



**T.C.**  
**KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU**  
**(OMBUDSMANLIK)**

**ŞİKAYET NO** :04.2014.2881  
**KARAR TARİHİ** : 11/12/2014

**TAVSİYE KARARI**

**ŞİKAYETÇİ** : J.D.

**ŞİKAYET EDİLEN İDARE** : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

**ŞİKAYETİN KONUSU** : Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğünce kabul edilip sonuçlandırılan doğum borçlanması işleminin daha sonra aynı Merkezce iptal edilmesine itiraz.

**ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ** : 23/6/2014

**I. USÛL**

**A. Şikâyet Başvuru Süreci**

1. Şikâyet başvurusu, 23/6/2014 tarih .... sayı ile kayıt altına alınan elektronik başvuru belgesi 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, 1/12/2014 tarihli Tavsiye Kararı önerisiyle Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

**B. Ön İnceleme Süreci**

2. Şikâyet konusuna ilişkin olarak J.D.'nin Kurumumuza yaptığı 4/4/2014 tarihli başvuru üzerine 9/4/2014 tarihli Gönderme Kararı verildiği, ilgili idare tarafından yanıt verilmediği gerekçesi ile aynı taleple 23/6/2014 tarihinde yeniden şikâyet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır.

3. Dolayısıyla, şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, idari başvuru yollarının tüketildiği, şikâyetin süresinde yapıldığı ve diğer ön inceleme konularında da bir eksiklik bulunmadığı, bu nedenle şikâyetin inceleme ve araştırmasına engel bulunmadığı tespit edilmiştir.

## II. OLAY VE OLGULAR

### A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

4. Şikâyetçi J.D. başvurusunda özetle, 29/11/2012 tarihinde doğum borçlanması yapma talebi ile İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğü'ne başvuruda bulunduğunu, kabul edilen talebinin ardından 30/11/2012 tarihinde borçlanma tutarını ödediğini, ancak anılan Müdürlükçe düzenlenen 28/1/2013 tarihli yazı ile doğum borçlanması işleminin iptal edilerek ödediği tutarın iade edildiğini ifade etmekte olup, iptal işleminin kaldırılarak doğum borçlanmasının, iptalden önceki duruma getirilmesini talep etmektedir.

### B. İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

Konu kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü ile Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. Mensupları Yardım ve Emekli Sandığı Vakfıyla yazışma yapılmıştır.

5. Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğü'nün 18/8/2014 tarihli cevabi yazısında özetle, J.D.'nin 29/11/2012 tarihinde Müdürlüklerine müracaat ederek borçlanma talebinde bulunması üzerine talebin değerlendirilmesi sonucu, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi gereğince 25/9/2001 doğumlu çocuğu için 540 gün borçlanma karşılığı 5.420,00 TL'yi Kurumları hesabına yatırdığı, ancak konu kapsamında Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü Sigortalı Hizmet ve Tescil Daire Başkanlığından alınan 11/12/2012 tarihli yazıda, adı geçen sigortalının geçici 20 nci madde kapsamında sandık çalışanı olduğu, sandık çalışanlarının borçlanma statüsünün Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilecekleri tarihe kadar 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalılık olarak sayılmadığından, Ünitelerince yapılan doğum borçlanmasının iptal edilmesi gerektiğinin talimatlandırıldığı, bu nedenle talimat gereği Kurumları hesabına ödenen 540 gün karşılığı 5.420,00 TL'nin şikâyetçiye iade edilerek borçlanmasının geçersiz sayıldığı belirtilmiştir.

6. Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. Mensupları Yardım ve Emekli Sandığı Vakfı'nın 16/10/2014 tarihli cevabi yazısında özetle J.D'nin 1/5/2008 – 6/12/2012 tarihleri arasında Sandıklarına bağlı olarak çalıştığı, bu süreler için malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primlerinin Sandıklarınca ödenmiş olduğu belirtilerek yukarıda değinilen olay örgüsünü teyid eden belgeler yazıya eklenmiştir.

