



**T.C.**  
**KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU**

**ŞİKAYET NO** : 04.2003.1707  
**KARAR TARİHİ** : 26/02/2014

**TAVSİYE KARARI**

**ŞİKAYETÇİ** : N.E / Maltepe İstanbul

**ŞİKAYET EDİLEN İDARE** : 1- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı  
Ziyabey Cd. No:6 Balgat Ankara  
2- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı( Resen)

**ŞİKAYETİN KONUSU** : Şikâyetçinin doğum borçlanması talebinin, ilgili idarece söz konusu doğumların sigortalı olarak çalışmaya başlamadan önce gerçekleşmesi nedeniyle reddedilmesidir

**ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ** : 26/08/2013

**I. USÛL**

**A. Şikâyet Başvuru Süreci**

1) Şikâyet başvurusu, Kurumumuza posta yolu ile gönderilen ve 26.08.2013 tarihinde kayıt altına alınan, gerçek kişiler için şikâyet başvuru formu vasıtasıyla yapılmıştır. Şikâyet başvurusunun karara bağlanması için 28/3/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41/1-a maddesi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikâyetin incelenmesine ve araştırmasına geçilmiş, 03.2013/1707 şikâyet nolu Tavsiye önerisiyle Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

**B. Ön İnceleme Süreci**

Yapılan ön inceleme neticesinde, şikâyetin inceleme ve araştırmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

**II. OLAY VE OLGULAR**

**A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları**

3) Şikâyetçi başvurusunda özetle, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten önce yapmış olduğu iki doğum sonrası ikişer yıllık süreyi, 5510 Sayılı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca borçlanma talebinde bulunduğu,

4) Şikâyetçinin 5510 Sayılı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca borçlanma talebinin, idarece, doğum tarihlerinden önce sigortalılık tescilinin olmaması sebebiyle reddedildiğini, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2011/... Esas sayılı, 2011/... Karar sayılı kararının da işlemlerine dayanak alındığının belirttiği,

5) Borçlanma başvurusunun reddi üzerine şikayetçi tarafından, anne olmasından kaynaklanan çalışmadığı dönemlerinin borçlanmasının sağlanması yönünde karar verilmesi istemiyle Kurumumuza başvurulduğu görülmüştür.

### **B. İdarenin Şikayete İlişkin Açıklamaları**

6) Şikayet edilen idarece gönderilen yazılardan, 19/07/2013 tarihinde doğum borçlanma talebinde bulunan N.E'nin çocuklarının 4-a (SSK) tescil başlangıcından önce dünyaya gelmesi nedeniyle borçlanma talebinin 2010/106 no'lu genelge hükümleri gereğince reddedildiği belirtilerek şikayet konusu kapsamında Sigortalı Hizmet Daire Başkanlığı'nın görüş yazısı iletilmiştir.

7) Anılan Daire Başkanlığının yazısında "2008 yılı Ekim ayı başı itibariyle yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile 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 tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

8) Madde metninden de anlaşılacağı üzere doğumdan sonra geçen iki yıllık sürenin borçlandırılması hakkı, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi kadın sigortalılara verilmiş olup, iki yıllık sürenin borçlandırılmasında "hizmet akdine tabi çalışılmaması" koşulu ile doğum tarihinden önce hizmet akdinin var olduğu, ayrıca maddede yer alan "sigortalı kadın" ifadesinden de Kanunun tanımlar başlıklı 3 üncü maddesinde yer alan ve hakkında kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken kişi anlaşılmaktadır.

9) Öte yandan, TBMM Genel Kurulunda söz konusu maddeye ilişkin verilen önerenin gerekçesinde "Doğum yapan kadın sigortalıların çalışmamış olmaları durumundaki çocuklarının daha sağlıklı yetiştirilmesi ve bakımının anneleri tarafından yapılması sırasında işten ayrılmış olmaları nedeniyle bu sürelerini daha sonra borçlanabilmelerine imkân sağlanmıştır" ifadesine yer verilmiştir. Hem madde metninde yer alan "sigortalı kadının" hem de, gerekçede yer alan "kadın sigortalıların çalışmamış olmaları" ve "işten ayrılmış olmaları" ibareleri borçlanma yapacak olan kadınların doğumdan önce hizmet akdine tabi olarak sigortalı çalışıyor olmaları şartının aranması gerektiğini ortaya koymaktadır.

10) Buna göre, doğum borçlanması yapılabilmesi için sigortalının doğumdan önce 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında tescil edilmiş olması ve adına kısa ya da uzun vadeli sigorta kolları yönünden prim ödenmiş olması gerekmektedir." şeklinde görüş belirtilmiştir.

