamında değerlendirilmektedir.

Kanun'un 41. maddesinde sözü edilen uygulamaya olanak tanıyan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakkın kazanılmasını ve kullanılmasını doğrudan etkileyen bir konuda Kanun yerine, Genelge ile düzenleme yapılması yerinde kabul edilmeyecektir. Bu tür durumlarda, hükmün getiriliş amacına, tanınan hakkın kazanılması ve kullanılmasına yönelik hukuka ve adalete uygun bir düzenleme ve uygulama yapılması gerekmektedir. Oysa, Genelge'deki düzenlemelerle, m. 4/I, a kapsamında kabul edilmesi gereken süreler, m. 4/I, b kapsamında sayılarak, sözü edilen sürelerin değerlendirilmesi suretiyle kazanılacak hakların kazanılması ve kullanılması imkansızlaşmakta, gecikmekte ya da ağır koşulların gerçekleşmesine bağlanmış olmaktadır. Bu yöndeki isabetsiz uygulamalar, sigortalı gibi, ölümü halinde geride kalan hak sahipleri bakımından da önem arz etmektedir.

7. Doğum borçlanması sürelerinin m. 4/I, b kapsamında sayılmasıyla, hizmet birleştirmesi sonucunda, son 7 yıllık fiili hizmet süresinin yarıdan fazlasının m. 4/I, b kapsamında olması nedeniyle, uygulamada mağduriyetler yaşanmaktadır. Zira, m. 4/I, a kapsamında sayılacağı ve emekliliğe hak kazanacağı düşüncesiyle borçlanma yapan kişiler, Kurumun belirtilen uygulaması nedeniyle zor durumda kalmaktadırlar. Ölen sigortalıların hak sahipleri de benzer sorunla karşılaşmaktadır.

Uygulamada yaşanan benzer sorunların giderilmesi amacıyla SSİY m. 69 hükmüne eklenen

11. bent ile yeni bir düzenleme getirilmiştir¹⁰. Sözü konusu düzenlemeye göre, 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre yapılan borçlanmalarda aylık bağlanmamış olması şartıyla borçlanma tutarının tamamı sigortalının talebi halinde bir defaya mahsus olmak üzere iade edilmektedir. İşte 2010/106 sayılı Genelge'nin neden olduğu mağduriyetler kısmen belirtilen hüküm ile giderilmeye çalışılmıştır. Zira, belirtilen hüküm ile, doğum borçlanması yapılan süreleri m. 4/I, b kapsamında sayılan kişiler, söz konusu borçlanma işlemini iptal ettirdikten sonra, m. 4/I, b kapsamında sigortalı olduktan sonra yeniden borçlanma işlemi yaparak, borçlanılan süreleri m. 4/I, a kapsamında saydabilmiştir. Bu uygulamalar yapılırken, gerçekten m. 4/I, a kapsamında sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışanlar olduğu gibi, herhangi bir gerçek/fiili çalışması olmadığı halde m. 4/I, a kapsamında sigortalı olarak gösterenlerin de olabileceği tahmin edilmektedir. Ancak, uygulamada yaşanan sorunların birçoğu bakımından uyumsuzlukların yargıya intikal ettiği bilinmektedir. İnceleme konusu yaptığımız yargı kararı da bu tür uyumsuzluklardan bir tanesine ilişkin olarak verilmiştir.

VI. SONUÇ

Hizmet borçlanmaları, sigortasız olarak geçirilen ve kanunda sınırlı sayı esasına göre düzenlenmiş olan bazı sürelerin, mevzuatta öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, sigortalılık başlangıcı ve dolayısıyla sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır. Hizmet borçlanması hakkı, sigortalılara tanındığı gibi, sigortalıların ölümü halinde hak sahiplerine de tanınmaktadır. Hizmet borçlanmaları ve borçlanılan sürelerin hangi statüde değerlendirileceği, sigortalıların ve geride kalan hak sahiplerinin sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkilemektedir. Bu bağlamda, borçlanılan sürelerin hangi statüde değerlendirileceği önem arz etmektedir. Uygulamada, borçlanılan süreler isabetli olmayan bir şekilde, borçlanma talep tarihindeki statüye ya da sigortalılık sona ermiş ise son sigortalılık statüsüne göre değerlendirilmektedir.

Talep tarihinde m. 4/I (a), (b), (c) bentleri kapsamında olunabileceği gibi, sigortasız da olunabilecektir. Hatta, sigortalı hayatta olmaz ise, hak sahipleri borçlanma yapabilecektir. Konuyla ilgili düzenlemeler, sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerine doğrudan etki etmekte ve bazı hakların kazanılmasında sigortalılar (ve bunların hak sahipleri) bakımından farklılıklara neden olmaktadır. Bu yöndeki uygulamalarla, sigortalılar ve bunların hak sahipleri arasında sosyal sigorta hakları bakımından ayırım yapılması yerinde görülemez. Uygulamada, borçlanma talebinde bulunulmadan önce borçlanılan sürelerin değerlendirilmesi bakımından lehlerine olacak statüye geçmek ve borçlanma talebini bu statüde yapmak zorunda kalınmaktadır. Bu ise, birçok yönden farklı sorunlara neden olmaktadır.