### C. Olaylar

7. J.D.'nin 17/11/1997-26/11/.... tarihleri arasında ... sayılı Kanuna (SSK) tabi çalışmalarının bulunduğu,

8. 25/9/2001 tarihinde doğum yaptığı,

9. 1/5/....-6/12/.... tarihleri arasında Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. Mensupları Yardım ve Emekli Sandığı Vakfı sandığına tabi çalıştığı,

10. J.D.'nin 29/11/.... tarihinde Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğü'ne sunduğu "borçlanma talep dilekçesi" ile doğumdan sonra geçen süreleri borçlanma talebinde bulunduğu,

11. Anılan Müdürlüğün aynı tarihte düzenleyerek J.D.'ye elden teslim ettiği yazı ile borçlanma talebinin kabul edildiğinin, borçlanma talebinin 5510 sayılı Kanunun 4/a maddesi

kapsamında değerlendirildiğinin ve ödemesinin SSK hizmetlerine sayılacağına bildirilerek ödemesi gereken tutar ve banka bilgilerinin tebliğ edildiği, yapılan ödemenin ardından borçlanılan 540 günün hizmet gün sayısına eklendiği,

12. Bunun üzerine, Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. Mensupları Yardım ve Emekli Sandığı Vakfı'nın Sigortalı Tescil ve Hizmet Daire Başkanlığı'na hitaben yazdığı 23/12/2012 tarihli yazıda "506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki bankalarda çalışan sandık iştirakçilerinin borçlanma işlemleri hakkında 1/10/2008 tarihinden önce yürürlükte olan kanun hükümleri doğrultusunda işlem yapılacağı, devir tarihine kadar 41 inci madde ile getirilen hükümlerinin uygulanamayacağı, ancak Sandıklarına tabi çalışan J.D.'in 29/11/2012 tarihinde Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğüne yaptığı doğum borçlanması talebinin kabul edildiği, dolayısıyla adı geçen personelin anılan yasa hükümlerinden yararlanma hakkı olup olmadığı konusundaki görüşlerinin bildirilmesinin talep edildiği,

13. Görüş talebi üzerine Sigortalı Tescil ve Hizmet Daire Başkanlığınca düzenlenen 11/12/2012 tarihli yazıda özetle, ..... sosyal güvenlik (..... sigorta sicil) numaralı J.D.'in 17/11/1997–26/11/2001 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna tabi çalışmalarının bulunduğu, 25/9/2001 tarihinde doğum yaptığı, 1/5/2008 tarihinden itibaren söz konusu vakıf sandığına tabi çalışması bulunduğu anlaşıldığı, 2009/37 sayılı genelgeye atfen geçici 20 nci madde sandıklarında çalışanların borçlanma statüsü Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilecekleri tarihe kadar 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalılık olarak sayılmadığından sigortalının Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğüne yapılan doğum borçlanmasının iptal edilmesinin gerektiği"nin bildirildiği,

14. Bunun üzerine Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğü tarafından doğum borçlanması işleminin iptal edilerek 540 gün karşılığı ödenen 5.420,00 TL'nin iade edildiği, Anlaşılmıştır.

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

15. Konu kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü ile Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. Mensupları Yardım ve Emekli Sandığı Vakfıyla yazışma yapılmış olup, ilgili idarelerin açıklamalarına 5 ve 6 numaralı paragraflarda yer verilmiştir.

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

#### **A. İlgili Mevzuat**

16. Avrupa Sosyal Şartı

17. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

18. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

19. 31/5/2006 tarihli 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu,

20. 10/9/2014 tarihli 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun

21. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 5/3/2009 tarihli 2009/37 sayılı Genelgesi

22. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 30/9/2013 tarihli 2013/. sayılı Tavsiye Kararı Tetkik edilmiştir.

23. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun "*Sigortalı sayılanlar*" başlıklı 4 üncü maddesinde özetle, bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından sigortalı sayılanlar temel olarak;

a) **Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar (SSK)**

b) Köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar (Bağ-Kur)

c) Kamu idarelerinde çalışanlar (Emekli Sandığı) şeklinde ifade edilmiştir.

24. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 41 inci 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 yer almaktadır.

25. Bahse konu maddenin devamında doğum borçlanması yapılan sürelerin borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre sigortalılık süresi olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir.

26. Yine 5510 sayılı Kanunun 8/5/2008 tarihinde yürürlüğe giren geçici 20 nci maddesi ile 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesine tabi **sandıkların iştirakçileri** ile aylık veya gelir bağlanmış olanlar ile bunların hak sahiplerinin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilerek bu Kanun kapsamına alınacağı üç yıllık sürenin Bakanlar Kurulu kararı ile en fazla "dört yıl" daha uzatılabileceği, devir tarihi itibarıyla sandık iştirakçilerinin bu Kanun'un 4 üncü maddesinin (a) bendi kapsamında **sigortalı sayılacakları hüküm altına alınmıştır. (30 Nisan 2014 tarihli 28987 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile banka sandıklarının devir tarihi 8/5/2015 tarihine uzatılmıştır.)**

27. Kanunun bu hükmü kapsamında yapılacak işlemler, 5/3/2009 tarihli ve 2009/37 sayılı Genelgenin "8-Geçici 20 nci Madde Sandıkları" başlıklı bölümünde, 5510 sayılı Kanunun 20 nci maddesine tabi sandıklar hakkında, devralınacakları tarihe kadar geçecek olan sürede 5510 sayılı Kanunun prim tahsilatı, kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağından sandıkların üyelerinden vakıf senetlerinde belirlenen tutarda iş kazaları ve meslek hastalıkları primi ile hastalık sigortası primi alınmakta, bunlardan isteğe bağlı sigortaya devam edenler hakkında da bu kişilerin genel sağlık sigortası kapsamında sigortalı sayılmaması hususu da dikkate alınarak sandık mevzuatının 1/10/2008 öncesi hükümleri doğrultusunda işlem yapıldığı, yine 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen borçlanmalar ile 28 inci maddenin ek fıkrasına göre

bakımına muhtaç derecede malul çocuğu bulunan kadın sigortalılara ilişkin hükümler de geçici 20 nci maddeye tabi sandık çalışanları hakkında uygulanmayacağı ifade edilmektedir.

28. 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 43 üncü maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

a) Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarıyla talepte bulunulan süreleri,

29. Değişiklik öncesinde sadece SSK'lı çalışan kadınlar doğum borçlanması yaparken, değişiklik ile birlikte Bağ-Kur ve Emekli Sandığı'na tabi çalışanların da borçlanma yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

30. Avrupa Sosyal Şartı'nın "*Sosyal Güvenlik Hakkı*" başlıklı 12 inci maddesi, sözleşmeli tarafların, sosyal güvenlik hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere bir sosyal güvenlik sistemi kurmak veya korumak, sosyal güvenlik sistemini, "En az Sosyal Güvenlik Standartlarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmesi" (No: 102)'nin onaylanması için gereken düzeyden daha düşük olmamak üzere yeterli bir düzeyde tutmak ve sosyal güvenlik sistemini giderek daha yüksek bir düzeye çıkarmaya çalışmak" ile yükümlü olduğu hükmünü haizdir.

31. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 22 nci maddesinde, herkesin toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilerek devletin bu alandaki sorumluluğu vurgulanırken, 25 inci maddesinde de herkesin işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da kendi denetiminin dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında da güvenlik hakkının bulunduğu ifade edilmektedir.