### **C. Olaylar**

Dosya içeriği belgeler ve ilgili idare tarafından iletilen belgelerin tetkikinden;

11) Şikayetçinin çocuklarının 1984 ve 1990 yıllarında doğduğu, şikayetçinin 25/07/1996 tarihinde Bağ-Kur tescilinin yapıldığı,

12) 4/a kapsamında (SSK) tescilinin de 13/10/2010 tarihi itibariyle yapıldığı, şikayetçinin 24/07/2013 tarihinde ilgili idareye başvurarak söz konusu iki doğum nedeniyle borçlanma hakkından yararlanmayı talep ettiği anlaşılmıştır.

13) Kadıköy Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğünün 12/08/2013 tarihli cevabi yazısında "çocuklarının doğum tarihinden önce, SSK başlangıcının bulunmaması nedeniyle 2010/106 sayılı genelge hükümleri gereğince doğum borçlanma talebine karşılık işlem yapılamadığı" belirtilmiştir. 14) Dolayısıyla, söz konusu doğumların tarihinin, sigortalılık tescil tarihinden önce olması nedeniyle, şikâyetçi N.E'nin doğum borçlanması talebinin reddedildiği görülmektedir.

#### **D. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz Makas'ın İnceleme ve Araştırma Bulguları**

15) Konu kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na yönelik 07/10/2013 tarih ve 5710 sayılı yazı ile gerekli bilgi ve belgeler talep edilmiştir.

16) Bahse konu yazımıza istinaden Kadıköy Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğünce düzenlenen 27/11/2013 tarihli 17323960 sayılı yazı ve ekleri, Kurumumuza iletilmiştir.

17) Bahse konu yazıda "19/07/2013 tarihinde doğum borçlanma talebinde bulunan N.E'nin çocuklarının 4-a (SSK) tescil başlangıcından önce dünyaya gelmesi nedeniyle borçlanma talebinin 2010/106 no'lu genelge hükümleri gereğince reddedildiği belirtilerek şikâyet konusu kapsamında Sigortalı Hizmet Daire Başkanlığı'nın görüş yazısı iletilmiştir.

### **III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE**

#### **A. İlgili Mevzuat**

Konu kapsamında;

18) Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW),

19) Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme,

20) Avrupa Toplulukları Antlaşması,

21) Avrupa Sosyal Şartı,

22) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,

23) Pekin Deklarasyonu,

24) 10. Kalkınma Planı (2014-2018),

25) Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı (2008-2013),

26) 31/05/2006 tarihli 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu,

27) Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği,

28) Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 22/02/2013 tarihli 2013/11 sayılı Genelgesi,

29) Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 16/09/2010 tarihli 2010/106 sayılı Genelgesi,

30) 28/09/2008 tarih 27011 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ,

31) 01/07/2010 tarih ve 27628 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ,

32) Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 79/7/CEE sayılı Konsey Direktifi,

33) İşe Girişte, Formasyonda, Terfide ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma İlkesine İlişkin 76/207/CEE sayılı Konsey Direktifi,

34) Mesleki Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 86/378/CEE sayılı Konsey Direktifi,

35) İş ve İstihdam Alanında Kadın-Erkek Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkelere İlişkin 2006/54/CE sayılı Direktifin konu ile ilgili hükümleri tetkik edilmiştir.

## **B. Şikâyet Konusuna İlişkin Uygulamalar**

Şikâyet konusu ile ilgili olarak;

- 36)Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin E:2011/270 K:2011/8973 sayılı kararı,
- 37)(Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin E:2010/14527 K:2010/12003 sayılı kararı,
- 38)Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin E:2010/6817 K:2010/14991 sayılı kararı,
- 39)Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin E:2009/17858 K:2010/4907 sayılı kararı,
- 40)İzmir 6. İş Mahkemesi'nin E:2009/606 K:2009/523 sayılı kararı,
- 41)Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E:2011/10-311 K:2011/322 sayılı kararı,
- 42)Anayasa Mahkemesi'nin E:1988/19 K:1988/33 sayılı kararları tetkik edilmiştir.

## **C. Kamu Denetçisi A. Cengiz Makas'ın Kamu Başdenetçisine Önerisi**

43)Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı gözönünde bulundurulduğunda, idarenin işleminin hukuka aykırı olmadığı; ancak hakkaniyet yönüyle şikâyetinin kabulü ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına, 5510 sayılı Kanunun, "Sigortalıların borçlanabileceği süreler" başlıklı, 41 inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde, sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumların borçlanılabilmesine imkân sağlayacak gerekli düzenlemelerin yapılması hususunda tavsiyede bulunulması önerilmiştir.

## **D. Hukuka Uygunluk Yönünden Değerlendirme ve Gerekçe**

44) Şikâyetçi, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten önce yapmış olduğu iki doğum sonrası ikişer yıllık süreyi, 5510 Sayılı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca borçlanma talebinin, idarece, doğum tarihlerinden önce sigortalılık tescilinin olmaması sebebiyle reddedildiğini belirterek, Kurumumuza şikâyet başvurusunda bulunmuştur.