Sosyal devlet, eşitlik, hukuk devleti ilkelelerinin de bir gereği olarak, sosyal sigorta sisteminde sigortalıların ve hak sahiplerinin lehine olacak şekilde uygulama yapılmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.

Kurum, Anayasaya ve Kanuna aykırı bir şekilde farklı düzenleme ve yorumlarla farklı yönde uygulamalar yaparak, sigortalıları ve hak sahiplerini mağdur edebilmektedir. Öte yandan, yaşanan sorunlar, Kurumu, sigortalıları, hak sahiplerini, yargı organları gelir-gider, emek ve zaman vb. yönlerden zarara uğratmaktadır. Yaşanan sorunların çözümü bakımından, yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ve mevzuatta değişiklik yapılması gerektiği bir gerçektir. Bu bağlamda doğum borçlanmasına ilişkin olarak yaşanan diğer sorunları da kapsayacak şekilde, Kanun'un 41. maddesinde yapılacak yeni düzenlemelerle, borçlanılan sürelerin değerlendirilmesi bakımından, hukuka uygun adil hükümlerin getirilmesi yerinde ve isabetli olacaktır.

DİPNOTLAR

- Hizmet borçlanmalarında ayrıntılı bilgi için bkz; Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, 490 vd.; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, 512 vd.; Şakar, Müjdat; Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9. Bası, İstanbul 2009, 329 vd.; Uşan, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun, Temel Esasları, Ankara 2009, 248 vd.; Kılıçoğlu, Mustafa; Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara 2002, 1 vd.; Karakaş, İsa; Hizmet Borçlanması ve Birleştirilmesi Rehberi, Ankara 2010, 1 vd.; Okur, Ali Rıza, Askerlik Borçlanmasının Sigortalılık Süresine Etkisi (Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?) Çimento İşveren, Eylül 2001, 3-4; Şakar, Müjdat; Sosyal Sigortalarda Hizmet Borçlanması, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, 1987, C. 5, S. 1-2, 685 vd.; Ocak, Saim; SGK Hizmet Borçlanması, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, III. Sempozyum/2011, 39 vd.
- Doğum borçlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 491-494; Şakar, Müjdat; Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9. Bası, İstanbul 2009, 330-331; Tuncay/Ekmekçi, 513 vd.; Uşan 251; Ocak, Saim; Hizmet Borçlanmalarında Talep Tarihindeki Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi, Sicil Dergisi, Aralık 2010, S. 20, 153 vd.; SGK Hizmet Borçlanması, 40 vd.; Tuncay, A. Can; Doğum İzni Borçlanması (Karar İncelemesi), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010, S. 27, 1015 vd.; Özkaraca, Ercüment; Doğum Borçlanması-Karar İncelemesi-, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010, S. 26, 501 vd.; Özer, Hatice Duygu; Doğum Borçlanması, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, C. II, 1137 vd.
- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği (RG. 12.05.2010, 27579).
- Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (RG. 01.07.2010, 27628).
- 26.12.2008 tarih ve 2008/111 sayılı Genelge.
- 16.09.2010 tarih ve 2010/106 sayılı Genelge.
- Ocak, Hizmet Borçlanmalarında Talep Tarihindeki Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi, 153 vd.; SGK Hizmet Borçlanması, 103.
- 5510 sayılı Kanun'dan önceki dönemde, isteğe bağlı sigortalılık, 506 sayılı SSK, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu ve 5434 sayılı TC Emekli Sandığı kapsamında ayrı ayrı uygulanmaktaydı. 5510 sayılı Kanun döneminde ise isteğe bağlı sigortalılık sadece m. 4/, b kapsamında (önceki dönemdeki Bağ-Kur) sayılmaktadır.
- Aynı Genelge'de konuyla ilgili farklı düzenleme ve örneklerle de yer verildiği görülmektedir. Genelge'ye göre, "5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi uyarınca haklarında 5434 sayılı Kanunun mülga hükümleri uygulanacak olan sigortalıların 41 inci maddenin (a), (f) ve (g) bentlerine göre borçlandırılan süreleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında değerlendirilecektir." Genelge'de konuyla ilgili olarak yer verilen örnek şu şekilde kaleme alınmıştır: "Örnek. 3. 27/10/1995-1/5/1996 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna tabi çalışması bulunan, 4/7/2000 tarihinde 5434 sayılı Kanuna tabi göreve başlayarak halen bu görevine devam eden ve 22/4/1999-3/7/2000 tarihleri arasındaki doğum sonrası süresini borçlanan sigortalı (O)'nun bu süresi 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalılık süresi olarak dikkate alınacaktır."
- Sözü edilen düzenleme, 16.06.2011 tarih ve 27966 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in m. 8/a hükmü ile getirilmiş olup, 1/10/2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir (Yön. m. 24/I, a).