**32. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin "*Sosyal Güvenlik Hakkı*" başlıklı 9 uncu maddesinde, taraf devletlerin herkese sosyal güvenlik hakkını tanıyacağı, bu hakkın sosyal sigorta haklarını da içereceği belirtilirken, "*Sözleşmenin İç Hukukta Uygulanması ve Ayrımcılık Yasağı*" başlıklı 2 nci maddesinde de taraf devletlerin bu Sözleşmede tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dâhil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt ettiği hüküm altına alınmıştır.**

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

33. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 16/6/2011 tarihli E:2011/270 K:2011/8973 sayılı kararı,

34. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 21/9/2010 tarihli E:2010/14527 K:2010/12003 sayılı kararı,

35. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 5/4/2010 tarihli E:2009/17858 K:2010/4907 sayılı kararı,

36. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 7/5/2013 tarihli E:2012/3773 K:2013/9197 sayılı kararı,

37. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18/5/2011 tarihli E:2011/10-311 K:2011/322 sayılı kararı,

Tetkik edilmiştir.

38. Şikâyet konusuna benzer bir olayda davacı yapmış olduğu doğum borçlanmalarının 5510 sayılı Kanunun 4/1-a maddesi (SSK) kapsamında değerlendirilmesi talebiyle dava açmış olup bu talebi ilk derece mahkemesince, 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesine göre doğum borçlanması talebinde bulunduğu tarihte Bağ-Kur sigortalısı olduğu için doğum borçlanması hizmetinin Bağ-Kur hizmeti olarak değerlendiren Kurum işlemine itibar edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 21. Hukuk Dairesince verilen E:2012/3773 K:2013/9197 sayılı kararda özetle;

*"Uyuşmazlığın, 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 üncü maddesinde sayılan sigortalılık türlerinden hangisi kapsamında geçmiş sayılacağına ilişkin olduğu, Kurumun, 4 üncü fıkranın a bendinin ifadesinden, 5510 sayılı Kanunun 4/1-a bendi kapsamındaki sigortalı kadının, doğum borçlanmasını yaptığı tarihteki, bulunduğu sigortalılık türünde geçmiş süreden sayılacağı yorumu ile dava konusu uyuşmazlığın oluştuğunu,*

*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 imkânının, çalışırken ücretsiz doğum, ya da, analık izni kullanılan sürelerle ilişkin olduğu, bunun da **doğal olarak daha önce sigortalı olmayı gerektirdiği** gibi, aynı bendin ikinci kısmındaki borçlanma imkânının 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 tanımlandığı, dolayısıyla bu imkândan yararlanabilmek için de, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, aynı Kanunun 4/1-a bendi kapsamında sigortalı olması gerektiği, bu hususun Dairelerinin yerleşmiş içtihatları ile kabul edildiği, 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 sayılmasının, maddenin amacına ve kapsamına uygun olacağı, 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 olmasının isabetsiz olduğu" hüküm altına alınmıştır.*

39. Bu kapsamda, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin E:2009/17858 K:2010/4907, E:2010/14527 K:2010/12003 ve E:2011/270 K:2011/8973 sayılı 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.*

*(...) 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.*

*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. Aksine bir yorum, kanunda bu yönde bir sınırlamanın olmadığı da gözetildiğinde, sosyal güvenlik hakkına aykırılık oluşturacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18/5/2011 gün ve 2011/10-311 Esas, 2011/322 Karar sayılı ilamı da bu doğrultudadır (...)" Hükümlerine yer verilmiştir.*

### **C. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın Kamu Başdenetçisine Önerisi**

40. Kamu Denetçisi tarafından, şikâyetin kabulü ile şikâyetçi J.D.'in doğum borçlanmasının iptali işleminin kaldırılarak, işlemlerin iptalden önceki hale getirilmesi, Sosyal Güvenlik Kurumunun farklı birimlerinin madde metnine farklı anlam yüklemesinin ve benzer sorunların yaşanmasının önüne geçilmesi amacıyla, kanunun özüne ve ruhuna uygun şekilde alt düzenleyici normlarda gerekli değişikliklerin yapılması hususunda Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına tavsiyede bulunulması gerektiği yönünde öneride bulunulmuştur.

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

41. Dosya kapsamında şikâyet konusu, J.D.'in İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğünce 29/11/2012 tarihinde kabul edilen doğum borçlanması talebinin, yine anılan Müdürlükçe düzenlenen 28/1/2013 tarihli yazı ile iptal edilmesidir. Bu bağlamda şikâyetçinin talebi, iptal işleminin kaldırılarak doğum borçlanması işleminin 29/11/2012 tarihinden itibaren geçerli sayılmasıdır.