45) Şikâyet konusuna dayalı uyumsuzluk, 5510 Sayılı Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle hukukumuzda ilk kez düzenlenen ve kısaca doğuma dayalı borçlanma olarak nitelendirilebilecek borçlanma hakkının, sigortalılık başlangıç tarihinden önceki doğumlar için kullanılıp kullanılmayacağı noktalarında toplanmaktadır.

46) 5510 Sayılı Kanunun, "Sigortalıların borçlanabileceği süreler" başlıklı, 41/1-a maddesinde; "Bu Kanuna göre sigortalı sayılanların a) 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.

47) Diğer taraftan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin "Borçlanmaya İlişkin Süreler" başlıklı 66 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında "Hizmet borçlanmasına ilişkin talepler, örneği Kurumca hazırlanan hizmet borçlanma başvuru belgesi veya borçlanma isteğini belirtir dilekçe ile Kuruma yapılır. Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra geçen ve Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen sürelerin borçlanılması için Kanun veya mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre tescil edilmiş olmak yeterli olup, borçlanma talep tarihi veya ölüm tarihi itibarıyla sigortalı olma şartı aranmaz" hükmü yer almaktadır.

48) Yine anılan yönetmeliğin 66 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında "Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma hâlinde, sigortalılığın

başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Prim ödeme gün sayısı ve prime esas kazançlar ise borçlanma yapılan ilgili aylara mal edilir." hükmü yer almakta ve herhangi bir borçlanma ayırımına gidilmediği görülmektedir.

49) Buna karşılık 21/08/2013 tarihli değişiklik ile anılan maddenin "Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (b), (d), (e), (h) ve (j) bentlerine göre borçlandırılması hâlinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Prim ödeme gün sayısı ve prime esas kazançlar ise borçlanma yapılan ilgili aylara mal edilir." şeklinde değiştirildiği ve doğum borçlanmasının hariç tutulduğu anlaşılmıştır.

50) Bununla birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 16/09/2010 tarihli 2010/106 sayılı ve 28/02/2013 tarihli 2013/11 sayılı genelgelerinde, sigortalı kadının doğum borçlanması yapabilmesi için doğumdan önce Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında tescil edilmiş olmasının gerekliliği vurgulanmaktadır.

51) Yapılan incelemeler kapsamında 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde yer alan "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" hükmünün uygulanmasına yönelik işlemlerin sıkça yargıya taşındığı, konuya ilişkin yargı kararlarında özetle, "Davacının, 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. (...) 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." hükümlerinin yer aldığı görülmektedir.

52) Bu kapsamda, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin E:2009/17858 K:2010/4907, E:2010/14527 K:2010/12003, E:2010/6817 K:2010/14991 ve E:2011/270 K:2011/8973 numaralı kararlarında özetle;

"...maddi hukukun her zaman, hayatın değişen sosyal akışı içinde gelişen tüm olayları ve ayrıntıları kurallaştırma gücüne sahip olmadığını 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 gözönünde bulundurarak, söze oranla öze üstünlük tanıyan bir yorumla sonuca varmalıdır.

53) 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.

54) 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 bulunamadığı 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. Aksine bir yorum, kanunda bu yönde bir sınırlamanın olmadığı da gözetildiğinde, sosyal güvenlik hakkına aykırılık oluşturacaktır. Hukuk Genel Kurulunun 27/04/2006 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 görünümü yaratmaktır.

55) Doğuma dayalı borçlanma hakkından yararlanabilmek için doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranıp aranmayacağı hususunda, 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..." ifadeleri yer almaktadır.

56) Diğer taraftan konu kapsamında yapılan incelemelerde, İzmir 6. İş Mahkemesi'nin E:2009/606 K:2009/523 sayılı kararında özetle, 5510 Sayılı Kanunun 41 inci maddesinde borçlanma talebinde bulunan şikâyetçinin, talep tarihinde sigortalı olması koşulunun yer aldığı ancak doğum tarihinden önce sigortalı olması gerektiğine ilişkin bir ibare olmadığı, amaç bu olsa idi madde metninde açıkça bu hususun belirtilmesinin mümkün olduğu, ayrıca maddede yer alan "borçlanılan gün kadar geriye götürülme" ifadesinin sigortalılık öncesi dönemlerin borçlanılma imkânını açıkça gösterdiği gerekçesiyle davacının borçlanma talebinin her doğum için altı ay olmak üzere davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

57) Taraf vekillerinin temyizi üzerine kararın, Yargıtay 10. Hukuk Dairesince tetkik edildiği ve E:2009/17858 K:2010/4907 sayılı kararda yer alan, "5510 Sayılı Kanunun 41/1. a düzenlemesinde, "a" bendinin ilk kısmında yer verilen borçlanma imkânı, çalışırken ücretsiz doğum ya da analık izni kullanılan sürelerle ilişkindir ki bu doğal olarak daha önce sigortalı olmayı gerektirir. Aynı bendin 2. kısmındaki borçlanma imkânı 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 imkândan yararlanabilmek için de, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, gerekli sayılmalıdır." gerekçesiyle bozulduğu, ancak yerel mahkemenin önceki gerekçesini tekrarlamak suretiyle ilk kararında direndiği anlaşılmıştır.