42. Kararımızın 5-14 numaralı paragraflarında da görüleceği üzere ilgili idarece başlangıçta kabul edilen ve 4/a kapsamında değerlendirilen borçlanmanın, konu ile ilgili üst idare ile yapılan yazışmaların ardından, doğumun her ne kadar 4/a kapsamındaki çalışmanın sonrasında gerçekleşmiş olsa da borçlanma talep tarihinde vakıf sandığı mensubu olması ve 5510 sayılı Kanunda, doğum borçlanması yapılan sürelerin borçlanılan tarihte 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının ilgili bendine göre (SSK, Bağ-Kur ya da Emekli Sandığı) sigortalılık süresinden sayılacağı, vakıf sandığı çalışanlarının Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilecekleri tarihe kadar 4/a sigortalısı olarak sayılmadıkları gerekçesiyle doğum borçlanması işleminin iptal edildiği anlaşılmaktadır.

43. Şikâyetin esas noktası, 5510 sayılı Kanunun 41/1-a maddesi ile düzenlenen ve kısaca "doğum borçlanması" olarak ifade edilen borçlanma hakkının kullanılırken, borçlanma talep tarihinde tabi olunan sigortalılık türünden hareketle, borçlanılan sürelerin, anılan Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan sigortalılık çeşitlerinden hangisi kapsamında geçmiş sayılacağıdır.

44. Kararımızın 24 numaralı paragrafında belirtilen 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 istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan süreleri (...) borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır..." hükmü yer almaktadır. Takiben aynı maddenin 4 üncü fıkrasında ise, bu kapsamda borçlanılan sürelerin borçlanma tarihindeki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre, diğer bir deyişle SSK, Bağ-Kur ya da Emekli Sandığı'nda geçen hizmet süreleri olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.

45. Bu çerçevede 5510 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi ile sandıkların iştirakçileri ile aylık veya gelir bağlanmış olanlar ile bunların hak sahiplerinin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın 8/5/2013 tarihine kadar (Mayıs 2015'e ertelenmiştir) Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilerek 5510 sayılı Kanun kapsamına alınacakları, devir işlemi tamamlanıncaya kadar ise sandık iştirakçileri, sandıktan aylık ve gelir alanlar ile bunların hak sahiplerinin sağlık ve sosyal sigorta yardımlarının sağlanması ile primlerinin tahsil edilmesine, ilgili sandık mevzuat hükümlerine göre sandıklarca ve sandık iştirakçilerini istihdam eden kuruluşlarca devam edileceği, devir tarihi itibarıyla sandık iştirakçilerinin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi (SSK) kapsamında sigortalı sayılacakları hüküm altına alınmıştır.

46. Bununla birlikte Kanunun bu maddesi kapsamında yapılacak işlemler, 27 numaralı paragrafta yer alan Genelge ile açıklanmış ve 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen borçlanmalara ilişkin hükümlerin geçici 20 nci maddeye tabi sandık çalışanları hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir.

**47. Diğer taraftan kararımızın 38-39 numaralı paragraflarında belirtilen yargı kararlarında da görüleceği üzere, 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde yer alan ve doğum borçlanması olarak bilinen haktan yararlanılabilmesi için doğumdan önce sigortalı olması gerektiği yerleşik bir görüş haline gelmiştir.** Dolayısıyla bu haktan yararlanabilmek için, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması yani Kanunun 4/1-a bendi (SSK) kapsamında sigortalı olması gerektiğinin yeterli olduğu kabul edilmektedir.

48. Bu noktada uyuşmazlık, geçmişte 4/1-a (SSK) kapsamında tescili olan ve doğumu bu tescilden sonra gerçekleşen J.D'nin, doğum borçlanması talep tarihinde vakıf sandığına tabi olarak çalışıyor olması ve ilgili idarece bu çalışmanın, devir tarihine (2015 yılına) kadar, 5510 sayılı Kanunun 4/1-a maddesinde belirtilen sigortalılık kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle hareket edilmesinden kaynaklanmaktadır.

49. Oysa ki 5510 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi ile sandıkların iştirakçileri ile aylık veya gelir bağlanmış olanlar ve bunların hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilmeleri ile birlikte 5510 sayılı Kanun kapsamına alınacakları ve mezkûr Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi (SSK) kapsamında sigortalı sayılacakları hüküm altına alınmıştır.

50. Bununla birlikte, Kararımızın 38 numaralı paragrafında değinilen ve somut dosya kapsamındaki uyuşmazlık ile benzer bir uyuşmazlıkta, Yargıtay tarafından 2013 yılında verilen bir kararda, borçlanma tarihinde sosyal güvenlik statüsü 4/1-b (Bağ-Kur) olan bir



kadının, 4/1-a (SSK)'ya tabi çalışmasının ardından geçen doğuma ilişkin borçlanma ile kazanılan sürenin, mevcut yasal düzenlemeler gereği, 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 (SSK) bendi kapsamında geçmiş sayılmasının, maddenin amacına ve kapsamına uygun olacağı hüküm altına alınmıştır.

51. Diğer taraftan Kararımızın 39 numaralı paragrafında yer alan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüşünden de hareketle, kadınların fiziksel yapısı, doğurganlık işlevi, aile yükümlülükleri ile çalışma yaşamındaki konumu yanında, doğum borçlanmasıyla amaçlanan sonucun tam olarak elde edilebilmesi için, bu tip borçlanmalarda, talep tarihindeki sosyal güvenlik statüsüne göre ayırım yapılarak hareket edilmesinin ve kısıtlayıcı şartlar getirilmesinin, yasa koyucunun gözettiği amaca uygun olmadığı düşünülmektedir.

**52. Bu hakkın özü, doğum nedeniyle çalışma hayatından uzak kalınan sürelerin borçlanılarak sigortalılık süresine eklenmesidir. Ve bu hak, anayasal düzeyde ifade edilen "kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlamak amacıyla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı" gerçeğinden hareketle, 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 adım olarak değerlendirilmektedir.**

53. Bu bağlamda, 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapan 5754 sayılı Kanuna ilişkin **TBMM alt komisyon raporunda yer alan, "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..."** görüşleri de göz önünde bulundurulduğunda bu hakkın, somut dosya kapsamında olduğu gibi bu kez de kadınlar arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde, çeşitli düzenlemeler ve yorumlarla daraltılmasının kanun koyucunun gözettiği amaca aykırı olduğu düşünülmektedir.

54. Dolayısıyla, şikayetçi J.D.'nin İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğünce 29/11/2012 tarihinde kabul edilen doğum borçlanması yapma talebinin, yine anılan Müdürlükçe iptal edilmesi işleminin, borçlanma ile kazanılan sürelerin, doğumdan sonraki en fazla iki yıla ait olması ve öncesinde şikayetçinin Kanunun 4/1-a kapsamında sigortalı olması hususları bir arada değerlendirildiğinde, idarenin iptal işleminin hukuka aykırı olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

#### **E. Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme**

55. 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, devletin sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmaktadır.

56. Diğer taraftan Anayasanın 60 ıncı maddesinde de, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve devletin, bu güvenliğı 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.

57. Bu ilke ve değerler altında somut dosya değerlendirildiğinde, doğum ve çocuk bakımı önemli bir hak ve sorumluluk olup bu sorumluluğun, sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olan devletin de üstlenmesi gerektiğı tartışmasıdır. **Buna karşın doğum yapması nedeniyle çalışma hayatından uzak kalan bir kadına, salt çalışmanın hangi sosyal güvenlik statüsü kapsamında olduğu ya da borçlanmayı talep ettiği tarihteki sosyal güvenlik statüsünün ne olduğuna bakılarak bu hakkı tanıma ya da tanımama gibi bir yaklaşımın sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşmadığı düşünölmektedir.**