58) Söz konusu uyuşmazlık üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen 18/05/2011 tarihli E:2011/10-311 K:2011/322 sayılı kararda özetle;

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, doğuma dayalı borçlanma hakkının sigortalılık başlangıç tarihinden önceki doğumlar yönünden de kullanılıp kullanılmayacağı, diğer bir ifade ile borçlanma hakkı için doğum öncesinde sigortalı olmasının gerekli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

59) 5510 Sayılı Kanunun 41/1,a maddesi metninde 5510 Sayılı Kanunun 4/1-a maddesi kapsamına giren kadın sigortalılara doğuma dayalı borçlanma hakkı tanınmıştır. Buna göre 5510 Sayılı Kanunun 4/1-a bendi kapsamındaki sigortalılar doğum tarihinden sonra iki yıllık

süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan süreleri borçlanabileceklerdir.

60) 5510 Sayılı Kanunun 41/1,a düzenlemesinde, "a" bendinin ilk kısmında yer verilen borçlanma imkânı, çalışırken ücretsiz doğum ya da analık izni kullanılan sürelere ilişkindir ki bu doğal olarak daha önce sigortalı olmayı gerektirir. Aynı bendin 2 nci kısmındaki borçlanma imkânı 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 imkândan yararlanabilmek için de, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması gerekli sayılmalıdır.

61) Anılan maddede yer verilen borçlanma imkânının, doğrudan ve açıkça sadece 4/1, a maddesi kapsamındaki sigortalılara tanınmış olması, borçlanma talebinde bulunanın doğum tarihinden önce 4/1-a bendi kapsamında çalışması olgusunun arandığını; bunun da doğal olarak doğumdan önce sigortalı olmayı gerektirdiği açıktır.

62) Öte yandan maddenin ancak sigortalı olarak çalışan kadın tarafından kullanılacak olan ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerine ilişkin olması ve borçlanılacak sürenin doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmayacağı süre olarak tanımlanması da, bu imkândan yararlanabilmek için doğum öncesi çalışıyor olmanın, yani sigortalılığın zorunlu olduğunu göstermektedir.

63) 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 borçlanılabilecek sürelerden sayıldığı, bu sürelerde kadın çalışanların doğum ve çocuk bakımı gibi özel bir durum sebebiyle izin kullandığı, bunun sonucunda doğum yapan kadının sosyal güvenlik alanındaki bu 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. 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.

64) Görüldüğü üzere, maddenin amacının doğum yapan kadının çalışmadığı dönemde uzun vadeli sigorta kolları yönünden mağduriyetini gidermek olduğu, "sigortalı kadının" ifadesi ile doğum yapılan dönemde, 5510 Sayılı Kanunun 4/1-a bendi kapsamında sigorta kadına çalışmadığı ve prim ödeyemediği sürenin borçlanması imkânı getirilmek suretiyle madde gerekçesindeki amacın gerçekleştirildiği görülmektedir.

65) Kanun koyucu tarafından bu amaca uygun olarak 41/1-a bendinde doğum borçlanması yapılabilmesi için ön koşul olarak 4/1-a bendi kapsamında sigortalı kadın olması şartının öngörüldüğü, diğer bentlerde ise böyle bir ön koşula yer verilmediği, dolayısıyla kanun koyucunun doğum borçlanmasına ilişkin bentte iradesini "sigortalı olma" ön koşulunu açıkça koyduğu anlaşılmaktadır.

66) Yapılan açıklamaların ışığında 5510 Sayılı Kanunun 41/1-a maddesi uyarınca doğum sebebiyle çalışma hayatından bir süre ayrı kalan kadın sigortalılara önceden tescil edilmiş olmak koşuluyla borçlanma hakkı tanınmış olup, doğum sebebiyle çalışılmayan iki yıllık sürenin borçlanması olanağının sadece 4/1, a kapsamında sigortalı kadına tanınmış olması karşısında sigortalı olarak tescil tarihinden önce gerçekleşen doğumlar sebebiyle borçlanma yapılamayacaktır.

67) Yeri gelmişken 5510 Sayılı Kanununun 41. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür" hükmünün, sigortalılık öncesi doğumlar yönünden borçlanma imkanına işaret edip etmediği de irdelenmelidir.

68) Öncelikle anılan fıkranın maddede yer alan tüm borçlanma halleri için uygulanması mümkün değildir, zira fıkra yalnızca sigortalılık öncesini ilgilendiren bir grup borçlanma imkânına yönelik olup, maddenin (b) ve (c) bentlerinde yer verilen iki durumda olduğu gibi, doğrudan sigortalılık öncesine ilişkin borçlanma hallerinde uygulanması ve dikkate alınması mümkündür.

69) Ayrıca yasanın açıkça sigortalılık sonrası olması gerektiğini düzenlediği borçlanma imkânları da bulunmaktadır ki, (f) bendinde yer alan sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen süreleri ve (g) bendindeki grev ve lokavtta geçen süreler bunun açık örneği durumundadır. Bu halde de anılan fıkranın uygulanma imkânının bulunmadığı, dolayısıyla borçlanma halinin sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmesine ilişkin fıkranın maddede düzenlenen her borçlanma halinde uygulanmak üzere düzenlenmediği açıktır.

70) Belirtildiği gibi bu düzenleme, borçlanma imkânlarının tümüne değil, sigortalılık öncesine ilişkin olanlarına yöneliktir ve 4/1-a bendi kapsamında çalışma ve hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmamanın ön şart olarak arandığı doğum borçlanmasına uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

71) Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, 5510 Sayılı Kanununun 4/1-a maddesine yapılan atfın Kanununun 4/1-b ve c bentlerine tabi olan sigortalıların borçlanma hakkı olmadığı belirtilmesi amacıyla yapıldığı, aksi düşünce halinde kanun koyucunun "çalışırken" veya benzeri ifadelerle madde metninde yer vermesi gerektiği ve sigortalılık başlangıç tarihinin geriye yürütülmesine imkân tanınması karşısında doğum tarihinden önce sigortalı olma şartına maddede yer verilmediğine ilişkin görüşler ifade edilmiş ise de çoğunluk tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle bu görüşe itibar edilmemiştir.

72) Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, borçlanma talep tarihinde 4/1, a bendi kapsamında tescil edilmiş olmanın yeterli sayılması, doğum öncesi sigortalılık ön şartının aranmaması durumunda, kanun koyucunun bu olanağı sadece m.4/1,a'lılara tanımış olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Zira böyle bir durumda hükmün çok kolay bir şekilde dolanılması, çalışma öncesi doğum sürelerini borçlanmak isteyenlerin çok kısa süreler için m.4/1, a bendi kapsamında tescil olunarak borçlanma yolunun tüm sigortalılara açılması mümkün hale gelecektir.

73) Sonuç olarak, m.4/1, a bendi kapsamında tescil edilmişken yapılan doğumlar sebebiyle çalışılmayan iki yıllık sürelerin -diğer koşulların varlığı halinde- borçlanılabileceği, tescil edilmeden gerçekleşen doğumlar sebebiyle borçlanma yapılamayacağı kabul edilmelidir." şeklinde oyçokluğu ile hüküm kurulduğu görülmektedir.

74) Diğer taraftan konu kapsamında yapılan tetkiklerde 28/09/2008 tarih 27011 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ" in, "I. 5510 Sayılı Kanununun 41 inci Maddesine Göre Yapılacak Borçlanmalar" başlıklı maddesinin "Borçlanma Kapsamında Olan Süreler" alt başlıklı maddesinde;

"5510 sayılı Kanununun 41 inci maddesi uyarınca;

a) Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalı kadının, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten sonra iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden itibaren geçen iki



yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan süreler (...)"

75) Hükümü yer alırken ve doğumların, "ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten sonra" olması şartı açıkça belirtilirken, 01/07/2010 tarih ve 27628 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ" in "Borçlanma Kapsamında Olan süreler" başlıklı 5 inci maddesinde;

"(1) 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca;

Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 5510 sayılı Kanunun 41 üncü maddesinin 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 süreler (...)" hükmü ile

76) "Borçlanılan Sürelerin Hizmet Olarak Değerlendirilmesi" başlıklı 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında "5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca borçlandırılan süre, Kanunun 38 inci maddesine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa çalışmaya başlanılan tarihten önceki süre ise sigortalılığın başlangıç tarihi borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Ancak, prime esas kazanç borçlandırılan sürelerin geçtiği tarihteki ilgili aylara mal edilir." hükmünün yer aldığı görülmektedir.

77) Dolayısıyla ilk tebliğde yer alan "... ilk defa sigortalı olarak başladığı tarihten sonra..." ifadesinin yeni tebliğde kaldırılarak, "doğumun sigortalılık tescilinden önce veya sonra gerçekleşmiş olmasına" ilişkin herhangi bir şartın öngörülmediği ve 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde yer alan "Bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Sigortalılık borçlanması ile aylık bağlanmasına hak kazanılması durumunda, ilgililere borcun ödendiği tarihi takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanır." hükmü ile paralel hale getirildiği görülmektedir.