58. Kararımızın bu noktasında şu hususu da belirtmek gerekmektedir ki, Kamu Denetçiliğı Kurumunun şikayet başvuruları almaya başladığı 29/3/2013 tarihinden itibaren sıklıkla başvuru konusu yapılan hususlardan biri de "geçmişte hizmet akdine istinaden (SSK) çalışması olup da sonrasında Emekli Sandığı ya da Bağ-Kur'a tabi çalışmalarının ardından gerçekleşen doğumlara ilişkin borçlanma taleplerinin kabul edilmemesi"dir. İlgili dosyalar kapsamında yapılan inceleme ve araştırmaları takiben Kamu Denetçiliğı Kurumunca 30/9/2013 tarihli 2013/5 sayılı Tavsiye Kararı verilmiştir.

59. Anılan Tavsiye Kararında, geçmişte SSK'ya tabi çalışması, dolayısıyla sigorta tescili yapılmış olan bir kişinin sırf son çalışmasının Emekli Sandığı kapsamında olması nedeniyle borçlanma talebinin reddedilmesi işleminin, adalet, hakkaniyet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu belirtilerek, muhtemel benzer sorunların önüne geçilmesi amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına, gerekli mevzuat değişikliğinin yapılması hususunda tavsiyede bulunulmuştur.

60. Bu süreci takiben 11/9/2014 tarihli 29116 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı "İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun" 43 üncü maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 41/1-a bendi değiştirilerek BağKur ve Emekli Sandığı mensuplarının da bu haktan yararlanmasının önü açılmıştır.

61. Anlaşılacağı üzere **kanun koyucunun amacı**, madde gerekçesinde de açıkça belirtildiğı gibi "**çalışanlar arasında eşitliğı**" sağlamaktır.

62. Dolayısıyla somut dosya kapsamında da ilgili Kanun maddelerinin yorumlanmasında sözeoranla öze üstünlük tanımak son derece önemli olup aksi durum yeni eşitsizliklere yol açacaktır.

63. Sonuç olarak, sosyal devlet anlayışının ve sosyal güvenlik ilkesinin temel hareket noktası olan "sosyal düşünce ve zayıfı koruma" amacıyla tanınan bu haktan yararlanmayı, geçmişte sigortalılık tescili yapılmış ve doğumun bu tescilin ardından gerçekleşmesine karşın, sırf talep tarihinde vakıf sandığına tabi çalışıyor olduğu gerekçesi ile reddetmenin sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

64. Şikâyet konusu adalet, hakkaniyet ve eşitlik kavramları çerçevesinde değerlendirildiğinde de çalışma hayatında yer alan bir kadının doğumun arkasından çalışmadığı dönemi, sigortalılık süresi içerisine dâhil etme amacıyla borçlanma yapma

hakkını, kadının çalıştığı sosyal güvenlik statüsüne göre reddetmenin, adalet, hakkaniyet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

## **F. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme**

65. "Sosyal Güvenlik" toplumun bütün bireylerinin, hiçbir ayırım ve ayrıcalık gözetilmeksizin hem ekonomik hem de sosyal bakımdan bugünlerinin ve yarınlarının güvence altına alınmasını amaçlayan; birbirleri arasında sıkı bir birlik ve uyum kurulmuş olan bir sistemler bütünü olarak tanımlanmaktadır. (Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı, Sosyal Güvenlik Ö.İ.K. Raporu, DPT, Ankara)

66. Kararımızın 30-32 numaralı paragraflarında yer alan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa Sosyal Şartı ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin ilgili hükümleri çerçevesinde konu değerlendirildiğinde, sosyal güvenlik alanında getirilen bir hak olan ve kısaca doğuma dayalı borçlanma olarak nitelendirilebilecek bu hakkın kullanılmasında, doğum nedeniyle çalışma hayatından uzak kalınan sürelerin mevcudiyetini aramanın dışında, hakkın kullanımını sınırlandıracak mahiyette ilave koşullar aranması, insan haklarına aykırı bir tutum olarak değerlendirilmiştir.