78) Dolayısıyla yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüşleri çerçevesinde, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, şikâyetçi N.E'nin 1984 ve 1990 yıllarında gerçekleşen doğumlarının, sigortalı olarak tescil edilmesinden önce olması nedeniyle doğum borçlanması talebinin reddedildiği anlaşılmış olup, idarenin söz konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

79) Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bahse konu kararı son derece açık ve net olup, bu karar çerçevesinde şikâyetçinin sigortalılık tescilinden gerçekleşen doğumlarını borçlanma talebinin, ilgili idare tarafından yerine getirilmemesi işlemi yasal düzenlemelere aykırılık bulunmadığı sonucuna varmak gerekmiştir.

#### **E. Hakkaniyete Uygunluk Yönüyle Değerlendirme**

80) Anayasanın başlangıç kısmında, her Türk vatandaşının Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşit ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilmekte olup ikinci maddesinde de, devletimizin sosyal bir hukuk devleti olduğu, diğer bir deyişle sosyal yönü vurgulanmaktadır.

81) Diğer taraftan Anayasanın 60 inci maddesinde de, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı belirtilmekte, 61 inci maddesi de sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gereken kişileri sayarak devletin sosyal güvenliğe verdiği önem, anayasal düzeyde ortaya konmaktadır.

82) Bununla birlikte Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenen "sosyal hukuk devleti" kavramı, Anayasa Mahkemesi'nin 26/10/1988 tarihli E:1988/19 K:1988/33 sayılı kararında da şöyle tanımlanmaktadır:

"Sosyal hukuk devleti güçsüzleri, güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir... Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilir. Böylece sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan biridir... Sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeleri uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari düzeyin sağlanması, böylece sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir..."

83) Yine Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)'nin 3 üncü, 4 üncü ve 11 inci maddelerinde sırasıyla;

"Taraflar Devletler kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için, özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar başta olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla yasal düzenleme dâhil bütün uygun önlemleri alacaklardır."

"Kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için Taraflar Devletlerce alınacak geçici ve özel önlemler, işbu Sözleşmede belirtilen türden bir ayırım olarak düşünülmeyecek ve hiçbir şekilde eşitsizlik veya farklı standartların korunması sonucunu doğurmayacaktır. Fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman bu önlemlere son verilecektir."

"Taraflar Devletler, istihdam alanında kadınlara karşı ayırımı önlemek ve kadın-erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak için özellikle aşağıda belirtilen konularda bütün uygun önlemleri alacaklardır: (...) Ücretli izinle birlikte, özellikle emeklilik, işsizlik hastalık, sakatlık, yaşlılık ve diğer çalışmama hallerinde sosyal güvenlik hakkı."

84) Hükümlerine yer verilerek özellikle eşit hakların temini noktasında, çeşitli çalışmama hallerinde sosyal güvenlik hakkının gözetilmesine ilişkin uygun önlemleri alma yükümlülüğünü taraflar devletlere yüklediği görülmektedir.

85) Ayrıca Birleşmiş Milletler Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Taraflar devletlere, bu Sözleşmede düzenlenen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan erkeklerin ve kadınların eşit biçimde yararlanma hakkını temin etmek yükümlülüğü getirmiştir. (md.3)

86) AB uyum çalışmaları çerçevesinde henüz mevzuatımıza yansıtılmamış olsa da şikâyet konusu ile ilgili Avrupa Birliği mevzuatında yer alan direktifler de incelenmiştir.

Mesleki Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 79/7/CEE ve 86/378/CEE sayılı Konsey Direktiflerinin 4 üncü ve 5 inci maddelerinde "İşlem eşitliği ilkesi özellikle:

-Rejimlerin uygulama alanı ve rejimlere giriş koşulları,

-Prim ödeme yükümlülüğü ve primlerin hesaplanması,

-Yardımların hesaplanması (eş ve geçindirilen kimse olarak ödenmesi gereken zamlar ve yardımlardan yararlanma hakkının süresi ve devamı dahil), ile ilgili olarak, özellikle evlilik veya aile durumunu göz önünde tutarak doğrudan veya dolaylı biçimde cinsiyete dayandırılan her türlü ayrımcılığın yapılmamasını öngörür.

İşlem eşitliği ilkesi kadının analık nedeniyle korunmasına ilişkin hükümlere hâlel getirmez." hükmü yer almaktadır.

87) Diğer taraftan İşe Girişte, Formasyonda, Terfide ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma İlkesine İlişkin 76/207/CEE sayılı Konsey Direktif'nde de özetle

"Direktif, üye ülkelerde: İşe alma, mesleki yükselme, mesleki eğitim, çalışma şartları ve sosyal güvencilerde kadın ve erkeğe eşit muamele yapılması ilkesinin yürürlüğe konmasını öngörmektedir. Eşit muamele ilkesi, hiçbir şekilde medeni hal veya aile durumu neden gösterilmek suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak cinsiyet esasına dayalı bir ayırım yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Eşitlik ilkesinin uygulanması kadınların gebelik ve analık hallerine ilişkin korunmalarına engel teşkil etmeyecektir." hükmü bulunmaktadır.