## **G. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme**

**67. Şikâyet dosyası kapsamında ilgili idare ile yapılan yazışmalarımızın süratle cevaplandırıldığı, gerek yazılı gerekse telefon ile yapılan görüşmelerde nezaketle hareket edildiği memnuniyetle karşılanmıştır.**

68. 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde "Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar." hükmü yer almaktadır.

69. Bu kapsamda şikâyet dosyası değerlendirildiğinde, şikâyetçi J.D.'in başvurusuna istinaden borçlanma işlemlerinin başlatılarak borç miktarının kişiye tebliğ edildiği, tahsilinin gerçekleştirildiği, borçlanma işlemlerinin tamamlandığının ve borçlanılan sürenin gün sayısına dâhil edildiğinin vatandaşa tebliğ edildiği, ancak üst idareyle yapılan yazışmanın ardından borçlanma işleminin iptal edilerek ödendiği tutarın şikâyetçiye iade edildiği,

70. Bununla birlikte Kurumumuza yapılan "doğum borçlanması hakkından yararlandırılmama" konulu şikâyet başvurularında, doğum borçlanması işleminin ilgili Müdürlüklerce kabul edilmesinin ardından bir süre sonra (bu sürenin 2 yıl olduğu da görülmüştür) borçlanmanın iptal edilerek ödenen tutarın iadesi yoluna gidildiği anlaşılmaktadır.

71. Kurumumuzun inceleme ve araştırma yaparken gözetmekle yükümlü olduğu ve Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında

Yönetmelik ile tanımlanan iyi yönetim ilkeleri arasında yer alan "kanunlara uygunluk" ilkesi gereğince idareler, özellikle bireylerin hak ve menfaatlerini etkileyen işlem tesis etmeleri ve bu kararı ilgiliye duyurmaları sırasında, hukuk güvencesi ve haklı beklentiyi göz ardı etmemeleri, buna uygun davranmaları gerekmektedir.

72. Aksi durumun, şikâyetçilerin idarenin taleplerini kabul etmesine dayanarak gerekli tutarı ödemek amacıyla kredi çekerek borçlanması ve/veya emeklilik için gereken süreyi tamamladığı düşüncesiyle işinden ayrılması gibi bir dizi telafisi güç veya imkânsız sonuçlara neden olabileceği düşünüldüğünde ilgili idarenin yasal dayanakların tespitinde üzerine düşen dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğünü titizlikle yerine getirmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

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

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

73. 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**

74. 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Başlıklı 40 inci maddesinin ikinci 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 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı İş Mahkemesinde yargı yolu açıktır.

#### **V. KARAR**

Yukarıda açıklanan gerekçeler ve dosya kapsamına göre ŞİKÂYETİN KABULÜNE;

1. Şikâyetçi J.D.'nin doğum borçlanmasının iptali işleminin kaldırılarak, makul süre içerisinde işlemlerin iptalden önceki hale getirilmesi,
2. Şikâyet dosyası kapsamında da görüldüğü üzere Sosyal Güvenlik Kurumunun farklı birimlerinin madde metnine farklı anlam yüklemesinin ve benzer sorunların yaşanmasının önüne geçilmesi, kanunun lafzına ve ruhuna uygun şekilde birey (Kadın) lehine hareket edilmesi ve yeni eşitsizliklere meydan verilmemesi amacıyla gerekli mevzuat değişikliklerinin yapılması hususunda SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BAŞKANLIĞINA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,
3. Yukarıda anılan Kanunun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BAŞKANLIĞINCA bu karar üzerine tesis edilecek işlem ya da tavsiye edilen çözümün uygulanabilir nitelikte görülmediği takdirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

4. Bu kararın ŞİKÂYETÇİYE ve SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BAŞKANLIĞINA  
TEBLİĐINE,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Baődenetçisi'nce karar verildi.

M.Nihat ÖMEROĐLU

Kamu Baődenetçisi