88) İş ve İstihdam Alanında Kadın-Erkek Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkelerine İlişkin 2006/54/CE sayılı Direktifinin 21 inci fıkrasında da "...Ayrımcılığın yasaklanması belli bir cinsiyete mensup kişi gruplarının maruz kaldığı dezavantajları önlemeyi veya bunları tazmin etmeyi hedefleyen tedbirlerin benimsenmesi ve muhafaza edilmesine hanel getirmez. Bu gibi tedbirler, ana gayesi belli bir cinsiyete mensup kişilerin özel ihtiyaçlarının desteklenmesi ve kadınlarla erkekler arasındaki eşitliğin teşviki olduğu hallerde, belli bir cinsiyete mensup kişilerin örgütlerine izin verir." hükümlerine yer verildiği görülmüştür.

89) 2008–2013 yıllarını kapsayan Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı'nda "Türkiye'de kadınların istihdama diğer bir ifadeyle kalkınmaya katılımda erkeklerin gerisinde olduğu ve yıllar itibariyle işgücüne katılım oranlarında düşüş olduğu görülmektedir. Oysa kadınlarımızın sosyal ve ekonomik gelişmelerden yararlanabilmeleri işgücü piyasalarına katılımları ile yakından ilgilidir. Çünkü çalışma yaşamı kadınlara ekonomik özgürlük sağlarken, özgüvenlerini ve toplumsal saygınlıklarını artırmakta, aile içindeki konumlarını iyileştirmektedir. Kadınların işgücüne katılımında yasal açıdan herhangi bir ayırım olmamasına rağmen aile yaşamındaki sorumlulukları, onları çalışma hayatından uzaklaştırmakta, çalışma hayatına girebilen kadınların da işinden ayrılmasına ya da kariyerinde yükselebile ve potansiyelini ortaya koyabilmesinin önünde engel oluşturmaktadır." şeklindeki görüş ve tespitlere yer verilmektedir.

90) Yine Avrupa Sosyal Şartı'nın "Ailevi Sorumlulukları Olan Çalışanların Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele Görme Hakkı" başlıklı 27 nci maddesinde Akit Taraflara, ailevi sorumlulukları olan kadın ve erkek çalışanlar ve bunlarla diğer çalışanlar arasında fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamak amacıyla çeşitli önlemler alma yükümlüğü getirdiği görülmektedir.

91) Diğer taraftan 4-15 Eylül 1995 tarihinde Pekin'de toplanan Dördüncü Dünya Kadın Konferansı sonunda yayınlanan Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu'nda "Kadın hakları, insan haklarıdır. Eşit haklar, fırsatlar ve kaynaklara eşit ulaşım, aile sorumluluklarının kadın ve erkek tarafından eşit paylaşılması ve aralarında uyumlu bir ortaklık bulunması, kendilerinin ve ailelerinin iyiliği kadar demokrasinin sağlanması için de çok önemlidir (...) Kadının ilerlemesi ve kadınlara erkek arasında eşitliğin sağlanması bir insan hakları sorunudur ve sosyal adaletin bir şartıdır ve sadece bir kadın konusu olarak görülmemelidir. Bunlar, sürdürülebilir, adil ve kalkınmış bir toplum inşa etmenin tek yoludur. Kadının güçlendirilmesi ve kadınlara erkek arasında eşitlik, bütün insanlar için politik, sosyal, ekonomik, kültürel ve çevresel güvenliği başarmanın önkoşuludur (...) Erken yaşta çocuk doğurmak, dünyanın bütün bölgelerinde kadının eğitimsel, ekonomik ve sosyal statüsünün gelişmesini engellemeye devam etmektedir. Kısacası erken evlilik ve erken annelik eğitim ve iş imkânlarını önemli ölçüde azaltmakta ve bu da uzun vadede kendilerinin ve çocuklarının yaşam standardını olumsuz etkilemektedir." görüşlerinin dile getirildiği görülmektedir.

92) Bununla birlikte Onuncu Kalkınma Planında (2014-2018), toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında, kadınların sosyal, kültürel ve ekonomik yaşamdaki rolünün güçlendirilmesinin, aile kurumunun korunarak statüsünün geliştirilmesinin ve toplumsal bütünleşmenin kuvvetlendirilmesinin temel amaç olduğu belirtilmektedir.

Diğer taraftan konu bir başka açıdan değerlendirildiğinde;

93) **5510 sayılı Kanununun 41 inci maddesinde yer verilen ve diğer bir borçlanma çeşidi olan askerlik borçlanmasında, sigortalı olmadan önceki askerlik sürelerinin borçlanılmasına izin verilmektedir. Dolayısıyla bir çalışanın, askerlik yaptığı tarih, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten önce olduğunda sigortalılık başlangıç tarihi askerlik süresi kadar geri çekilmektedir. Bu borçlanmayı yapabilmek için de öncesinde sigortalılık şartı aranmamaktadır.**

94) Diğer bir anlatımla, bireyin en büyük hak ve sorumluluklardan biri olan askerlik vazifesini yapması nedeniyle çalışma hayatına girmesinde yaşanan gecikmenin telafi edilmesi ve sosyal güvenlik hakkında bir boşluğa neden olmaması amacıyla çalışma hayatına girmeden önce yapılan askerlik süresinin borçlanmasına imkân tanınmakta, askerlikte geçirilen süre kadar sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürme fırsatı verilmektedir.

95) Gayet yerinde ve gerekli olduğu düşünülen bu uygulama ile bireyin vatani görevini yapma hak ve yükümlülüğü nedeniyle çalışma hayatına geç girmesi halinde, geçmişteki sigortalılık tescilinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın borçlanma hakkı tanınırken, çeşitli sosyokültürel nedenlerle özellikle erken yaşta yapılan evlilikler ya da kişilerin kendi istek ve iradeleri ile çalışma hayatına girmeden önce gerçekleşen doğumlar nedeniyle çalışma hayatına daha geç başlamaları durumunda, borçlanma hakkından yararlandırılmamaktadırlar.

96) Doğum ve çocuk bakımının önemli bir hak ve sorumluluk olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir. Bu sorumluluğun aynı zamanda devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu yukarıda bahsi geçen yargı kararlarına da yansımış iken, doğum yapması nedeniyle çalışma hayatına daha geç dâhil olan kadının, sosyal güvenlik alanındaki bir hakkı kullanamamasının, bundan dolayı da emeklilikle ilgili sürelerini tamamlayamamasının, kabul edilebilir olmadığı düşünülmektedir.

97) Dolayısıyla doğum borçlanması hakkının sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumlar için tanınmamasının, başta Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında ve 3 üncü maddesinde yer alan temel ilkelere ve hem Anayasamızın "Başlangıç" bölümünde yer alan "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanması..." ve 10 uncu maddesinde yer alan "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." ilkelerine, hem de sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeklere eşit davranma ilkesi ile ilgili olarak Avrupa Birliğince yayınlanan direktiflere uygun olmadığı düşünülmektedir.

98) **Sonuç olarak, kadınların ailenin, dolayısıyla toplumun kalkınmasına verdikleri katkıların maalesef henüz yeterince anlaşılmadığı, kadınların neslin devamındaki önemli rolünün, diğer bir deyişle evlilik ve annelik olgusunun, kadın-erkek arasında etkin çalışma hakkı noktasında, herhangi bir ayırımı neden olmaması gerektiği, çocukların yetiştirilmesinin ailenin olduğu kadar aynı zamanda devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu kanaatiyle;**

99) Yukarıda bahsi geçen Kanun, Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri ile söz konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Kararında yer alan "Karşı Görüş" ve yerel mahkemenin kararı birlikte değerlendirildiğinde bu haktan yararlanabilmeyi talep edebilmek için mutlaka sigortalılık tescilinin bulunması gerektiği kabulünden hareketle, tescilin doğumdan önce yapılması şartının öne sürülerek bu talebin geri çevrilmesinin sosyal devlet ve sosyal adalet düşünceleri ve hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmadığı düşünülmektedir. Kaldı ki yasanın lafzı ve

ruhundan da bu anlam çıkmamakta, yorum yoluyla doğumdan önce sigortalılık şartı aranmaktadır.

100) Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin pek çok kararında belirtildiği üzere; kişiler üzerinde sonuç doğuran yasal düzenlemelerin açık, net, anlaşılabilir ve bireyler tarafından öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir. Uyuşmazlıkta, 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde ifade bulan "sigortalı" kavramından doğum öncesinde mi yoksa doğumdan sonra mı sigortalı olma koşulunun aranacağı hususunun açıklık bulunmadığı görüldüğünden; bu çerçevede yasa değişikliğine gidilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

#### **IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT**

##### **A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması**

101) 14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır

##### **B. Yargı Yolu**

102) 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Başlıklı 40.maddesinin 2.fıkrasında, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı İş Mahkemesinde yargı yolu açıktır.

#### **V. KARAR**

Açıklanan gerekçelerle; şikayetin kabulü ile 5510 sayılı Kanunun, "Sigortalıların borçlanabileceği süreler" başlıklı, 41 inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde, sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumların borçlanılabilmesine imkân sağlayacak gerekli mevzuat düzenlemelerinin yapılması hususunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına **tavsiyede bulunulmasına**, Bu kararın şikayetçiye, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına tebliğine, Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

**M.Nihat ÖMEROĞLU**

**Kamu Başdenetçisi**



